

COLABORADORES

- Ana Claudia Santano
- Ana Paula Veiga Lopes
- Brunna Helouise Marin
- Carolina Alves das Chagas
- Caroline da Rocha Franco
- Daniel Wunder Hachem
- Diego Nogueira
- Emerson Gabardo
- Eneida Desiree Salgado
- Érico Prado Klein
- Francielle Pasternak Montemezzo
- Gustavo Miranda Loures
- Karoline Strapasson
- Luasses Gonçalves dos Santos
- Luzardo Faria
- Paula Bernardelli
- Pedro Henrique Gallotti Kenicke
- Renan Guedes Sobreira
- Saulo Lindorfer Pivetta
- Tailaine Cristina Costa
- Thiago Priess Valiati
- Tuany Baron de Vargas
- Wilson Trindade Junior

O ideal de liberdade, uma das premissas da modernidade, segue em xeque em pleno século XXI. As experiências históricas de totalitarismo e violência estatal, e social não imunizaram os sistemas jurídicos dos perigos à autonomia individual e coletiva. Ao contrário, o acirramento das divergências, evidente nos tempos atuais, mostra os perigos de um retrocesso no que se refere à concretização e à proteção dos direitos de liberdade. O desafio, assim, não é apenas buscar a realização dos direitos de cunho social: é preciso manter a atenção às liberdades públicas. Em tempos de ódio e baixo sentimento constitucional, o debruçar-se sobre as dimensões concretas da liberdade é uma exigência para manter o horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito. Os capítulos desta obra – resultado das pesquisas desenvolvidas pelo NINC – Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR – exploram temáticas instigantes, em que a liberdade é analisada sob diferentes perspectivas, tais como a autonomia individual e a liberdade sobre o próprio corpo e a própria vida; a liberdade como emancipação; a liberdade de informação; as restrições à liberdade em nome da segurança; a liberdade de comunicação; a liberdade de participação política; a liberdade do imigrante; a liberdade e o proselitismo religioso; a liberdade e a representação política; a liberdade de discurso e a atividade parlamentar.



ithala.com.br

DIREITO, LIBERDADE E JUSTIÇA

ENEIDA DESIREE SALGADO | DANIEL WUNDER HACHEM COORDENADORES

ENEIDA DESIREE SALGADO
DANIEL WUNDER HACHEM

COORDENADORES

DIREITO, LIBERDADE E JUSTIÇA

PREFÁCIO EMERSON GABARDO



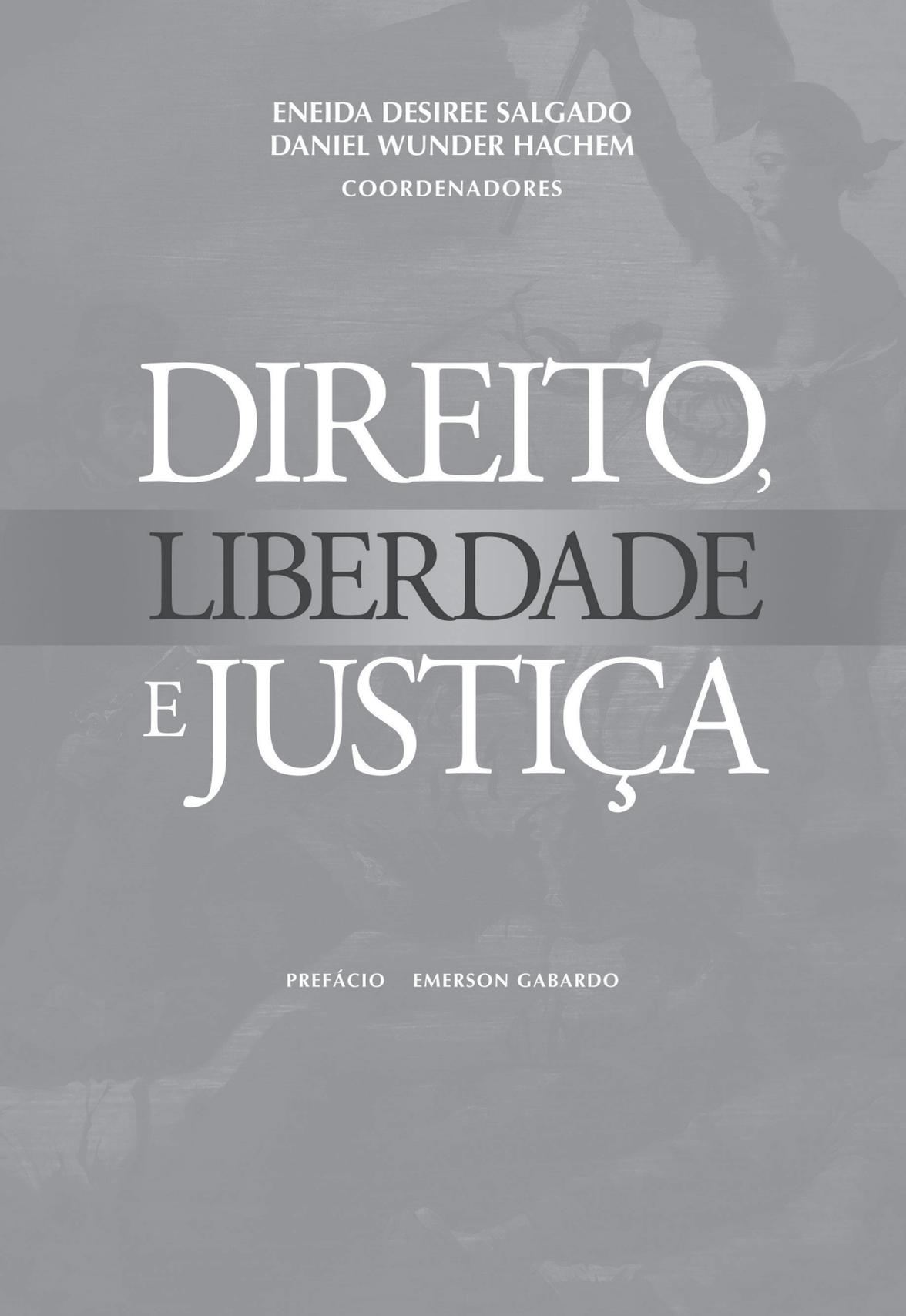
COORDENADORES

ENEIDA DESIREE SALGADO

Professora do Departamento de Direito Público, do Programa de Pós-Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas da UFPR. Pós-Doutorado pela Universidad Autónoma de México. Doutora e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Líder do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Coordenadora do Política Por/De/Para Mulheres. Tutora do PET-Direito/UFPR. Membro da Associação Iberoamericana de Direito Eleitoral e do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo.

DANIEL WUNDER HACHEM

Professor do Departamento de Direito Público e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPR. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR. Pós-Doutorado pela Université Paris 1 - Panthéon-Sorbonne. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Diretor Acadêmico do NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR. Líder do NUPED - Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano da PUCPR. Membro da Rede Docente Eurolatino-americana de Direito Administrativo e do Foro Iberoamericano de Direito Administrativo.



ENEIDA DESIREE SALGADO
DANIEL WUNDER HACHEM
COORDENADORES

DIREITO, LIBERDADE E JUSTIÇA

PREFÁCIO EMERSON GABARDO

CONSELHO EDITORIAL

Ana Claudia Santano – Professora do programa de mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia, do Centro Universitário Autônomo do Brasil – Unibrasil. Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Red Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo - Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR. Professor de Direito Administrativo da UFPR. Pós-doutorado pela Fordham University School of Law - EUA. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro. Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC/PR - Mestre em Direito do Estado pela PUC/SP - Especialista em

Direito Constitucional pela UNIFOR/CE - Consultora Jurídica na área de Direito Urbanístico - Professora do Centro Universitário Christus, em Fortaleza, nas disciplinas de Direito Administrativo II, Coordenadora de Pesquisa da mesma Faculdade e Professora associada do Escritório de Direitos Humanos vinculado ao Curso de Direito - Professora licenciada da Faculdade Paraíso - FAP, em Juazeiro do Norte-CE, de graduação e pós graduação - Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA desde 2014 - Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico desde 2013 - É professora de Pós Graduação da Universidade Regional do Cariri - URCA - Professora colaboradora do Instituto Romeu Felipe Bacellar desde 2006, em Curitiba/PR.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e Graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

D598 Direito, liberdade e justiça / coordenação de Eneida
Desiree Salgado, Daniel Wunder Hachem –
Curitiba: Íthala, 2017.
330p.; 22,5 cm

ISBN 978.85.5544.093.9

1. Direito. 2. Liberdade. 3. Justiça. I. Salgado, Eneida Desiree
(coord.). II. Hachem, Daniel Wunder (coord.).

CDD 340 (22.ed)
CDU 340

Editora Íthala Ltda.
Rua Aureliano Azevedo da Silveira, 49
Bairro São João
82030-040 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Paulo Schiavon
Projeto Gráfico e Diagramação: Paulo Schiavon


abdr ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE DIREITOS
REPROGRAFICOS
Respeite o direito autoral

Informamos que é de inteira responsabilidade dos autores a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ENEIDA DESIREE SALGADO
DANIEL WUNDER HACHEM

COORDENADORES

DIREITO, LIBERDADE E JUSTIÇA

PREFÁCIO EMERSON GABARDO



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2017

Sumário

Prefácio - Direito, Liberdade e Justiça	7
Emerson Gabardo	
Apresentação	9
Eneida Desiree Salgado	
Daniel Wunder Hachem	
O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal	11
Ana Claudia Santano	
Wilson Trindade Junior	
Do altar ao palanque: proselitismo religioso, atividade legislativa e liberdade em risco	61
Ana Paula Veiga Lopes	
Tailaine Cristina Costa	
A liberdade de participação política e a filiação partidária: uma análise a partir das candidaturas avulsas	101
Carolina Alves das Chagas	
Brunna Helouise Marin	
Regulação do serviço público de radiodifusão no Direito brasileiro e suas implicações à liberdade de comunicação	133
Caroline da Rocha Franco	
Thiago Priess Valiati	
A política da tolerância zero: uma concepção de segurança pública que ameaça a liberdade	165
Diego Nogueira	
Gustavo Miranda Loures	

Restrições às liberdades do imigrante e a injustiça institucional	191
Érico Prado Klein	
Pedro Henrique Gallotti Kenicke	
Liberdade nos tempos de cólera: a possibilidade de emancipação do sujeito por meio da educação	217
Francielle Pasternak Montemezzo	
Saulo Lindorfer Pivetta	
Liberdade e democracia: entre a representação política e a prática participativa	245
Karoline Strapasson	
Renan Guedes Sobreira	
O Estado e a concentração dos meios de comunicação digital: o direito à liberdade de informação na era da comunicação em rede.....	281
Luasses Gonçalves dos Santos	
Luzardo Faria	
Manifestações de ódio no exercício da atividade parlamentar: liberdades de discurso e abuso de prerrogativas	305
Paula Bernardelli	
Tuany Baron de Vargas	

Prefácio

Direito, Liberdade e Justiça

O NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná foi criado com a intenção de preencher uma lacuna entre os grupos institucionais de pesquisa na UFPR, procurando aliar atividades de ensino e discussão, com pesquisas orientadas, produção de resultados investigativos, publicações e realização de eventos nacionais e internacionais. Com o tempo, até mesmo a extensão tornou-se um objetivo do núcleo. A ideia tem sido a de congregar ensino, pesquisa e extensão a fim de colaborar para o desenvolvimento institucional da Universidade. Neste percurso de seis anos, realizamos o mais expressivo conjunto de atividades acadêmicas do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* em Direito e, particularmente, merece destaque a edição da Revista de Investigações Constitucionais, que em tempo recorde conquistou Qualis A1.

Mesmo contra todas as intempéries típicas de um ambiente patrimonialista e nem sempre vinculado a pressupostos meritocráticos, o escopo do NINC tem sido atingido com eficiência. Aglutinando muito trabalho, perfeccionismo e seriedade temos conquistado credibilidade junto à comunidade acadêmica e profissional não só do Brasil, mas de diferentes partes do globo.

A liberdade é um dos temas mais tratados da filosofia e da sociologia e um dos valores clássicos mais caros tanto ao Direito quanto à economia. Mas sempre há espaço para análises inovadoras, notadamente em tempos de profunda alteração dos comportamentos sociais. Por sua vez, Direito e justiça são como ímãs cuja polaridade é instável – ora se atraindo, ora se repelindo –, e sempre exigindo atenção daqueles que se preocupam em compreender a sociedade e seus mecanismos de controle político e intervenção social. Compreensão essa que, no caso presente, implica também um preparo para a ação – inconformados que somos com a realidade adversa pela qual atravessam países pouco desenvolvidos como o Brasil.

Direito, Liberdade e Justiça, obra coordenada pelos colegas Eneida Desiree Salgado e Daniel Wunder Hachem, é mais um trabalho de fôlego representativo do grupo. Em todas as seleções públicas para a inclusão de novos pesquisadores, os professores coordenadores sempre focaram em pessoas que tivessem um compromisso com a excelência. O resultado não poderia ser diferente: uma obra densa, atual e interessante.

De forma eclética e interdisciplinar, esta terceira obra publicada pelos integrantes do NINC prima pela originalidade de suas proposições, pelo rigor metodológico das pesquisas e pela acuidade da sua redação.

Vale a pena o leitor conferir por si mesmo.

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor Adjunto de Direito Administrativo da UFPR

Professor Titular de Direito Administrativo da PUCPR

Pós-doutor em Direito Público Comprado pela Fordham University School of Law

Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo

Diretor Executivo do NINC-UFPR

Apresentação

Fundado em setembro de 2011, o NINC - Núcleo de Investigações Constitucionais do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná propôs-se a desenvolver pesquisas relacionadas às teorias da justiça, à democracia e à intervenção, reunindo pesquisadores de graduação, especialização, mestrado, doutorado e pós-doutorado que estivessem dispostos a desafiar o óbvio e enfrentar o novo. Sob a liderança do Prof. Dr. Clèmerson Merlin Clève, Titular de Direito Constitucional da UFPR, as atividades de pesquisa foram conduzidas pela Prof^a Dr^a Eneida Desiree Salgado, vice-líder do núcleo, pelo Prof. Dr. Emerson Gabardo e pelo Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem.

Nos anos de 2012 e 2013, o eixo temático das pesquisas consistiu nas relações entre *Direito, Felicidade e Justiça*, rendendo ensejo à obra de mesmo título publicada em 2014 pela Editora Fórum.¹ Em 2013 e 2014, o projeto de investigação desenvolvido pelo núcleo se dedicou à temática *Direito, Mercantilização e Justiça*, culminando com a publicação do livro de mesmo título lançado pela Editora da UFPR no ano de 2016.² Ambos os projetos editoriais foram fruto de sérias pesquisas, marcadas por diversos encontros entre os pesquisadores do grupo, conversas, debates sobre referenciais teóricos, e tiveram seus resultados apresentados em duas obras bastante originais no campo do Direito.

Desta vez, seguindo a mesma linha e condensando os produtos das pesquisas realizadas pelos membros do NINC-UFPR nos anos de 2014 e 2015, a presente obra – intitulada *Direito, Liberdade e Justiça* – mergulha em uma das temáticas mais caras às democracias contemporâneas: a liberdade em suas diversas dimensões e suas relações com o Direito e a justiça.

O ideal de liberdade, uma das premissas da modernidade, segue em xeque em pleno século XXI. As experiências históricas de totalitarismo e violência estatal e social não imunizaram os sistemas jurídicos dos perigos à autonomia individual e coletiva. Ao contrário, o acirramento das divergências, evidente nos tempos atuais, mostra os perigos de um retrocesso no que se refere à concretização e à proteção dos direitos de liberdade. O desafio, assim, não é apenas buscar a realização dos direitos de cunho social: é preciso manter a atenção às liberdades públicas. Em tempos de ódio e baixo sentimento constitucional, o debruçar-se so-

¹ GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

² GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree. *Direito, Mercantilização e Justiça*. Curitiba: UFPR, 2016.

bre as dimensões concretas da liberdade é uma exigência para manter o horizonte de sentido do Estado Democrático de Direito.

Os capítulos desta obra exploram temáticas instigantes, em que a liberdade é analisada sob diferentes perspectivas, tais como a autonomia individual e a liberdade sobre o próprio corpo e a própria vida; a liberdade como emancipação; a liberdade de informação; as restrições à liberdade em nome da segurança; a liberdade de comunicação; a liberdade de participação política; a liberdade do imigrante; a liberdade e o proselitismo religioso; a liberdade e a representação política; a liberdade de discurso e atividade parlamentar.

Os pesquisadores do NINC-UFPR esperam, com mais esta contribuição ao pensamento jurídico contemporâneo, provocar novas reflexões à comunidade científica a propósito do papel da liberdade nas democracias, estimulando a produção bibliográfica nessa importante temática.

Profª Drª Eneida Desiree Salgado

Líder do NINC-UFPR

Prof. Dr. Daniel Wunder Hachem

Diretor Acadêmico do NINC-UFPR

O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal

ANA CLAUDIA SANTANO

Pós-Doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná
Doutora e Mestre pela Universidad de Salamanca, Espanha
Professora do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia do UniBrasil

WILSON TRINDADE JUNIOR

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar
Bacharel em Direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Sumário. 1. A esfera do indivíduo como fronteira da tutela estatal; 2. O discurso restritivo ao princípio da autonomia individual; 3. A questão dos direitos reprodutivos – a escolha de abortar; 4. O direito à boa morte ou à morte digna – eutanásia e ortotanásia; 5. A liberdade do exercício de um direito em face de uma pretensa moral coletiva.

1. A esfera do indivíduo como fronteira da tutela estatal

A liberdade é exercida dentro do Estado. Um sujeito pode ser politicamente livre quando a sua vontade individual estiver em consonância com a vontade coletiva, criada pelos indivíduos cuja conduta é regulada pela ordem social. Essa ordem social, em geral, é preexistente, podendo ser modificada pela vontade coletiva, que por sua vez é o objeto do ideal da autodeterminação. Os indivíduos se manifestam para o estabelecimento dessa vontade geral.¹ O Estado, nas palavras de Robert Dahl, é “uma associação singular, cujo governo possui uma extraordinária capacidade de obter obediência às suas regras pela força, pela coerção e pela violência, entre outros meios”², e em sendo assim, deve-se buscar a melhor maneira de governá-lo, que neste trabalho se assumirá que é um sistema democrático de governo.³

¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Tradução de Rolando Roque da Silva. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/contratosocial.pdf>>. Acesso em: 30 maio 2015.

² DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 57.

³ A democracia é entendida neste trabalho como um ideal de governo, porque, utilizando-se das palavras de Sartori, “A democracia é como autogoverno, como governo do povo em primeira pessoa sobre si mesmo. Assim é a democracia igualitária, ou seja, reduzida a um ideal generalizado de progressiva maior igualdade. Um elemento ideal ou normativo é certamente constitutivo de democracia: sem tensão ideal uma democracia não nasce, e, uma vez nascida, rapida-

Democracia, uma palavra que tem uma longa trajetória no tempo, confere ao povo a decisão de quem exercerá o poder no Estado. Na concepção clássica de democracia (teoria aristotélica), democracia consistia no “governo de todos os cidadãos”, ou seja, se remetia a todos os indivíduos com direito a cidadania. Na teoria platônica, por sua vez, a democracia era o governo de muitos, de número, da multidão.⁴ A democracia se conecta a uma liberdade política, ou seja, um sujeito é livre politicamente quando se submete a uma ordem jurídica da qual participa da criação. O que ele deve fazer coincide com o que ele quer fazer, estando a sua vontade representada na ordem jurídica do Estado.⁵

A vontade coletiva a ser refletida na ordem social pode alterar-se democraticamente por meio da manifestação da vontade individual de cada integrante desse grupo social. Vontades individuais, consideradas como um conjunto, formam a vontade coletiva, que por sua vez determina a ordem social que regerá essa sociedade. Dessa forma, percebe-se uma limitação da liberdade individual diante da decisão coletiva. Dentro do ideal da autodeterminação, essa liberdade individual só é compatível com a existência de uma ordem social quando é garantida pelo princípio de que uma alteração da ordem social exige o consentimento da maioria simples dos sujeitos que a compõem. É o que se conhece pelo princípio da maioria, que é a ideia de que a ordem social deve estar de acordo com o maior número possível de indivíduos, bem como estar em dissonância com o menor número de pessoas.⁶ Cabe ressaltar que o princípio da maioria não significa ditadura da maioria. A maioria sempre remete à existência de uma minoria, que também pode participar da criação da vontade coletiva e, portanto, decidir sobre a ordem social. Não é democrático eliminar minorias, nem mesmo quando essa eliminação foi decidida pela maioria.⁷

A consciência jurídica é uma ação que não depende de aprovação frente a uma norma social, e se difere do senso moral porque não indica uma relação direta entre um ser humano e outro, mas sinaliza um regramento social, organizado, de vida em comunidade. A consciência jurídica se direciona à ordem social e é regida por ela, é determinada pelo ordenamento jurídico, mas também exerce influência sobre ele.⁸ No entanto, e como resultado de maiorias, podem ser inseridos na sociedade certos valores, crenças, que não coincidem com os de uma parte da sociedade, que pode ser uma minoria ou uma parte que não aderiu a essa inserção, que não compartilha desses valores, nem muito menos deseja ser guiada

mente se espalha. Mais do que qualquer outro regime político, a democracia vai contra a corrente, contra as leis da inércia que governam os agregados humanos. As monocracias, as autocracias, as ditaduras são fáceis, derrubam-se por si sós; as democracias são difíceis, devem ser promovidas e ‘acreditadas’.” (Cf. SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoria política*. Tradução de María Luz Morán. Madrid: Alianza editorial, 2008. p. 30-31). No entanto não se ignora o debate sobre se a democracia realmente é a melhor forma de governo. Para tanto, cf. BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 142-146.

⁴ BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gian Franco. *Dicionário de Política*. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992. p. 319-320.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 278.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 280.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p. 281.

⁸ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 421.

por eles. Produzem-se conflitos entre o juízo valorativo que vem desde a ordem social e, por conseguinte, transferido para a ordem jurídica e a esfera do indivíduo.

Nesse sentido, há diversos assuntos nos quais a liberdade individual é tolhida pelo Estado, impondo-se ao sujeito certas condutas ou pensamentos com os quais ele não se identifica, não deseja para si, mesmo que tenha sido uma decisão democrática pautada pelo princípio da maioria. Nesse ponto, o individualismo confronta o que o Estado determina como sendo “bom” para ele, ou o que seria “adequado”, tornando isso como a única opção sem respeitar o que indivíduo julga “bom” para si mesmo. No entanto parece que ninguém é melhor que o próprio indivíduo para saber o que é melhor para si, não importando se ele está correto ou não, visto que, provavelmente, o mais próximo de estar correto para tomar uma decisão sobre o indivíduo seria ele mesmo e não o Estado.⁹

O individualismo liberal surge desse contexto. O paternalismo estatal é rechaçado pelos liberais uma vez que, segundo eles, não há como viver uma vida segundo valores que o indivíduo não endossa, valores impostos externamente e que nem fazem parte dele, por mais que tal valor seja tido como “bom” em uma perspectiva coletiva.¹⁰ O paternalismo estatal, aqui, cria um tipo de atividade em que o indivíduo não vê vantagem alguma, portanto, tal atividade para ele é sem objetivo.¹¹

Diante desse paternalismo surge a problemática questão do direito de decidir, que se contrapõe à ordem jurídica do Estado em proibir o indivíduo de tomar certas atitudes que, segundo sua opinião, são mais adequadas, vantajosas ou melhores. A liberdade se reveste de uma dupla direção, uma desde a coletividade, que autoriza o Estado a limitar certas liberdades para a garantia de direitos de um modo geral, e outra desde os indivíduos que, a partir de uma decisão interna, que atenda a sua consciência e valores, racionalmente tomada, deve também restringir a limitação imposta pelo Estado na realização de certos direitos. A existência dessa dupla direção de liberdades faz com que surja o que Rawls chamou de “liberdade igual”, uma precondição da busca racional de valores.¹²

Rawls entende que o único fundamento para negar uma liberdade igual é evitar uma injustiça ainda maior, uma perda de liberdade ainda maior. A liberdade é guiada pelas condições que se fazem necessárias para a própria liberdade. Não é possível forçar o compartilhamento de noções de moral sobre o que é justo, bom, adequado. Contudo é possível tolerar as diferenças para que todos encontrem um ponto de liberdade igual. Basear a limitação de uma liberdade – aqui se referindo à liberdade individual – com base em princípios morais ou crenças não permite uma argumentação que a possa manter ou fundamentar.¹³

⁹ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 258-259.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 384.

¹¹ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 260.

¹² RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 257-259.

¹³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 264-266.

Nesse sentido, os direitos individuais se destacam. Há direitos que não deveriam ser privados do indivíduo em nome de um bem comum, porque o bem comum muitas vezes não é tão comum assim, além de remeter a um juízo de valor que muito dificilmente resultará em consenso.¹⁴ Esses direitos provavelmente atenderão a desejos do sujeito que não alcançam terceiros, mas que afetam somente ele e que, por isso, deve ser uma decisão dele, e não do Estado, a utilização desse direito.¹⁵ Isso envolve a obrigação de o Estado ser neutro diante das concepções alternativas do que se entende por uma vida digna, vida boa, que há na sociedade, uma vez que o Estado, tradutor da ordem jurídica e social e resultado da vontade da maioria, pode não ser justo com as diversas visões de mundo que não compõem essa decisão da maioria.¹⁶

Essa condição se conecta muito ao pluralismo, inerente às sociedades modernas. As doutrinas abrangentes¹⁷ – que se referem aos principais aspectos morais, religiosos e filosóficos da vida humana –, influenciam sobremaneira a forma como o Estado lida com as controvérsias entre o bem comum e os direitos individuais. No entanto, sabe-se que o consenso nesses momentos é praticamente impossível, e que muitas vezes ignora ou sufoca a existência desse pluralismo, impondo um juízo de valor de acordo com essas doutrinas abrangentes, principalmente as que se fundamentam em crenças religiosas.¹⁸

Portanto, parece que a questão passa também pela obrigatória neutralidade do Estado, ou seja, pela sua laicidade. A “teoria da secularização” já sofreu muitos questionamentos, ainda que durante algum tempo já tenha sido considerada sedimentada.¹⁹ Houve a relativização da confirmação de suas previsões, no que tange ao desaparecimento paulatino das religiões ou das práticas religiosas²⁰, ou mesmo a redução da sua importância, devido ao seu discurso que, para muitos, soa retórico.²¹

¹⁴ Como nas lições de Dahl: “A experiência mostra que a unanimidade legítima, não imposta e duradoura é rara nas questões humanas; o consenso perfeito e duradouro é um objetivo inatingível”. (Cf. DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 67).

¹⁵ NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991. p. 74-75.

¹⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 444 e ss.

¹⁷ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000. p. 102-103.

¹⁸ Sandel parece estar correto em sua crítica sobre a busca de um ‘consenso de sobreposição’ pelo liberalismo político de Rawls, quando afirma que nem sempre é razoável excluir ou colocar em parte as exigências e reivindicações que emergem a partir de doutrinas abrangentes morais e religiosas, por não condizer com o próprio ideal democrático que se persegue. Não se deseja a exclusão destes pontos de vista, mas, tão somente, o respeito mútuo dos mais variados pontos de vista existentes. Além disso, as pessoas sempre se manifestarão de acordo com seus valores, não sendo – novamente – factível que se advogue pela separação do cidadão civil do político. (Cf. SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 257-258).

¹⁹ HADDEN, Jeffrey K. Toward desacralizing secularization theory. *Social Forces*. v. 65, n. 3, p. 587-611, mar. 1987.

²⁰ STARK, Rodney. Secularization, R.I.P. *Sociology of Religion, Oxford*, v. 60, n. 3, p. 249-273, 1999. Acreditava-se que processos de secularização poderiam levar ao abandono das práticas religiosas, paralelamente ao advento do individualismo. No entanto, com o individualismo também ocorreu o desenvolvimento dessas práticas, resultando em rivalidade com a secularização. Ambas se combatiam, porém uma também fortalecia a outra. (Cf. BURITY, Joanildo A. Religião, política e cultura. *Tempo social*. São Paulo, v. 20, n. 2, nov. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702008000200005&script=sci_arttext&tlng=ES>. Acesso em: 28 abr. 2015).

²¹ Cf. TORPEY, John. Religion and secularization in the United States and Western Europe. In: GORSKI, Philip s.; et al.

É da noção de secularização que surge a laicidade. A secularização compreende processos de inúmeros níveis, que por sua vez se referem a distintos fenômenos sociais e culturais, envolvendo instituições políticas e jurídicas, nos quais se busca e se verifica a redução da presença e da influência de crenças, de organizações e de práticas religiosas. Por outro lado, a laicidade alcança a regulação política, jurídica e institucional das relações entre a religião e a política (igreja e Estado) em contextos tidos como pluralistas. Trata-se da emancipação do Estado das referências e legitimação religiosas, junto com a neutralidade confessional de instituições, autonomia dos poderes político e religioso (plasmada como a igualdade de tratamento das organizações religiosas), tolerância religiosa e liberdade de consciência, incluindo a de não ter religião, bem como de culto.²²

A laicidade estatal vem em duas direções, sendo a primeira na defesa de confissões religiosas do risco de intervenções desproporcionais do Estado no que tange ao exercício de crenças, valores; e a segunda direção, que se refere à proteção do Estado contra influências religiosas ou morais tidas como indevidas e que possam afetar outros indivíduos, visando impedir que o poder secular se misture ao poder democrático. Significa dizer que a laicidade é importante tanto para a garantia de liberdades coletivas e de reconhecimento do pluralismo, como também para o resguardo das instituições e da tomada de decisões. Não se trata da adoção pelo Estado de uma postura que marginaliza a religião ou que se fundamenta no ateísmo, já que o ateísmo, por ser a negativa da existência de Deus, também representa uma crença que não pode ser privilegiada pelo Estado em prejuízo de outras.²³ Aqui se enfoca notadamente a laicidade no sentido de neutralidade do Estado diante de diversos pontos de vista, impedindo-o de promover bloqueios de direitos ou de liberdades devido à imposição de uma crença ou de uma escala moral não compartilhada pelo indivíduo.

A defesa do pluralismo também é uma defesa da tolerância.²⁴ Porém desse pluralismo também se pode constatar que há, entre a soberania do povo e a liberdade da pessoa, uma mútua limitação: a de que o indivíduo não deve impor a sua vontade à comunidade, nem a comunidade deve intervir nos assuntos privados dos indivíduos. Se a democracia é formada pelo povo, pela liberdade e pelo progresso, eles devem permanecer no mesmo nível, pois no momento em que algum deles se emancipa no sentido de eliminar as suas limitações, eles podem ser uma ameaça à democracia, como o populismo, o ultraliberalismo, o messianismo, escravidão etc.²⁵ É devido a isso que a liberdade exercida com base em uma doutrina abrangente e dentro do Estado não pode infringir direitos de outros indivíduos que não compartilham dos mesmos valores.

(ed.). *The post-secular in question: Religion in contemporary society*. New York: New York University Press, 2012. p. 279-306.

²² MARIANO, Ricardo. Laicidade à brasileira – católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*. Porto Alegre, v. 11, n. 2, maio/ago. 2011. p. 244.

²³ Cf. SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. *Revista eletrônica PRPE*, maio 2007. Disponível em: <<https://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1274052405.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

²⁴ WOLFF, Robert. Além da tolerância. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1970. p. 29.

²⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012. p. 16-18.

2. O discurso restritivo ao princípio da autonomia individual

O dilema de quem quer poder decidir esbarra no discurso restritivo levantado por muitos e instrumentalizado por meio da proibição estatal. Na sociedade, “sabemos onde residem os desacordos” e se deve encontrar, na conformação da pluralidade do arranjo social, possibilidades de superá-lo.²⁶ Vale dizer: a autonomia do indivíduo de livremente escolher seus rumos permanece atrelada à concepção da moral, refletida nas escolhas do próprio Estado, por vezes impregnada por conceitos individuais acerca da natureza da vida.

De fato, os obstáculos ao livre exercício desse direito são admitidos, expressa ou implicitamente, dentro dos limites do próprio direito. Certo é também que, inexistindo cláusula restritiva, o direito acaba sendo harmonizado com outros direitos colidentes, a partir do conhecido método do balanceamento ou ponderação.²⁷ A Declaração dos Direitos do Homem de 1948 adotou uma cláusula geral para restrição dos direitos e liberdades que previu em seu texto, segundo a qual, os indivíduos encontram-se sujeitos apenas às limitações da Lei, exclusivamente estabelecidas a “promover o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades dos outros e a fim de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar numa sociedade democrática”²⁸. Não é diferente no plano brasileiro, no qual o Estado Democrático de Direito compreende um Estado de Justiça, historicamente determinado e conformado juridicamente de acordo com a própria Constituição, mormente porque o constituinte desejou instituir uma sociedade destinada a garantir, dentre outros valores fundantes, os direitos individuais, a liberdade e a justiça.²⁹

O direito à autonomia individual está intimamente ligado a outros direitos primários, em uma espécie de mútua dependência, que diz respeito ao próprio âmbito de sua proteção. A liberdade de expressão, por exemplo, envolve a não proibição da divulgação de ideias e opiniões, ou melhor, garante o direito de livre expor os pensamentos. O exercício dessa liberdade pressupõe, portanto, o confronto de opiniões adversas, por meio do qual, nem sempre, é verdade, se chegará ao consenso sobre determinado assunto. É nesse sentido que Rawls argumenta que ao atribuir uma noção de importância ao consenso, necessariamente admite-se que “o pluralismo razoável é uma condição permanente de uma sociedade democrática”³⁰, como forma de equacionar os anseios de justiça de um agrupamento social plural entre si. Diante disso, pode-se perguntar: é possível existir uma sociedade justa, apesar de constituída por cidadãos que permanecem apartados por doutrinas religiosas, filosóficas e morais?

De acordo com Eduardo Borges Araújo e Brunna Marin, a pretensão de John Rawls

²⁶ VELASCO, Marina. *O que é Justiça. O justo e o injusto na pesquisa filosófica*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009. p. 54-55.

²⁷ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. p. 573-574.

²⁸ DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

²⁹ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Ações Afirmativas, justiça e igualdade*. Disponível em: <<http://www.clevedadvogados.com.br/en/artigos/47-acoes-afirmativas-justica-e-igualdade-clemerson-merlin-cleve>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

³⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução: Cláudia Berliner. 1ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 47.

“era submeter a estrutura básica da sociedade ao critério de Justiça, elevando-a à condição de ‘virtude primeira das instituições sociais’”, ou seja, o critério definidor da distribuição de direitos e deveres. Em verdade, John Rawls objetivou oferecer uma alternativa ao utilitarismo – no qual o interesse de todos se confunde com a soma dos interesses individuais, calculados a partir da vontade natural do homem de afastar-se da dor e aproximar-se do prazer, determinando a maximização do bem-estar geral –, por considerar que as “preferências ou gostos ofensivos” dos indivíduos geram reflexos negativos na esfera pública.³¹

Rawls inaugura uma teoria responsável por conciliar liberdade individual e desenvolvimento social, na medida em que propõe que os princípios equânimes de justiça sejam escolhidos previamente pelo indivíduo, de modo universal e imparcial. Para que o pacto social seja legítimo e respeitado, o autor entende que as regras do jogo haveriam de ser concebidas sob condições iguais e livres. Por meio de uma espécie de imersão, os indivíduos se desvinculam de seu status social e, sob o véu da ignorância, “enxergam-se como livres e iguais, reconhecem que, para que cada um persiga seu próprio ideal de vida boa, é necessário garantir igualmente os bens, os meios e as bases sociais de respeito próprio.” Assim, é possível que dois princípios de justiça vigorem: o mais amplo sistema de liberdades básicas é garantido ao indivíduo, com distribuição igualitária dos bens primários, sem prejuízo de serem admitidas desigualdades, desde que elas promovam “o maior benefício possível a todos e a garantia da acessibilidade universal a cargos e posições”³².

Seu objetivo é anular o egoísmo pessoal, na medida em que o véu que impede o conhecimento das posições sociais impõe que se escolha os princípios de justiça regentes da vida em sociedade de modo prudente, desvencilhado de orientações políticas, religiosas, filosóficas e morais. Basicamente, o que Rawls pede é que o pacto social seja alicerçado no bom senso, na distribuição equânime dos bens e na liberdade do homem de orientar os seus rumos. Nessa senda, a ideia de autonomia encontra-se atrelada à posição original, na qual todos, racionalmente, de forma igual e livre, elegeriam os princípios de sua governança. O indivíduo conhece, portanto, a situação de qualquer outro indivíduo, seja qual for o seu futuro status social. Com esse conhecimento prévio de todas as vicissitudes, calculadas todas as possíveis formas de enxergar a vida, as mais diversas visões religiosas, morais, filosóficas, a probabilidade de ser conter a radicalização é maior.³³

Porém discursos acabam invadindo a moral pública, de modo que, demasiadamente, o Estado acaba por impor uma concepção geral em determinados assuntos afetos, única e exclusivamente, ao próprio sujeito. Alguns argumentos suscitam a indisponibilidade de outros direitos, que não estariam a livre disposição do indivíduo. É o caso do direito à vida, muitas vezes utilizado como obstáculo para permissão do aborto ou da eutanásia – casos que, em

³¹ ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Brunna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 44-45.

³² RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 49.

³³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 56-58.

virtude da sua envergadura, serão tratados em tópicos específicos. Nesse caso, tratar-se-ia do direito à vida e não, sobre a vida; e que a dignidade também inclui situações de sofrimento e dificuldade. Não caberia ao homem, a partir dessa visão, abreviar seus problemas desprezando um direito indisponível, sob pena de ver o valor a ele atribuído diminuído.

O Estado, no entanto, deve manter neutralidade. Dogmas de fé não podem interferir no conteúdo das ações estatais, isto é, as concepções religiosas de cada pessoa ou instituição devem ficar circunscritas ao seu âmbito interno. Caso não fosse assim, admitir-se-iam interferências de confissões religiosas nas questões internas de outrem, revelando verdadeira intromissão indevida em temas que dizem respeito apenas ao indivíduo. O ministro Marco Aurélio Mello, no julgamento da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54, explicitou esse vetor constitucional ao afirmar que as “paixões religiosas de toda ordem hão de ser colocadas à parte na condução do Estado”³⁴. Para Sarmento, a autonomia privada também é um dos componentes primordiais da liberdade, constituindo-se como poder de autorregulamentação do sujeito, de acordo com seus interesses, desde que “não perturbem os direitos de terceiros nem violem outros valores relevantes da comunidade”. O poder de decidir é reconhecido a cada pessoa a partir do que se entende por autonomia privada, e não ao Estado ou outra instituição.³⁵

Daniel Sarmento também defende que o princípio da laicidade não termina na proibição da escolha pelo Estado de uma determinada religião, ou a concessão de privilégios as confissões existentes, mas envolve o compromisso republicano de estabelecer espaços reservados para fé e para o poder estatal. As razões invocadas pelo Estado devem se basear também em razões públicas, caracterizadas pela aceitação daquilo que independa de convicções de índole particular. Efetivamente, falta com o espírito republicano impor comportamentos baseados em doutrinas religiosas ou filosóficas, quando o Estado deveria atuar sob um juízo racional, mesmo porque tais compreensões particulares de um agrupamento social, ainda que hegemônicas, “jamais conquistarão a necessária legitimidade numa sociedade pluralista, pois os segmentos cujas posições não prevalecerem sentir-se-ão não só vencidos, mas pior, desrespeitados”³⁶.

A dignidade da vida consagrada pelo Estado moderno funciona como fator de legitimação e também orienta toda interpretação da legislação em geral. Corresponde ao imperati-

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Brasília, 12 de abril de 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 02 jun. 2015. Iniciando com o discurso de Padre Antônio Vieira, o Ministro Marco Aurélio também citou trecho do evangelho de Marcos, capítulo XII, versículos 13 a 17: “Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. Revelando a necessidade de dissipar as influências religiosas do discurso público, lembrou do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.076/AC, que decidiu pela inexistência de força normativa da menção de Deus no preâmbulo da Constituição de 1988. Para o Ministro, “Deuses e césares têm espaços apartados. O Estado não é religioso, tampouco é ateu. O Estado é simplesmente neutro”; nestes termos, o discurso defendido pelas confissões religiosas deve ser devidamente traduzido em termos de razões públicas, já que numa democracia não é legítimo excluir qualquer ator da arena de definição do sentido da Constituição.

³⁵ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 188.

³⁶ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 28.

vo categórico kantiano, segundo o qual toda pessoa é um fim em si mesma, ou seja, o valor intrínseco que a vida possui, objetivamente. As orientações decisivas da vida de cada um não devem se basear em fatores externos a sua vontade, mas conforme os valores e objetivos próprios.

Luís Roberto Barroso e Leticia Martel entendem que a dignidade humana se expressa na autonomia da pessoa, que de forma livre e com igualdade aos demais, também respeita a decisão do outro, na medida em que possuem “o direito de eleger seus projetos existenciais e de não sofrer discriminações em razão de sua identidade e de suas escolhas”. Nesse sentido, a proibição advinda do Estado haveria de ofertar alternativas para satisfação dessa dignidade, restringir aquelas condutas perniciosas à dignidade do próprio indivíduo, bem como das ações que são responsáveis por violar a dignidade de outros indivíduos e de valores partilhados comunitariamente.³⁷

Questões afetas à liberdade de escolha, em casos emblemáticos como eutanásia, aborto, casamento igualitário, mudança de sexo, dentre outras, devem respeitar a autonomia moral do indivíduo ante o pluralismo próprio do sistema democrático. Apesar disso, os autores afirmam que a prevalência da dignidade enquanto autonomia do sujeito não pode ser ilimitada e sem condições ao seu exercício. É preciso levar em conta que tal pluralismo decorre da convivência harmônica entre as diversas visões partilhadas no todo, de modo que as escolhas (a princípio, individuais) podem afetar o conjunto social. Surge, a partir daí, a necessidade de construção de uma moral pública, para além do intersubjetivo.

Na concepção heterônoma, a dignidade encontra-se ligada aos valores compartilhados pela comunidade, traduzidos em conceitos indeterminados de padrões morais e noções de vida boa. É por ela que inúmeras proposições se apoiam para obstar as escolhas individuais possivelmente comprometedoras dos valores sociais. Funciona aqui a noção de constrição à autonomia individual, segundo a qual “a dignidade não tem na liberdade seu componente central, mas, ao revés, é a dignidade que molda o conteúdo e dá limite à liberdade”. Exemplificando, Barroso e Martel trazem o famoso caso do arremesso de anões, atração de algumas casas noturnas da França, que consistia em transformar anões em um “divertido projétil” a ser arremessado de um lado para outro. Da diversão de alguns, o anão obtia seu sustento, mas para o Conselho de Estado a dignidade da vida humana encontrava-se violada a cada arremesso. Assim, por mais que o indivíduo, em nome da liberdade de trabalho e da empresa, optasse por se submeter a tal tipo de atividade, ainda que de forma consciente, o Estado poderia proibir a prática em nome de um valor público acerca da vida. O mesmo aconteceu sobre a licitude ou não de relações sadomasoquistas consentidas, decorrentes do impacto moral coletivo – apesar de ocorrerem no âmbito privado entre os indivíduos.³⁸

³⁷ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Consultor Jurídico* [on-line], jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

³⁸ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Consultor Jurídico* [on-line], jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

Sob esse argumento recorrente, a dignidade do homem é inalienável, e o seu respeito, portanto, não pode ser abdicado pelo agente. A imposição de limites à autonomia do indivíduo, por essa perspectiva, assume contornos comunitaristas – concepção que contesta a insuficiência da teoria liberal na defesa única e isolada da liberdade de escolha do indivíduo quanto ao ideal de vida boa –, no qual se proibiu, por exemplo, discursos de ódio. Tanto sob o viés da autonomia quanto a partir da heteronomia, os discursos possuem inconsistências, na medida em que ambos os lados da mesma moeda acabam assumindo um comportamento absolutizado.³⁹

No plano constitucional brasileiro, afigura-se o predomínio da ideia de dignidade como autonomia, enfatizada nas “liberdades pessoais, parte essencial de um longo elenco de direitos individuais e garantias procedimentais”⁴⁰. O debate requer cautelas múltiplas. Os conflitos próprios da pluralidade da sociedade pós-constituente exigem uma discussão racional adequada acerca dos limites da atuação do Estado, isto é, a liberdade do indivíduo não pode ser tolhida com base em discursos separados da moral pública. A dificuldade da definição dessa razão adotada pelo Estado pode ser observada em casos ainda sensíveis aos indivíduos, como na questão do aborto e da eutanásia.

3. A questão dos direitos reprodutivos – a escolha de abortar

O aborto, ou a interrupção voluntária da gravidez⁴¹, sempre é uma questão de forte polêmica, por envolver não só a posição do Estado na sua permissão ou proibição, mas também na discussão – ainda não finda – do conflito entre os direitos do feto e os direitos da mãe. Além disso, traz dentro de si um ponto pouco harmônico entre as crenças morais e religiosas e a liberdade individual de decidir sobre o próprio corpo.

É uma das principais bandeiras da causa feminista mundial. No Brasil, a despeito da sua repressão penal, o número de condenações não é expressivo, seja da mãe que abortou, da parteira que colaborou, ou mesmo do médico que realizou. A existência de diversas clínicas abortivas clandestinas é conhecida, porém não existe a aplicação da lei penal sobre esses casos.⁴²

Não é uma questão de fácil solução. Problemas morais, religiosos, subjetivos, de saúde e de gênero/classe/raça relacionados à prática do aborto são multidimensionais, o que complica a localização de um possível ponto de consenso. No entanto parece ser que um dos

³⁹ ORTOLAN, Marcelo; APARECIDO FILHO, Natal; TRINDADE JUNIOR, Wilson. Comunitarismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 167.

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Leticia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. *Consultor Jurídico* [on-line], jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 03 jun. 2015

⁴¹ A nomenclatura para se referir ao aborto é vasta e atende a uma necessidade de se amenizar o estigma que a palavra carrega, principalmente nos discursos a favor do direito de escolha (*pro-choice*). Neste sentido, também há o termo “interrupção terapêutica da gravidez”, que surgiu durante o julgamento da ADPF nº 54, conhecido como o caso dos anencéfalos.

⁴² SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. *Estudos feministas*. v. 17, n. 2, maio/ago. 2008. p. 675.

núcleos principais do debate é a vida. O começo da vida pode determinar se o aborto deve ser equiparado a um assassinato (igualando feto a uma pessoa), ou se pode ser um mero procedimento de interrupção do desenvolvimento do que virá a ser uma pessoa.⁴³

O aborto está dentro de uma perspectiva muito maior de dificuldade das mulheres no exercício de uma cidadania plena. O conceito de cidadania possui uma nuance sexuada, já que dispõe sobre o papel do homem e da mulher a partir de um viés de gênero, ou seja, distingue o modo como homens e mulheres obtiveram o acesso aos direitos civis, sociais, políticos e econômicos, estruturando a construção da cidadania, a efetivação de direitos e a relação com o Estado, separando o homem da mulher.⁴⁴ Como exemplo, pode-se mencionar que direitos civis, políticos e sociais foram postos de modo a contribuir com a subordinação feminina. Se o dever das mulheres era com a maternidade, os homens tinham deveres com o trabalho, em uma tentativa de equiparação das obrigações de ambos. É a partir da separação de homens e mulheres por meio da dicotomia público x privado que se demarcou a função de cada um na sociedade⁴⁵ até os dias de hoje, embora tal dicotomia talvez já não mais tenha tanto peso no momento de delimitar o papel das mulheres.⁴⁶

Contudo isto é suficiente para perceber que a mulher ainda é muito vinculada à questão da reprodução humana, que afeta diretamente essa decisão de interromper ou não uma gravidez, e não parece ser que essa “função” da mulher seja somente uma imposição religiosa. O fato é que a defesa da vida também se refere à defesa da preservação da raça humana, algo que se alimenta no meio social como uma obrigação e que, pela natureza, compete unicamente às mulheres, apesar de que não se deve ignorar os conflitos que envolvem questões de bioética, como a fertilização in vitro, a clonagem humana, pesquisas de células-tronco, que mesmo se vinculando a um sentido positivo de reprodução, também levantam acalorados debates.⁴⁷ Diante disso, parece que o centro da polêmica é não só a obrigação da reprodução, mas também o fato de que foi a natureza que oportunizou a reprodução, devendo ser assim respeitada. Desde aqui surgem as concepções de valor que se vinculam ao aborto, principalmente as com fundamento religioso. A opção de selecionar apenas algumas correntes religiosas para esta exposição foi necessária, como forma de sistematizar melhor os argumentos

⁴³ Este é o cerne da questão para SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005. p. 259-260.

⁴⁴ Neste sentido, cf. LISTER, Ruth. *Citizenship – Feminist Perspectives*. 2. ed. New York: New York University Press, 2003. p. 146-149.

⁴⁵ MARIANO, Silvana. Cidadania na perspectiva das mulheres pobres e papéis de gênero no acesso a políticas assistenciais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 2, jul./dez. 2009. p. 121. A autora faz a seguinte consideração: O direito social, expresso nos sistemas de proteção social, também caracteriza o modo ambíguo de conceber a cidadania das mulheres. As misturas entre público e privado, entre direito e favor, entre direito e obrigação e a fixação da mulher à maternidade definem os contornos dessa cidadania fragilizada e sexuada.”

⁴⁶ Há muitos estudos feministas que contestam a permanência desta dicotomia nos temas de gênero, principalmente porque a rigidez desta classificação pode não se adequar em certos espaços públicos como a comunidade, a vizinhança, etc., onde as mulheres são significativamente presentes, o que sugere, inclusive, uma redefinição do espaço público. Cf. YOUNG, Iris Marion. Impartiality and the civic public: Some implications of feminist critiques of moral and political theory. *Praxis internacional*, n. 4, p. 381-401, 1985; PATEMAN, Carole. *Feminism and democracy. Democratic theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985. p. 204-217.

⁴⁷ Sobre estas polêmicas, cf. LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 136 e ss.

trazidos. O critério de seleção foi o ranking mundial elaborado pelo Pew Research Center's Religion & Public Life Project das religiões com mais adeptos. Assim, serão expostos os discursos do cristianismo (concentrados na Igreja Católica e nos evangélicos, sem distinção de correntes doutrinárias); do islamismo; do hinduísmo e do budismo.⁴⁸

No que se refere ao cristianismo profetizado pela Igreja Católica, há uma rígida oposição ao aborto, em qualquer de suas hipóteses. Um dos documentos mais importantes é o Código de Direito Canônico que, em seu título VI, cân. 1398, impõe uma das penas mais graves da Igreja para quem recorre ao aborto, que é a excomunhão "latae sententiae", que ocorre no momento em que se comete o ato.⁴⁹ Por sua vez, o Catecismo da Igreja Católica – uma exposição da fé católica e da doutrina da Igreja – dedica 5 parágrafos ao aborto, do n. 2.270 ao 2.275. Em todos eles, a oposição à interrupção voluntária da gravidez é duramente condenada. No entanto nesses textos há alguns elementos que merecem menção, como a consideração do início da vida desde a concepção,⁵⁰ porém existe uma confusão conceitual entre concepção e embrião,⁵¹ a proibição de qualquer tipo de pesquisa com células e até o

⁴⁸ Para conferir o ranking, com dados de 2015, cf. GLOBAL Religious Futures. 2010. Disponível em: <http://www.globalreligiousfutures.org/explorer/custom#/?subtopic=15&chartType=pie&data_type=percentage&destination=-from&year=2010&religious_affiliation=all&countries=Worldwide&gender=all&age_group=all>. Acesso em: 29 set. 2015.

⁴⁹ Assim é o teor do dispositivo: "Título VI: Dos delitos contra a vida e a liberdade do homem. Cân. 1398 – Quem procurar o aborto, seguindo-se o efeito, incorre em excomunhão lataesententiae." (Cf. CONFERÊNCIA Episcopal Portuguesa. *Código de Direito Canônico*. 4. Ed. Lisboa: Editorial Apostolado da Oração, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015). No entanto, quando o fiel católico se arrepende e se confessa, a pena cessa.

⁵⁰ "2270. A vida humana deve ser respeitada e protegida, de modo absoluto, a partir do momento da concepção. Desde o primeiro momento da sua existência, devem ser reconhecidos a todo o ser humano os direitos da pessoa, entre os quais o direito inviolável de todo o ser inocente à vida (46). «Antes de te formar no ventre materno, Eu te escolhi: antes que saíesses do seio da tua mãe, Eu te consagrei» (Jr 1, 5). «Vós conheceis já a minha alma e nada do meu ser Vos era oculto, quando secretamente era formado, modelado nas profundidades da terra» (Sl 139, 15)." (Cf. VATICANO. *Catecismo da Igreja Católica*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/prima-pagina-cic_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵¹ "2271. A Igreja afirmou, desde o século I, a malícia moral de todo o aborto provocado. E esta doutrina não mudou. Continua invariável. O aborto directo, isto é, querido como fim ou como meio, é gravemente contrário à lei moral: «Não matarás o embrião por meio do aborto, nem farás que morra o recém-nascido» (47). «Deus [...], Senhor da vida, confiou aos homens, para que estes desempenhassem dum modo digno dos mesmos homens, o nobre encargo de conservar a vida. Esta deve, pois, ser salvaguardada, com extrema solicitude, desde o primeiro momento da concepção; o aborto e o infanticídio são crimes abomináveis» (48). 2272. A colaboração formal num aborto constitui falta grave. A Igreja pune com a pena canónica da excomunhão este delito contra a vida humana. «Quem procurar o aborto, seguindo-se o efeito («effectusecuto») incorre em excomunhão lataesententiae (49), isto é, «pelo facto mesmo de se cometer o delito» (50) e nas condições previstas pelo Direito (50). A Igreja não pretende, deste modo, restringir o campo da misericórdia. Simplesmente, manifesta a gravidade do crime cometido, o prejuízo irreparável causado ao inocente que foi morto, aos seus pais e a toda a sociedade. 2273. O inalienável direito à vida, por parte de todo o indivíduo humano inocente, é um elemento constitutivo da sociedade civil e da sua legislação: «Os direitos inalienáveis da pessoa deverão ser reconhecidos e respeitados pela sociedade civil e pela autoridade política. Os direitos do homem não dependem nem dos indivíduos, nem dos pais, nem mesmo representam uma concessão da sociedade e do Estado. Pertencem à natureza humana e são inerentes à pessoa, em razão do acto criador que lhe deu origem. Entre estes direitos fundamentais deve aplicar-se o direito à vida e à integridade física de todo ser humano, desde a concepção até à morte» (52). «Desde o momento em que uma lei positiva priva determinada categoria de seres humanos da protecção que a legislação civil deve conceder-lhes, o Estado acaba por negar a igualdade de todos perante a lei. Quando o Estado não põe a sua força ao serviço dos direitos de todos os cidadãos, em particular dos mais fracos, encontram-se ameaçados os próprios fundamentos dum «Estado de direito» [...]. Como consequência do respeito e da protecção que devem ser garantidos ao nascituro, desde o momento da sua concepção, a lei deve prever sanções penais apropriadas para toda

questionamento moral do exame pré-natal,⁵² se ele não for somente um diagnóstico, mas sugerir eventualmente a ocorrência de um aborto.

Há algumas Instruções da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé sobre o aborto provocado. Esses são documentos elaborados quando existe dúvida acerca de algum ponto da doutrina católica. Nesses casos, a Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé pode se manifestar para tornar clara a questão, e quem responde é o Prefeito da Sagrada Congregação.⁵³ Um dos documentos mais emblemáticos sobre o tema foi feita em 18 de novembro de 1980, que remete à posição histórica da Igreja sobre o momento da infusão da alma espiritual, destacando que nem mesmo as diferentes opiniões sobre isso tornavam o aborto menos ilegítimo (tópico Moral e Direito).⁵⁴

Outros documentos importantes da Igreja Católica são as Cartas Encíclicas, escritas pelos papas, com o objetivo de ensinar sobre a fé, o que se denomina como magistério ordinário. Nelas a questão do aborto também foi levantada em diversas ocasiões, renovando de tempos em tempos a sua rígida posição frente a isso.⁵⁵ Além disso, há a Constituição

a violação deliberada dos seus direitos» (53).” (Cf. VATICANO. *Catecismo da Igreja Católica*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/prima-pagina-cic_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵² “2274. Uma vez que deve ser tratado como pessoa desde a concepção, o embrião terá de ser defendido na sua integridade, tratado e curado, na medida do possível, como qualquer outro ser humano. O diagnóstico pré-natal é moralmente lícito, desde que «respeite a vida e a integridade do embrião ou do feto humano, e seja orientado para a sua defesa ou cura individual [...]». Mas está gravemente em oposição com a lei moral, se previr, em função dos resultados, a eventualidade de provocar um aborto. Um diagnóstico [...] não pode ser equivalente a uma sentença de morte» (54). 2275. «Devem considerar-se lícitas as intervenções no embrião humano, sempre que respeitem a vida e a integridade do mesmo e não envolvam para ele riscos desproporcionados, antes tenham em vista a sua cura, as melhorias das suas condições de saúde ou a sua sobrevivência individual» (55). «É imoral produzir embriões humanos destinados a serem explorados como material biológico disponível» (56). «Certas tentativas de intervenção no património cromossômico ou genético não são terapêuticas, mas têm em cesta a produção de seres humanos seleccionados segundo o sexo ou outras qualidades pré-estabelecidas. Tais manipulações são contrárias à dignidade pessoal do ser humano, à sua integridade e à sua identidade única, irrepetível» (57).” (Cf. VATICANO. *Catecismo da Igreja Católica*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cathechism_po/index_new/prima-pagina-cic_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵³ Cf. VATICANO. *Congregação para a Doutrina da Fé*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_pro_14071997_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁵⁴ Assim se inicia o documento: “O problema do aborto provocado e da sua possível liberalização legal tornou-se, um pouco em toda a parte, tema de discussões apaixonadas. Tais debates seriam menos graves se não se tratasse da vida humana, valor primordial que é preciso proteger e promover. Toda a gente compreende bem isso, embora alguns procurem razões para, mesmo contra toda a evidência, servir a esta causa também com o aborto. De facto, não deixa de causar estranheza vermos como, ao mesmo tempo, crescem indiscriminadamente os protestos contra a pena de morte e contra toda e qualquer forma de guerra, por um lado; e a reivindicação de liberalizar o aborto, quer inteiramente, quer sobre a base de indicações cada vez mais alargadas, por outro. Ora, a Igreja tem consciência bastante de que faz parte da sua vocação defender o homem contra tudo aquilo que poderia porventura corrompê-lo ou rebaixá-lo, para ficar calada pelo que concerne a tal assunto: por isso mesmo que o Filho de Deus se fez homem, não existe homem algum que não seja seu irmão quando à humanidade, e que não seja chamado a tornar-se cristão, a receber d’Ele a salvação”. (VATICANO. *Declaração sobre o aborto provocado*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵⁵ Algumas destas Encíclicas são: *Humanae Vitae*, Papa Paulo VI, 25 de julho de 1968 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Humanae Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); *Dominum et vivificantem*, João Paulo II, 18 de maio de 1986 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Dominum Vivificantem*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_18051986_dominum-et-vivificantem.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); *Sollicitudo Rei Socialis*, João Paulo II, 30 de dezembro de 1987 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*.

Pastoral, de 7 de dezembro de 1965, reafirmando que a defesa da vida surge desde o primeiro momento da concepção, o que também alcança os métodos contraceptivos não naturais.⁵⁶ Para fechar o rol de documentos oficiais da Igreja Católica, há algumas Exortações Apostólicas – documentos menos formais que as encíclicas, destinados a um grupo de pessoas como os fiéis leigos – que mencionam o aborto,⁵⁷ como é o caso da Familiaris Consortio de João Paulo II, em 22 de novembro de 1981, que traz a polêmica da interrupção voluntária da gravidez, mas que não se limita a ela, condenando com veemência inclusive os métodos contraceptivos não naturais, amparando-se em uma perspectiva de inversão de valores da família.⁵⁸

Já com base na visão dos evangélicos, a questão do aborto desperta bastante polêmica entre as diversas correntes de pensamento, alcançando tons mais altos no discurso. Como o próprio nome já diz, os evangélicos se fundamentam no evangelho para pregar a sua palavra. As Igrejas Evangélicas ou o movimento evangélico são diversas congregações e denominações cristãs protestantes que se encontram pelo mundo. A sua doutrina tem como base três crenças: a Trindade, a salvação por meio da fé em Cristo e a infalibilidade da Bíblia. Por representar um movimento protestante que estava insatisfeito com a Igreja Católica Romana, também se ampara em Jesus Cristo como o seu único salvador.⁵⁹ Diante disso,

Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Centesimus Annus, João Paulo II, 1 de maio de 1991 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Centesimus Annus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Veritatis Splendor, João Paulo II, 6 de agosto de 1993 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Veritatis Splendor*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Evangelium Vitae, João Paulo II, 25 de março de 1995 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Caritas in Veritate, Bento XVI, 29 de junho de 2009 (cf. VATICANO. *Carta Encíclica Caritas in Veritate*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵⁶ Gaudium et spes, Paulo VI, 7 de dezembro de 1965. Cf. VATICANO. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes sobre a Igreja no mundo actual*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁵⁷ Outras Exortações Apostólicas sobre o tema: Pós Sinodal, Ecclesia in Europa, João Paulo II. (cf. VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Ecclesia in Europa*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_20030628_ecclesia-in-europa.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Pós Sinodal, Pastores Gregis, João Paulo II, (cf. VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Pastores Gregis*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_20031016_pastores-gregis.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Pós Sinodal, Ecclesia in Asia, João Paulo II, 6 de novembro de 1999. (cf. VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Ecclesia in Asia*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_06111999_ecclesia-in-asia.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Pós Sinodal, Africa e Munus, Bento XVI, 19 de novembro de 2011 (cf. VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Africae Munus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/apost_exhortations/documents/hf_ben-xvi_exh_20111119_africae-munus.html>. Acesso em: 22 jul. 2015); Evangelii Gaudium, Francisco, 24 de novembro de 2013 (Cf. VATICANO. *Exortação Apostólica Evangelii Gaudium*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

⁵⁸ Cf. VATICANO. *Exortação Apostólica Familiaris Consortio*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

⁵⁹ Cf. PEW Research Center. Chapter 1: The Changing Religious Composition of the U.S. may 2015. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2015/05/12/chapter-1-the-changing-religious-composition-of-the-u-s/>>. Acesso em: 30

conforme a igreja que se refere (quadrangular, Igreja Universal do Reino de Deus etc.) ou mesmo a linha protestante que se segue (adventistas, metodistas, batistas etc.), obter-se-á uma leitura da Bíblia e, por sua vez, uma interpretação do início da vida e do aborto. Para o tratamento desses tipos de temas, os Evangélicos se utilizam de argumentos exclusivamente bíblicos, ignorando evidências científicas ou biológicas.

O discurso estruturado⁶⁰ contra a interrupção voluntária da gravidez segue o caminho do Catolicismo, ou seja, afirma-se que o início da vida se dá com a fecundação do óvulo e que, a partir desse momento, o aborto é o mesmo que um assassinato. Ainda essa leitura é acentuada porque também considera assassinato o aborto terapêutico, ou seja, aquele que se pratica para salvar a vida da mãe. O argumento principal é que esse aborto não possui natureza terapêutica, por não curar a mãe ou o bebê, sendo um aborto como outro qualquer. Outra razão trazida neste ponto é que os casos em que são necessários esse tipo de interrupção da gravidez são muito escassos (porém quase nunca se indicam as fontes desses dados), o que não autorizaria a ser uma exceção à regra do não-aborto.⁶¹ Além disso, entende-se que pior que a existência de uma gravidez resultado de um estupro ou de um incesto é a resposta com outro crime, que seria o assassinato do bebê, que não tem a culpa pelo que ocorreu com a mãe.⁶²

Assim, para essa corrente que se posiciona radicalmente contra o aborto, embora a Bíblia não mencione diretamente a questão, há diversas passagens que, para os seus defensores, deixam clara a visão de Deus sobre o tema: Jeremias 1:5 diz que Deus nos conhece antes de nos formarmos no ventre materno. O Salmo 139:13-16 fala do papel ativo de Deus na criação dos homens na matriz. No livro Êxodo 21:22-25 se prescreve o mesmo castigo para alguém que cause a morte de um bebê no útero que para alguém que cometa um assassinato. Nesse sentido, para o cristão evangélico, o aborto não é um assunto de eleição dos direitos da mulher, mas sim da vida e da morte de um ser humano feito à imagem de Deus, parafraseando Gênesis 1:26-27; 9:6.⁶³

Do outro lado, encontram-se leituras da Bíblia mais favoráveis ao aborto, ou ao menos não criminalizatórias dele. Segundo essa corrente, não há nada nas escrituras que justifique que o aborto seja um ilícito ou um pecado.⁶⁴ Isso porque se entende que não há a defesa de um direito à vida. A Bíblia não considera a vida um direito, mas defende a vida humana só

set. 2015.

⁶⁰ Devido à quantidade de igrejas e de correntes de pensamento, não há um veículo oficial único de pregação da doutrina evangélica. Para realizar esta pesquisa, foram verificadas diversas páginas web no Brasil e no mundo, que permitissem comparar os motivos para a posição defendida. Somente a título de informação, nos Estados Unidos, há a National Association of Evangelical, que, de certa forma, organizou os evangélicos e sistematizou as igrejas existentes (NAE. National Association of Evangelicals. Disponível em: <<http://nae.net/>>. Acesso em: 30 set. 2015).

⁶¹ Cf. MICHELÉN, Sugel. *El problema esencial del aborto*. Disponível em: <<http://www.iglesiaevangelicaelalfarero.com/opini%C3%B3n/el-problema-del-aborto/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶² Cf. GOTQUESTIONS. ¿Qué disse la Biblia acerca del aborto? Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Espanol/aborto.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶³ Cf. GOTQUESTIONS. ¿Qué disse la Biblia acerca del aborto? Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Espanol/aborto.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶⁴ Cf. MILLER, Lisa. *Pro-choice Evangelicals?* Newsweek, may 2008. Disponível em: <<http://www.newsweek.com/pro-choice-evangelicals-85893>>. Acesso em: 30 set. 2015.

na medida em que for a manifestação da imagem de Deus no homem, ou seja, quando a vida humana for biblicamente valiosa enquanto glorifica a Deus, o que não a faz ser um “direito”. Utilizando-se das mesmas passagens citadas acima, os defensores de uma posição mais voltada à possibilidade de aborto consideram que o homem foi feito para a glória a Deus, não ao contrário. Dessa forma, a sua vida é uma manifestação de sua glória e somente é valiosa para Deus na medida em que assim realmente seja. No entanto, isso tampouco autoriza a retirada arbitrária da vida, porque ela é um dom de Deus. Diante disso, a pergunta que surge é quando que a vida humana é digna de ser protegida.⁶⁵

Por meio de interpretação dos Salmos 139:13-16; Jeremias 1:5, poder-se-ia ler que a fixação do início da vida se dá antes mesmo do zigoto, podendo se chegar ao extremo de se entender que a Bíblia poderia até considerar que a vida em potencial começa com a união sexual entre o pai e a mãe. Porém não é assim, já que o Salmo 139 se refere à interferência de Deus na formação como ser humano até no ventre da mãe, algo que é distinto à vida humana. No caso do livro de Jeremias, a leitura corrobora com o Salmo citado, afirmando que Deus conhece aos seus antes mesmo de serem concebidos, conhecendo-os desde a eternidade. Nos mesmos termos, consta em Romanos 8:29-30 e Efésios 1:4, 9, 11. Ou seja, a passagem alcança unicamente aos seus eleitos para serem o seu povo, não a qualquer um, deve haver uma predestinação do profeta desde a eternidade, como filho de Deus e para dar testemunho de seu nome. Isso não se aplica a quem Deus não tenha querido, desde a eternidade, adotar como seu filho. O próprio relato da criação da vida contido na Bíblia (Gênesis 2:7) poderia demonstrar que o seu início se dá com o sopro da vida, não somente com a matéria, com a criação de um ser na terra. Um feto, biblicamente, não é uma pessoa. Ele necessita estar respirando. Portanto não há vida enquanto não se respira e não se glorifica a Deus, o que, indiretamente, possibilitaria o aborto.⁶⁶

Como se pode verificar, a questão está muito longe de ser pacífica. Há uma tendência entre os evangélicos em condenar o aborto, mas também se tem consciência de que o problema é alarmante mesmo entre os seus adeptos, e que eles têm o dever de colaborar para a sua solução, como um “chamado de Deus”. É isso que demonstra a *National Association of Evangelicals* e suas diversas atuações para a redução do número de abortos, embora ainda distem muito de um consenso.⁶⁷

Por sua vez, a doutrina islâmica⁶⁸ é fundamentada no Corão.⁶⁹ Trata-se de uma religião

⁶⁵ Cf. JAVIER. *El aborto y los cristianos*. Enero de 2013. Disponível em: <<https://lavozliberal.wordpress.com/2013/01/26/el-aborto-y-los-cristianos/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶⁶ Cf. JAVIER. *El aborto y los cristianos*. Enero de 2013. Disponível em: <<https://lavozliberal.wordpress.com/2013/01/26/el-aborto-y-los-cristianos/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶⁷ Cf. NAE. *Little Consensus on How to Reduce Abortions*. 2012. Disponível em: <<http://nae.net/little-consensus-on-how-to-reduce-abortions/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁶⁸ No momento da pesquisa, houve dificuldades de encontrar uma página web oficial sobre o Islamismo, principalmente por conta do idioma árabe, falado pela maioria de seus seguidores. Diante disto, optou-se pela pesquisa em diversas páginas do mundo todo, confrontando o conteúdo. Além disto, a própria busca por dados em inglês foi muito prejudicada, devido ao atual momento em que o mundo oriental e ocidental vive no que tange aos conflitos capitaneados pelo Estado Islâmico. Não houve como acessar canais efetivamente confiáveis sobre o islamismo, em sua forma “oficial” ou “genuína”.

⁶⁹ Encontra-se também como Alcorão.

que tem como profeta Maomé o salvador e é considerada como uma das mais antigas ainda existentes.⁷⁰ O pensamento islâmico⁷¹ pode ser resumido em seis crenças: (i) a crença em um Deus, que é Alá, tido como único criador e soberano; (ii) a crença nos anjos; (iii) a crença nos profetas, que são os bíblicos, porém termina em Maomé, como o último escolhido por Alá; (iv) a crença nas revelações de Alá, aceitando partes da Bíblia, como os Evangelhos, mas é no Corão que se encontra a palavra perfeita; (v) a crença no último dia do julgamento, quando todos serão ressuscitados para o juízo final que levará ao paraíso ou ao inferno; (vi) a crença da predestinação, uma vez que Alá já decretou tudo o que ocorrerá. Por outro lado, há cinco pilares que formam a base do islamismo e que devem ser estritamente obedecidos pelos muçulmanos: (i) o testemunho da fé (*shahada*), assumindo que não há outra divindade a não ser Alá; (ii) as orações (*salat*), cinco vezes ao dia; (iii) o pagamento de dádivas rituais (*zakat*), que é um percentual administrado uma vez por ano; (iv) o jejum (*sawm*) durante o Ramadã, no nono mês do calendário islâmico, impedindo de comer e beber desde o amanhecer até o entardecer; (v) a peregrinação (*hajj*), quando fisicamente e financeiramente possível, à Meca, na Arábia Saudita, pelo menos uma vez na vida, durante o décimo segundo mês do calendário islâmico.⁷²

A família possui uma posição preponderante no Islamismo. Paralelamente a isso, o casamento (heterossexual, entenda-se) é necessário para a formação de uma família, sendo algo pregado por todos os profetas, inclusive por Maomé (Corão, 2:187 e 57:27). Nessa linha, o celibato, a abstenção e o não-contato sexual não integram o Islamismo, porque se compreende que o casamento é parte integrante da devoção religiosa (Corão, 3:31). É aqui que paira a concepção de que a mulher é livre dentro do casamento, devendo agir somente nesse contexto. O casamento, para o Islamismo, liberta a mulher, e tudo o que é feito fora dele é muito condenável, para homens e mulheres, embora sejam elas as mais afetadas.⁷³ O adultério é extremamente condenável, por desfazer famílias (Corão, 24:4 e 24:23).⁷⁴

O Islã considera que matar um ser humano, retirar uma vida, é algo extremamente grave (Corão 5:32), constando essa condição já no primeiro capítulo da Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos.⁷⁵ O livro sagrado ensina que, aos que matarem os seus filhos, serão julgados por esse crime no Dia do Juízo, tendo os filhos como testemunhas de acusação. (Corão 81:9-9). Inclusive, o livro incentiva os islâmicos a terem muitos filhos e a

⁷⁰ Cf. RELIGION FACTS. *Islam: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/islam/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷¹ Há quem diferencie o Islamismo do Islam, sendo o primeiro a religião aqui tratada e a segunda uma versão fundamentalista da primeira. Neste sentido, cf. PIPES, Daniel. *Distinguishing between Islam and Islamism*. 1998. Disponível em: <<http://www.danielpipes.org/954/distinguishing-between-islam-and-islamism/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷² GÖTQUESTIONS. *O que é o Islamismo e em que os muçulmanos acreditam?* Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Portugues/Islamismo.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷³ Cf. SACHEDINA, Abdulaziz. The search for islamic bioethics principles. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed. UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 117-126.

⁷⁴ Cf. MAHDI, Abdur Rahman. *A Família no Islã (parte 1 de 3): O Apelo da Vida Familiar Islâmica*. 2009. Disponível em: <<http://www.islamreligion.com/pt/articles/387/viewall/familia-no-islam-parte-1-de-3/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁵ Cf. MUNIZ, Mônica. *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html#1>>. Acesso em: 07 out. 2015.

não temerem a falta de recursos, pois Alá providenciará o sustento necessário a todos, uma vez que a vida humana é sagrada (Corão 17:31 e 6:151). Devido a isso, o Islamismo não permite o aborto. Entretanto trata-se de uma religião, muitas vezes, de cunho prático, principalmente para lidar com casos excepcionais, que é apenas um: caso a gravidez ameace a vida a mãe, o aborto está autorizado, porque se entende que, embora ambas as vidas sejam sagradas, a vida da mãe é a principal. Assim, recomenda-se que o aborto seja feito antes da entrada da alma no feto. Já em situações de mulheres vítimas de estupro ou incesto, uma corrente de pensamento entende que a criança não deve ser penalizada à morte e que tem direito a viver. A interrupção da gravidez, aqui, não é tida como uma solução correta, ainda que se tenha dimensão do mal ocorrido.⁷⁶ Por outro lado, foi possível encontrar outra argumentação para autorizar o aborto nesses casos de violência ou abuso. Para seus defensores, a família, por ser um núcleo central da sociedade islâmica, não pode ser minada pela convivência forçada de uma criança que representa a desonra de seus membros, fato esse que justificaria o aborto, como forma de preservação da harmonia no lar. Infelizmente, não se pode afirmar qual dessas posições é a preponderante.⁷⁷

A diferença entre os métodos contraceptivos – amplamente aceitos no Islamismo – e o aborto, é a fecundação do óvulo, que permite o sopro da vida. Se não há fecundação, não há ser vivo. Contudo, sobre o início da vida, mesmo que não se possa afirmar que haja um claro consenso, muitos entendem que é a formação do feto, com a respiração (ou seja, o recebimento da alma), seja a formação de uma matéria pronta para o desenvolvimento de um feto.⁷⁸ No Islam, considera-se que a alma da criança é soprada por um anjo a partir do 120º dia de gestação, após, o feto já é considerado um ser humano, impedindo totalmente o aborto (Corão, 17:33).⁷⁹

Por sua vez, o Hinduísmo⁸⁰ é uma religião que reúne inúmeras tradições, que se relacionam constantemente e que compartilham temas em comum, mas não se constituem em algo unificado de práticas e crenças. É tida como uma “religião eterna” (*sanatama dharma*), a partir do cumprimento de deveres e obrigações (*dharma*) apropriados para uma determinada classe (*varna*) e estágio da vida (*asrama*), definindo o Hinduísmo como *varnasramadharma*. Não há registros de fundadores do Hinduísmo ou data de origem. Os autores e as datas da maioria dos textos sagrados hindus são desconhecidos, e isso reforça a concepção de que se trata de uma “religião eterna”.⁸¹

⁷⁶ Cf. ADAMGY, Yiossuf. *IVG – Conceito do aborto no Islão (YA)*. 2007. Disponível em: <<http://www.estudos-biblicos.net/aborto-YA.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁷ Cf. IBRAHIM, Habibah L. *O aborto no Islam*. Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://amulhereislam.wordpress.com/tag/aborto/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁸ Cf. AL-KARADHAWI, Yussef. *O aborto*. Disponível em: <<http://www.religiaodedeus.net/fatwa18.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁷⁹ Cf. IBRAHIM, Habibah L. *O aborto no Islam*. Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://amulhereislam.wordpress.com/tag/aborto/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸⁰ Novamente destaca-se a dificuldade em encontrar um canal oficial que pudesse colaborar com a pesquisa, bem como a própria dificuldade em ler textos em hindí, idioma falado pela maioria dos seus seguidores.

⁸¹ Cf. RELIGION FACTS. *Hinduism: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/hinduism>>. Acesso em: 30 set. 2015.

O Hinduísmo não é um sistema organizado, o que o torna heterogêneo em sua composição. Muitos devotos seguem Shiva ou Vishnu, que são apontados como os verdadeiros Deuses, enquanto outros acreditam na própria divindade (*divine self* ou *atman*). Porém a maioria reconhece a existência de Brahman, o principal e supremo detrás de tudo. Para praticar a religião, a maioria dos hindus respeita a autoridade dos Vedas, que são uma coleção de livros antigos sagrados, e os Brahmins (ou Brahmanis, como já se traduziu ao português), que é a classe santificada. Ainda assim alguns rejeitam essas autoridades. Por outro lado, a vida religiosa hindu pode ser devota de um só Deus, ou de vários, para o cumprimento de deveres na vida familiar ou concentrando-se na meditação. Considerando toda essa diversidade, não há como generalizar as crenças do Hinduísmo.⁸²

Em sua maioria, a orientação do Hinduísmo é considerar o aborto uma violência contra a vida. Tradicionalmente, o Hinduísmo entende que a alma reencarna quando há a concepção. De acordo com o Caraka Samhita, um texto médico hindu, a alma já se juntou à matéria no ato da concepção. Contudo o Garbha Upanishad atesta que a inserção da alma se dá no sétimo mês, sendo esta uma visão não integrante do principal pensamento hindu.⁸³ A crença geral dos hindus é que todas as formas de vida são sagradas, que devem ser amadas e reverenciadas, o que impõe a não-violência (*ahimsa*). Todas as vidas são sagradas porque todas as criaturas são manifestações do Ser Supremo. Essa postura de não-violência é conectada com a crença na reencarnação, que é a reincorporação de almas em diferentes espécies de vida. O *karma* gerado na vida presente de alguém determina o quanto ela sofrerá ou será feliz na direção da união com Deus na próxima reencarnação, que pode, inclusive, nem vir em forma humana, mas de um animal, de uma planta, até mesmo um micróbio. Nesse sentido, o aborto, como qualquer outro ato de violência, impede uma alma no seu progresso em direção de Deus. Embora a comunidade hindu seja muito discreta para manifestar a sua posição pró-vida, as escrituras hindus e tradições condenam há tempos essa prática, exceto quando há perigo para a vida da mãe.⁸⁴ O Hinduísmo ensina que o feto é um ser vivo, uma pessoa consciente que precisa e merece proteção. As escrituras hindus se referem ao aborto como *garha-batta*, que significa morte no útero, *bhroona hathya*, ou matar uma alma não desenvolvida. Um hino contido no Rig Veda (7.36.9, RvP, 2469) implora pela proteção dos fetos. Já no Kaushitaki Upanishad (3.1 UpR, 774), há um paralelo entre o aborto e matar um dos próprios parentes. Ainda no Atharva Veda (6.113.2 HE, 43), quem mata o feto está entre os piores pecadores. Nota-se que, nessa perspectiva, o combate ao aborto também é um combate contra a morte de outros tipos de vida, incluindo animais, já que eles, segundo o Hinduísmo, também são seres vivos conscientes, com a mesma capacidade mental que as crianças. Ambos são um tipo de violência.⁸⁵

⁸² Cf. RELIGION FACTS. *Hinduism: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/hinduism/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸³ Cf. HHR. Hindu Religious Quotes on Abortion. October, 2012. Disponível em: <<http://www.hinduhumanrights.info/hindu-religious-quotes-on-abortion/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸⁴ Vid. COWARD, Harold. South Asia approaches to health care ethics. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed., UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 135-142.

⁸⁵ Cf. DERR, Mary Krane; MURTI, Vasu. *Abortion is bad karma: hindu perspectives*. Disponível em: <[29](http://www.fnsa.</p>
</div>
<div data-bbox=)

No entanto a questão não é totalmente resolvida quando confrontada com a sociedade hindu moderna que, devido aos seus costumes, motiva as pessoas a praticarem o aborto seletivo, ou seja, aborto de fetos femininos. A pressão para que mulheres se casem e tenham somente filhos homens é forte, principalmente do ponto de vista econômico, já que, para casar uma filha, o pai deve arcar com o dote, e se a mulher não gera um filho, pode ser deixada pelo marido, que buscará uma nova esposa, deixando a anterior à própria sorte.⁸⁶ Algumas medidas estão sendo tomadas por parte do Poder Público para que se combata a prática de abortos seletivos, como educação sexual para o uso de contraceptivos, bem como sobre a noção de casamentos, adoção dos bebês ou a proibição da seleção do sexo do bebê. Existe também a possibilidade de que as mães deixem os bebês nos hospitais de forma anônima, deixando-os para adoção, com assistência financeira do Estado para os pais adotivos.⁸⁷

Como última religião a ser exposta, o budismo⁸⁸ se difere em muitos aspectos das demais até aqui tratadas. As práticas e crenças do budismo seguem os ensinamentos de Buddha, que significa “o Iluminado”. Trata-se de um caminho por meio de práticas como a meditação, para que alguém se transforme, desenvolvendo as qualidades de consciência, bondade e sabedoria. Quando alcançado esse desenvolvimento, a pessoa torna-se também iluminada. Por ser declaradamente não-teísta, negando explicitamente o conceito de um Deus criador, existem questionamentos sobre se o budismo corresponde a uma religião ou a uma filosofia. Por não ter um pensamento “materialista” como a ciência, o budismo considera que o mundo temporal-espacial que se experimenta por meio dos sentidos não é suficiente para explicar a condição humana. Porém há rituais que o definem como religião, que tem como objetivo o fim do sofrimento e o compartilhamento dos ensinamentos de Buddha, por meio da meditação e da consequente libertação do ser. Ressalte-se que não há uma “evangelização” budista, deixando com que as pessoas se sintam livres para seguir os ensinamentos de Buddha, mesmo sem se assumirem budistas.⁸⁹

Como orientação geral, os budistas tendem a se negar a exercer alguma intervenção na decisão pessoal de uma mulher a interromper a sua gravidez.⁹⁰ No entanto, a posição do budismo é que o aborto não é aconselhável, embora rechace a imposição de parâmetros morais. A visão budista do aborto não inclui a noção de direitos, seja o direito à vida ou ao próprio corpo. Isso se deve à antiguidade da doutrina budista frente à concepção relativamente recente de direitos humanos. As duas posturas comumente encontradas sobre o tema – a

org/fall98/murti1.html>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸⁶ Vid. COWARD, Harold. South Asia approaches to health care ethics. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed., UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 135-142.

⁸⁷ Cf. DERR, Mary Krane; MURTI, Vasu. *Abortion is bad karma: hindu perspectives*. Disponível em: <<http://www.fnsa.org/fall98/murti1.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁸⁸ A metodologia na realização da pesquisa foi mesma para as demais: diante da ausência de um canal oficial de divulgação dos ensinamentos budistas, comparou-se informações desde diversas páginas web, além das informações constantes no site Religion Facts.

⁸⁹ Cf. RELIGIONS FACTS. *Buddhism: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/buddhism>>. Acesso em: 30 set. 2015; LIBROS BUDISTAS. *¿Qué es el Budsimo?* Disponível em: <<http://www.librosbudistas.com/budismo>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁹⁰ Vid. HUGHES, James. Buddhist bioethics. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed., UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 127-133.

vida ou a eleição – no pensamento budista podem ser chamadas de “eternalismo” e “aniquilacionismo”. A primeira se refere à crença de que a individualidade é eterna, e a segunda se conecta à ideia de que o indivíduo perecerá, usualmente no momento de morrer. Diante disso, para os budistas, rotular o aborto como um assassinato é emotivo e absoluto demais, além de ser metafísico e, portanto, impossível de comprovar, já que o próprio termo significa a morte provocada de seres humanos, em geral, como na guerra. O budismo questiona essa visão apaixonada, analisando se a vida foi tirada propositalmente em seu sentido relevante. Realiza-se o raciocínio se mesmo fora da comunidade que prega o aborto com base em dogmas de fé, esse assassinato também seria tido dessa forma. É nesse ponto que se discute o surgimento da consciência, com base em noções de materialismo científico. Os materialistas acreditam que a substância principal que conforma o mundo é a matéria. Em condições adequadas, a matéria pode evoluir a organismos complexos, ao que se chama “vida”. Logo, atingido certo nível de complexidade, a consciência surge.⁹¹

O Canon Pali (a primeira recompilação escrita dos ensinamentos budistas) descreve o processo da concepção na matriz e o surgimento da consciência. Já o Maha Tanhasankhaya Sutta estabelece que a concepção é dependente da chegada conjunta (no mesmo momento) de três elementos: (i) da mãe e do pai juntos; (ii) da fertilidade da mãe; (iii) e que o ser a renascer esteja pronto. Com isso, a consciência aparece no momento da concepção. Por outro lado, o Maha Nidana Sutta é mais esclarecedor, afirmando que, se a consciência não entra no ventre da mãe, a mentalidade e a forma física não podem “coagular” dentro do útero. Ainda, o livro diz que a concepção depende de elementos, incluindo a consciência. Já no Vinaya monástico (que agrupa mais de 200 normas para monges e monjas), a aparição do embrião se equipara com o surgimento da primeira “mente”, a primeira consciência no ventre da mãe. Nota-se que todas essas noções tratam a concepção como uma combinação de fatores físicos e mentais, estando estes em primeiro lugar. Paralelamente a isso, entende-se que o embrião possui uma consciência bastante remota, embora ela esteja presente, conferindo ao Vinaya um forte apoio por parte dos budistas. Esse livro considera o aborto uma morte intencional de um ser humano, mas não de um ser humano com uma consciência plena e totalmente formada. Nesse sentido, o aborto seria o ato menos grave desse tipo de morte intencional. Isso demonstra a tendência de se adotar um “caminho médio”, no qual se aceita diversos pontos de vista das posições extremas, mas evitando suas conclusões absolutistas.⁹²

O primeiro preceito do budismo frequentemente se traduz como a se comprometer a se abster de destruir a vida, podendo haver diferenciações entre a vida animal e vegetal. Esse preceito se aplica nas mais diversas manifestações da vida e não deixa de reconhecer que a interrupção de uma gravidez é um assunto grave. Porém não é grave desde o ponto de vista do “preceito humano”, mas como uma ação extensiva à consciência de quem pratica o ato. Não há escolas de budismo, nesse sentido, que proibam o aborto desde o seu viés moral.

⁹¹ Cf. SUJATO, Bikkhu. *Cuando la vida comienza*. Disponível em: <<http://www.budismo.net/t3.php>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁹² Cf. SUJATO, Bikkhu. *Cuando la vida comienza*. Disponível em: <<http://www.budismo.net/t3.php#nota5>>. Acesso em: 30 set. 2015.

O budismo ensina a não impor as próprias opiniões sobre os demais e a sentir compaixão por aqueles que enfrentam situações difíceis. Embora em alguns países predominantemente budistas, como a Tailândia, existam restrições legais sobre o aborto, muitos budistas não acreditam que o Estado deva intervir em assuntos de consciência, moral ou religião.⁹³ Sem dúvida, reflete uma posição diversa, se comparada com as outras religiões aqui abordadas.

Está claro que, mesmo com a presença de uma indefinição sobre o real início da vida para as religiões, com a obscuridade do significado de concepção e formação de um embrião, o ponto central do aborto é o início da vida, a fim de dizer se o feto pode ou não ser equiparado a um indivíduo no pleno exercício de seus direitos. Assim sendo, é necessário tentar, pelo menos, uma aproximação científica a esse debate, que nem mesmo a comunidade médica foi capaz de construir consenso.⁹⁴ Entre os cientistas há cinco hipóteses sobre o início da vida. A primeira é a abordagem genética, na qual a vida já começa no momento da fecundação, com a união do espermatozoide ao óvulo, dando origem a uma nova combinação de genes, ou seja, um DNA inédito.⁹⁵ A segunda é o início da gastrulação, que se refere a um processo de divisão que dá origem aos diferentes órgãos. A gastrulação começa quando o zigoto já é um embrião e se instala no útero, sendo essa fase a mais comum para abortos espontâneos.⁹⁶ A terceira hipótese é o início da atividade neuronal, também chamada de neurulação, sendo que essa hipótese também é utilizada para a definição de morte (com o cese da atividade neurológica). Essa fase ocorre por volta do primeiro trimestre de gravidez, embora não exista consenso sobre o seu momento exato. A quarta hipótese é a abordagem ecológica, que dita que a vida se inicia quando o feto é capaz de sobreviver fora do útero, ao redor do sétimo mês de gravidez. A quinta e última hipótese é a de que a vida somente começa quando o feto se torna biologicamente independente da mãe.⁹⁷

Há duas posições que são mais defendidas pela comunidade científica. A primeira é a da nidação e da fixação do embrião às paredes do útero, ou seja, quando a mãe começa a nutrir o blastocisto e realizando a reposição de sangue, ao redor do 8º dia de gestação. É nessa fase que se inicia uma relação metabólica e, logo, psicológica com a mãe, passando ao desenvolvimento – mais lento – que resultará no nascimento do bebê.⁹⁸ Entende-se dessa

⁹³ Cf. O'BRIEN, Barbara. *Buddhist Perspectives on the Abortion Debate*. Disponível em: <<http://buddhism.about.com/od/basicbuddhistteachings/a/abortion.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

⁹⁴ MERRITT, John L.; MERRITT II, J. Lawrence. *When does human life begin? Scientific, scriptural, and historical evidence supports implantation*. 3. ed. Washington: Crystal Clear, 2012. p. 3.

⁹⁵ Esta é a posição da igreja católica e dos que se colocam contra o aborto.

⁹⁶ Para Giovanni Berlinguer, a fecundação é, certamente, a fase inicial e necessária para a formação de um indivíduo. Mas não é uma condição suficiente, necessitando da nidação no útero, fase em que acontece a diferenciação celular e o aparecimento dos elementos que diferem este processo de outras espécies, bem como de outros indivíduos da mesma espécie. Ou seja, é somente após a nidação que o óvulo fecundado terá mais probabilidade de dar prosseguimento às outras fases da gestação. (Cf. BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida (ética, ciência, saúde)*. Tradução de Maria Patricia de Saboia Orrico. Londrina: Apce-Hucitec-Cebes, 1993. p. 41-42).

⁹⁷ Todas estas fases estão detalhadamente tratadas em GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. Tradução de Adolfo Max Rothschild. 5. ed. Ribeirão Preto: Funpec, 2003.

⁹⁸ Opinião de BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida (ética, ciência, saúde)*. Tradução de Maria Patricia de Saboia Orrico. Londrina: Apce-Hucitec-Cebes, 1993. p. 42; e de MERRITT, John L.; MERRITT II, J. Lawrence. *When does human life begin? Scientific, scriptural, and historical evidence supports implantation*. 3. ed. Washington: Crystal Clear, 2012. p. 2.

forma porque, segundo evidências, a fecundação não é condição suficiente para se gerar uma vida, já que há muitos embriões – blastocistos – não chegam a se implantar no corpo materno, perdendo-se. A permissão da pílula do dia seguinte se ampara nessa hipótese.

A outra posição também comumente defendida é a da fase da neurulação. Segundo Scott F. Gilbert, o córtex cerebral humano não tem conexões neurônicas na 12ª semana de gestação, o que impede que o feto se mova em resposta a um pensamento, consciência ou medo. Nessa linha, a atividade elétrica mensurável, característica de células neurais (denominado de “padrão do eletroencefalograma, ou EEG”) é completamente verificada somente aos 7 meses de gestação. A atividade neurológica é um elemento utilizado para se definir o momento da morte, ou seja, a perda do padrão de EEG determina que a pessoa está morta. Sendo assim, para muitos o início dessa mesma atividade também deveria ser reconhecido como o começo da vida humana.⁹⁹ É nessa posição que se amparam legislações que autorizam o aborto até o terceiro mês de gravidez.

Já desde a ótica religiosa, o argumento principal é o de que o início da gravidez é o da fecundação. Entretanto nem sempre foi essa a posição da Igreja. Pensa-se que o argumento religioso *pro-life* se ampara em Deus e na geração da vida e que, se a maternidade seria a demonstração máxima de respeito pela vida humana, o aborto seria uma negativa disso. Essa defesa incondicional da vida por parte da Igreja nem sempre atendeu a essa lógica durante os seus séculos de existência. Há estudos que indicam que durante os seis primeiros séculos do cristianismo, a punição do aborto não era para proteger o feto, mas para o adultério que gerou o feto e que, portanto, motivou o aborto, em muitos casos. A partir disso, entendia-se que o aborto era a violação do casamento monogâmico que a igreja e o Estado impunham como regra à sociedade. A defesa do matrimônio monogâmico era mais valiosa que a da vida. De fato, na mesma época, até a idade medieval, não era “pecaminoso” praticar o aborto no início da gravidez, porque haveria um homicídio somente quanto o feto poderia ser considerado uma pessoa. Assim, o aborto seria tido como um pecado quando o feto estivesse totalmente formado, já tendo passado pela fase de “hominização”, denominada assim por Tomás de Aquino.¹⁰⁰ Essa era a posição dominante até o século XIX, quando houve a proclamação do dogma da infalibilidade do poder papal e o aumento do culto à Virgem Maria. Foi nesse contexto que a fase de “hominização” foi contestada, tornando-se uma “hominização” imediata, desde o momento da concepção, o que fez com que o aborto se equiparasse ao homicídio desde o momento da fecundação.¹⁰¹

Nem mesmo no seio da Igreja Católica ou do meio teológico há consenso sobre se o aborto sempre será condenável.¹⁰² Segundo uma pesquisa de 2013 abordando os Estados

⁹⁹ MOROVITZ, Harold J.; TREFIL, James S. *The facts of life: Science and the abortion controversy*. UK: Oxford University Press, 1992. p. 59 e ss.

¹⁰⁰ HURST, Jane. A história das idéias sobre o aborto na Igreja Católica. In: HURST, Jane; MURARO, Rose Marie. *Uma história não contada*. Montevideo: Católicas por el Derecho a Decidir, 1992. p. 7-40.

¹⁰¹ NUNES, Maria José Rosado. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 25.

¹⁰² Principalmente porque ela tem uma visão envolvida em afeto, sendo este um sentimento aleatório. (Cf. SEGRE,

Unidos, o Pew Research Center divulgou que o aborto seria moralmente condenável para 75% dos evangélicos protestantes brancos; 66% para os católicos hispânicos; 58% para os protestantes negros; 53% para os católicos brancos; e 38% para os protestantes brancos. Tais dados demonstram – ao menos em parte – que, em muitas situações, a fé existe paralelamente à opinião sobre temas delicados, como a interrupção da gravidez, e que quanto mais é fechada a doutrina seguida, mais moralmente condenável o aborto será.¹⁰³

Há opiniões que reconhecem que há um conflito de valores quando uma mulher decide abortar e que não raramente recorre ao “mal menor”. Ou seja, em casos difíceis que seja feito o mal menor, o que possibilitaria a defesa de uma mulher que opta pelo aborto em nome da própria felicidade, escolhendo os valores que devem ser preservados. Isso legitima, inclusive, o uso de preservativos e de anticoncepcionais, sendo o aborto um último recurso, terapêutico e urgente.¹⁰⁴ Uma amostra disso é o movimento Católicas pelo Direito de Decidir, que é uma ONG de mulheres – católicas – que não concordam com o que a igreja impõe sobre a questão do aborto, mas que privilegiam a sua autonomia e liberdade,¹⁰⁵ evidenciando que nem mesmo dentro do catolicismo o aborto é pacificamente aceito como um crime.¹⁰⁶

Apesar de defender a vida como o bem maior e de se posicionar contra o aborto, até mesmo na Igreja se admitem exceções. O aborto é tolerado quando é necessário salvar a vida da mãe, e aqui cabe ressaltar que o aborto – legalizado – é realizado por terceiro, médico, o que confronta a questão de um terceiro matar um inocente para salvar outro. O aborto tam-

Marco. Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 44-45.

¹⁰³ Cf. GRAMLICH, John; LIPKA, Michael. *5 facts about abortion*. 2014. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/06/11/5-facts-about-abortion/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

¹⁰⁴ LADRIÈRE, Paul. Ética y poder religioso en el campo de la reproducción de la vida humana. *Selecciones de teología*. v. 25, n. 98, p.119-128, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/llib/vol25/98/098_ladriere.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

¹⁰⁵ A descrição trazida na *website* do grupo explica a sua missão: “O desenvolvimento humano depende do respeito aos direitos humanos e civis da população, em toda sua diversidade. Lutamos pela igualdade nas relações de gênero na sociedade, na Igreja Católica e em outras religiões. Adotamos a corrente de pensamento ético-religioso feminista pelo direito de decidir, que reconhece a autoridade moral e capacidade das mulheres de tomar decisões livremente em todos os campos de suas vidas. Nossas atividades são direcionadas para as mulheres, jovens, LGBTs, negras, pois acreditamos ser essencial o fortalecimento destes grupos sociais, sejam eles organizados ou não, para que possamos construir uma sociedade plena de direitos e livre de preconceito e violência. Nos dedicamos à promoção da cidadania e do reconhecimento dos direitos sexuais e direitos reprodutivos como direitos humanos.” (Cf. CATÓLICAS pelo direito de decidir. *Nosso trabalho*. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/institucional-2/nosso-trabalho/>>. Acesso em: 02 jun. 2015).

¹⁰⁶ No entanto, a Igreja Católica já firmou posição oficial sobre estas associações e movimentos na Nota Doutrinal sobre algumas questões relativas à participação e comportamento dos católicos na vida política, de 22 de novembro de 2002: “7. Aconteceu, em circunstâncias recentes, que também dentro de algumas associações ou organizações de inspiração católica, surgiram orientações em defesa de forças e movimentos políticos que, em questões éticas fundamentais, exprimiram posições contrárias ao ensinamento moral e social da Igreja. Tais escolhas e alinhamentos, estando em contradição com princípios basilares da consciência cristã, não são compatíveis com a pertença a associações ou organizações que se definem católicas. Verificou-se igualmente, que certas revistas e jornais católicos em determinados países, por ocasião de opções políticas, orientaram os eleitores de modo ambíguo e incoerente, criando equívocos sobre o sentido da autonomia dos católicos em política, e não tendo em conta os princípios acima referidos.” (Cf. VATICANO. *Nota Doutrinal sobre algumas questões relativas à participação e comportamento dos católicos na vida política*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20021124_politica_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015).

bém é interpretado como uma reação de defesa em casos de crime hediondo praticado (analogicamente à legítima defesa¹⁰⁷), como um estupro, sendo, assim, mais propenso a ter uma justificativa moral aceita. Apesar disso cabe a ressalva de que essa postura não é coerente com a postura conservadora de entender o feto como um detentor de direitos, portanto, uma pessoa, o que relativiza a certeza e a verdade sobre se a junção dos gametas representa o início da vida humana e impede que esse critério seja determinante para a análise do aborto.¹⁰⁸

Parece ser que, devido a essa falta de consenso, é legítimo o questionamento da posição atual das religiões no que tange ao aborto. No entanto ainda que se considerasse o discurso religioso totalmente válido para reger o tema, não há como sustentar esse ponto de vista diante da pretensão de um Estado laico. Como já mencionado, não cabe ao Estado adotar uma visão de vida específica para ser aplicada na sociedade, sendo essa laicidade uma condição da República e de sua sustentação. E isso não se aplica somente às visões conservadoras e religiosas que se possam ter sobre a questão, mas sim a todas as visões, *pro-choice* ou *pro-life*, deixando que a mulher escolha conforme valores internos próprios. O Estado não deve intervir nem em casos que o aborto não é moralmente permitido. O Estado pode obrigar a discutir essa decisão com outras pessoas, porém não pode impor à mulher convicções morais de terceiros, parafraseando Ronald Dworkin.¹⁰⁹

A laicidade do Estado tem como função tanto se colocar neutro perante alguma crença, não privilegiando qualquer doutrina como forma de prevenir a imposição, inclusive psicológica, de pensamento sobre os que não compartilham daquela visão (o Estado como protetor da individualidade); bem como a de preservar os que profetizam diferentemente, tratando a todos com igualdade (o Estado como protetor da coletividade que se difere em crenças).¹¹⁰ Ainda, a laicidade do Estado demarca os espaços – inconfundíveis – do poder político e da fé, sendo a fé, em um Estado laico uma questão privada.¹¹¹ É nesse sentido que a Constituição Federal de 1988 separa o Estado da Igreja, o que torna os argumentos doutrinários religiosos sem validade jurídica.¹¹² Reconhece-se que o Estado brasileiro, embora considerado laico desde a aprovação do Decreto 119-A de 7 de janeiro de 1890,¹¹³ pouco antes da proclamação da República, sofreu muitas pressões da Igreja Católica – reconhecida como a religião oficial

¹⁰⁷ Cf. MARTEL, Letícia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, jul./dez. 2015. p. 678.

¹⁰⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 43; SEGRE, Marco. Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 45.

¹⁰⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 46-48.

¹¹⁰ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 348-351.

¹¹¹ SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 142-143.

¹¹² Neste sentido, cf. DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 155.

¹¹³ Texto completo em: BRASIL. Casa Civil. Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Brasília, Casa Civil, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

do império – para que constasse nos textos oficiais a supremacia da Igreja para a constituição da nacionalidade.¹¹⁴ Essa condição é percebida até os dias de hoje, principalmente com a crescente presença de religiões nas esferas públicas de deliberação política e com o forte *lobby* que tais grupos religiosos realizam para o bloqueio de debates públicos sobre algo que vai contra a doutrina defendida.¹¹⁵ O aborto está dentro dos temas que são sistematicamente bloqueados na esfera pública, impedindo a sofisticação dos discursos, algo que não deveria ocorrer por imposição da laicidade do Estado.

Diante disso, parece ser que uma questão primordial no aborto é a dignidade da mãe. O Código Penal Brasileiro optou pela criminalização do aborto (arts. 124-128), tendo tais medidas um efeito dissuasório mínimo, uma vez que os abortos ilegais continuam sendo praticados, as sanções são relativizadas – quando aplicadas – e apenas provocam a precarização das condições de mulheres de classes sociais mais desfavorecidas que optam pelo aborto, submetendo-as a péssimas condições de higiene e segurança, quando não à morte.¹¹⁶ A ordem jurídica brasileira consagra a proteção de direitos fundamentais da mulher ligados à sua saúde e autonomia reprodutiva, porém também protege a vida do nascituro, ainda que não com a mesma intensidade com que assegura a vida das pessoas já nascidas. Essa é a tendência mundial das democracias liberais e é, também, a do Brasil.¹¹⁷ Entre os direitos fundamentais já reconhecidos à mãe e os direitos assegurados – mas ainda não totalmente outorgados – ao nascituro, deve-se privilegiar a consumação e garantia dos direitos fundamentais primeiros.

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana da mãe é de observação obrigatória pelos poderes públicos. A liberdade, a autonomia e, notadamente, a saúde da mãe devem ser tutelados sobre uma estimativa de direitos que detém o nascituro. O direito à saúde é, indubitavelmente, um imperativo necessário para a manutenção da própria vida. Portanto, quando se defende o direito de decidir pela interrupção voluntária da gravidez, não se está indo contra a vida, mas sim se está tentando preservar a vida já consumada e que já está sendo vivida pela mãe, física e psicologicamente. Sendo uma pessoa plena com o reconhecimento de direitos plenos, não há como se defender que a vida de um nascituro valha mais que a da mãe, porque se assim fosse, não haveria a opção médica de salvar a mãe quando a gravidez é de risco.¹¹⁸

¹¹⁴ GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público. Modalidade no Brasil. *Religião & Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, 2008. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_arttext>. Acesso em: 28 abr. 2015.

¹¹⁵ MARIANO, Ricardo. Pentecostais e política no Brasil: do apolitismo ao ativismo corporativista. In: SANTOS, Hermílio (Org.). *Debates pertinentes: para entender a sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010. p. 116.

¹¹⁶ Cf. SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 117-118.

¹¹⁷ Cf. SARMENTO, Daniel. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 139.

¹¹⁸ Daniel Sarmento argumenta que a proibição “é responsável por centenas de milhares de mulheres no Brasil, sobretudo as mais humildes, a procedimentos clandestinos e perigosos, realizados sem as mínimas condições de segurança e higiene. E as sequelas decorrentes destes procedimentos representam hoje a quinta maior causa de mortalidade materna no país, ceifando todo ano centenas de vidas de mulheres jovens, que poderiam e deveriam ser poupadas”. Cf. Legalização do aborto e Constituição. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clona-*

Os dados referentes à mortalidade materna de mulheres em período fértil decorrentes de abortos clandestinos fazem parte de dados oficiais, porém sem descrição ou indicação específica. Em 2014, 63.408 mulheres entre 10 e 49 anos (idade fértil) faleceram. Destas, cerca de 25% são mulheres entre 10 e 29 anos.¹¹⁹ Todavia esses são dados que consideram apenas o Sistema Único de Saúde. Tendo em vista que os abortamentos ilegais são praticados longe dos controles do Estado, não há como se estimar um número real, o que não impede de considerar o dado acima como um fator preocupante em temas vinculados de saúde da mulher. Estimativas foram realizadas com base no número de curetagens¹²⁰ feitas no SUS, procedimento que muitas vezes indica a prática de um aborto. Nessa linha, a curetagem é o segundo procedimento mais realizado no SUS, sendo que, em 2010 e 2011, mais de 45.000 casos envolviam mulheres entre 10 e 19 anos.¹²¹ Portanto é inegável que se trata de um problema de saúde pública.

O aborto também tem reflexos como um problema social. Não só pelo fato de relegar às mulheres de menor capacidade financeira procedimentos que colocam em risco a sua saúde, mas também porque tende a acentuar a marginalização de grupos sociais já tidos como excluídos na sociedade. Débora Diniz e Marcelo Medeiros realizaram uma pesquisa que revelou que mulheres negras, com baixa escolaridade e pobres são mais vulneráveis ao aborto com risco no Brasil. Nesse grupo, a maioria tem até 19 anos e já possui filhos. Essa maior vulnerabilidade é resultado direto da desigualdade social, que restringe o acesso à prevenção da gravidez e também ao aborto seguro.¹²² Esse panorama parece ser uma consequência da ilegalidade do aborto no Brasil, que afeta somente as classes mais baixas, uma vez que as classes mais abastadas continuam arcando com procedimentos que custam entre 1.500 e 3.500 reais, valores inalcançáveis a diversas camadas da população, que terminam optando pelos meios mais econômicos, que variam entre 20 e 100 reais e que sempre exigem procedimentos posteriores, quando não provocam complicações.¹²³

Em vista disso, a dignidade da pessoa humana deve ser estritamente observada pela garantia dos direitos fundamentais da mãe. O Estado não pode impor uma visão construída parcialmente sobre aqueles que não compartilham dos mesmos valores. A decisão pelo

gem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 28.

¹¹⁹ Cf. BRASIL. Ministério da Saúde. Painel de Monitoramento da Situação de Saúde. Disponível em: <<http://svs.aids.gov.br/dashboard/mortalidade/materna.show.mtw>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

¹²⁰ Segundo o site Wikipedia, "A curetagem uterina é um procedimento médico executado em unidade hospitalar, sob anestesia geral ou locorregional, que objetiva retirar material placentário ou endometrial da cavidade uterina por um instrumento denominado cureta. Tem como função principal limpar os restos do aborto. Este método é necessário, quando existem complicações após um aborto médico ou aborto espontâneo.". WIKIPÉDIA. Curetagem. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Curetagem>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

¹²¹ CHAVES, José Humberto Belmino; et al. A interrupção da gravidez na adolescência: aspectos epidemiológicos numa maternidade pública no nordeste do Brasil. *Revista de Saúde Social*. São Paulo, v. 21, p. 246-256, 2012. p. 247-248.

¹²² DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. *Ciência e saúde coletiva*. Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2015.

¹²³ REDE Feminista de Saúde. *Dossiê Aborto: mortes preveníveis e evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. Disponível em: <<https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/manuais/081.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015. p. 20.

aborto será sempre uma difícil decisão, não se equiparando a “escolher um doce”. O aborto sempre será uma questão moralmente complicada e, devido a isso, deve ficar na esfera de autonomia e liberdade da mulher, pessoa que realmente sabe os conflitos e as consequências que enfrentará nessa situação.¹²⁴

4. O direito à boa morte ou à morte digna – eutanásia e ortotanásia

No dia 01 de novembro de 2014, a estadunidense Brittany Maynard, de apenas 29 anos, decidiu colocar fim ao sofrimento ocasionado por um agressivo tumor no cérebro. Em sua casa no estado de Oregon, pioneiro na permissão da eutanásia para pacientes terminais, ao lado de seu esposo e sua mãe, com sua música preferida, a jovem obteve uma morte pacífica. O primeiro prognóstico lhe deu 10 anos de vida, mas após dois procedimentos cirúrgicos, o câncer voltou com toda força e os médicos garantiram que sua vida duraria, no máximo, seis meses. Foi então que Brittany chegou à conclusão dolorosa de que não existia tratamento que pudesse lhe salvar, de modo que resolveu planejar seus últimos dias com dignidade. Moradora de San Francisco, na Califórnia (à época, a eutanásia era proibida nesse Estado, tendo sido aprovado no dia 11 de setembro de 2015 o projeto de lei intitulado “end of life option act”¹²⁵, capitaneado após a decisão de Brittany, através de uma organização chamada Compassion & Choices¹²⁶), mudou-se para Portland, e entre convulsões e constantes dores de cabeça, realizou seu sonho de conhecer o Grand Canyon, aproveitou os momentos com a família e os amigos, e também compartilhou sua história a fim de advogar pelo direito de escolher. “O mundo é um lugar bonito, viajar foi meu melhor professor, meus amigos próximos e meus pais são os maiores doadores. Tenho inclusive um círculo de apoio ao redor da minha cama enquanto escrevo [...] Adeus mundo. Espalhem boa energia. Vale a pena!”, escreveu ela, minutos antes de partir.¹²⁷

A decisão de Brittany Maynard reacendeu a discussão sobre a morte planejada, em caso de uma doença intratável, trazendo para o debate, além da questão da autonomia individual, o sentimento de justiça. Afinal, a morte tem o direito de tirar a dignidade da vida?

A expressão eutanásia advém do grego *euthanatos*, e quer dizer boa morte. Boa morte seria a morte que, a partir de conceitos morais, religiosos, filosóficos e, até mesmo, terapêuticos, preservaria razoavelmente a dignidade da vida humana. Para garantir esse direito inerente ao indivíduo, apenas os cuidados médicos não se mostrariam suficientes, uma vez

¹²⁴ DWORKIN, Ronald. *Dominio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 44-45.

¹²⁵ CALIFORNIA. Legislative Counsel State of California. *SB-128 End of Life*. 2015. Disponível em: <https://leginfo.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=201520160SB128> Acesso em: 12 out. 2015.

¹²⁶ COMPASSION and choices. *Home*. Disponível em: <<https://www.compassionandchoices.org>> Acesso em: 12 out. 2015.

¹²⁷ MORRE americana com câncer terminal que anunciou suicídio assistido. *G1: Mundo*, São Paulo, nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/morre-americana-com-cancer-terminal-que-anunciou-suicidio-assistido.html>> Acesso em: 06 abr. 2015.

que o conjunto de valores e crenças construídos durante a vida do sujeito também influiriam na sensação de uma morte apropriada, sem sofrimentos.¹²⁸

Ortotanásia, por sua vez, não diz respeito à interrupção ou prolongamento da vida por terceira pessoa, na medida em que o paciente prossegue o curso natural da doença, recebendo apenas os cuidados paliativos, visando minimizar as dores até o momento da interrupção completa da vida.¹²⁹

Apesar de impossibilitada de proporcionar a cura da doença, a medicina continua a dedicar aos pacientes o suporte necessário ao percurso da morte, promovendo conforto “sem encurtar o tempo natural de vida nem adiá-lo indevida e artificialmente, possibilitando que a morte chegue na hora certa, quando o organismo efetivamente alcançou um grau de deterioração incontornável”.¹³⁰ Essa postura que interpreta o direito à vida de forma positiva, para além da proibição de matar alguém,¹³¹ representa o consenso que há no que tange à efetiva presença desse direito mesmo quando o seu titular padece de uma enfermidade terminal, estado vegetativo ou qualquer condição adversa. Não há dúvidas que ele é titular do direito à vida, o que torna a questão diversa da problemática abordada na interrupção voluntária da gravidez.¹³²

Em termos práticos, ortotanásia tem como pressuposto condutas médicas restritivas, no sentido de se evitar a morte precoce de um paciente, sem que isso signifique prolongamento indevido ou, conforme se viu, e diante da previsibilidade da morte, a sua interrupção. Essa interrupção (eutanásia) deve ser vista como a causa da morte do paciente que possui uma doença incurável, visando cessar o sofrimento e interromper, diante do iminente progresso da doença, a descaracterização da dignidade da vida, “em vez de deixar a morte acontecer, a eutanásia, no sentido atual, age sobre a morte, antecipando-a”.¹³³

Países como a Holanda, Luxemburgo, Bélgica e Suíça legalizaram a prática da eutanásia voluntária, sendo que, neste último caso, de acordo com um estudo publicado no *Journal of Medical Ethics*, muitos são os estrangeiros que viajam para morrer, os chamados turistas suicidas. Entre 2008 a 2012 foram registrados 611 casos, entre 268 alemães, 122 britânicos, 66 franceses, 44 italianos, 21 americanos e um brasileiro. É verdade que a grande maioria dos pacientes possui 69 anos, em média, variando de 23 a 97 anos, vítimas de doen-

¹²⁸ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 45.

¹²⁹ CAMARGO, João Batista Monteiro. MARCHEZAN, Luiz Michel Rodrigues. Reflexões sobre a eutanásia, o morrer e o viver: para além do direito à vida, o direito à dignidade. In: ZIEMANN, Aneline dos Santos; ALVES, Felipe Dalenogare. *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas relações privadas: questões contemporâneas*. São Paulo: Perse, 2014. p. 210.

¹³⁰ VILLAS-BÓAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. *Revista de Bioética*. Brasília, v. 16, 2008. p. 64.

¹³¹ Utilizando-se da classificação do direito à vida entre positivo e negativo de MCCONNELL, Terrance. *Inalienable Rights – the limits of consent in medicine and the law*. Oxford: Oxford University Press, 2000. p. 68-70.

¹³² Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, jul./dez., 2015. p. 677.

¹³³ BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. Direito de morrer dignamente: eutanásia, ortotanásia, consentimento informado, testamento vital, análise constitucional e penal e direito comparado. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite dos (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 2001. p. 285.

ças neurológicas e cancerígenas. Nos Estados Unidos, 1173 pessoas, com idade média de 71 anos, solicitaram as doses mortais do “Death with Dignity Act”, e destes, 752 pacientes decidiram utilizá-los.¹³⁴

No Brasil, a discussão sobre o assunto jamais assumiu esses contornos. Iniciada no Parlamento a partir do Projeto de Lei n. 732/1983, que tinha por objetivo assegurar o desligamento dos aparelhos de manutenção da vida para pacientes em estado de coma terminal, ou, para aqueles sem qualquer possibilidade de recuperação, em verdadeiro estado vegetativo. Esse Projeto de Lei foi arquivado, depois de ser considerado inconstitucional pela Comissão de Constituição e Justiça, da Câmara dos Deputados. O assunto voltou a ser debatido no ano seguinte, com a proposta de reforma do Código Penal, na parte que previa não constituir “crime deixar de manter a vida de alguém, por meio artificial, se previamente atestada, por dois médicos, a morte como iminente e inevitável, e desde que haja consentimento do doente ou, na sua impossibilidade, de ascendente, descendente, cônjuge ou irmão”. Em 1991, outro projeto pretendia instituir a eutanásia para pacientes terminais sem chance de recuperação de suas funções neurocerebrais, também foi arquivado, em virtude da já alegada inconstitucionalidade.¹³⁵

A mesma sorte teve o projeto de Decreto Legislativo n. 244/1993, sobre a convocação de um plebiscito acerca da conveniência ou não de se instituir a eutanásia como forma de abreviar o sofrimento dos doentes terminais. Na proposta de reforma do Código Penal apresentada ao Congresso Nacional, a eutanásia integraria o rol de qualificadoras do crime de homicídio, enquanto que a denominada ortotanásia deixaria de ser considerada antijurídica, isto é, não constitui crime deixar de manter a vida de alguém por meio artificial, se previamente atestada por dois médicos a morte como iminente e inevitável e desde que haja consentimento do paciente ou, em sua impossibilidade, de cônjuge, companheiro, ascendente, descendente ou irmão, o que acabou sendo permitido pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução n. 1.805/2006. Em linha diametralmente oposta, o Deputado Osmano Pereira pretendeu com o Projeto de Lei n. 5.058/2005 definir a eutanásia, em qualquer de sua denominação, como crime hediondo.¹³⁶

¹³⁴ RIGHT-to-die advocate Brittany Maynard ends life. *BBC News*, US & Canada, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-29876277>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 732/1983, de 26 de abril de 1983*. Autorizando a eutanásia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=181565>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

¹³⁶ Diz o texto da Resolução n. 1.805/2006 do CFM: Art. 1o. - É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou seu representante legal. Parágrafo 1o. O médico tem a obrigação de esclarecer ao doente ou ao seu representante as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação. Parágrafo 2o. A decisão referida no caput deve ser fundamentada e registrada no prontuário. Parágrafo 3o. É assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião médica. Art. 2o. - O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1805/2006, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

O debate sobre o tema no Brasil sempre foi encerrado de modo prematuro, talvez diante das visões antagônicas não passíveis de solução entre laicistas e religiosos, impregnados por sua concepção individual da vida que não leva em conta que o país se constitui em uma República Democrática e alicerçada pelo Direito. Isso quer dizer que o discurso público acerca da vida e da morte somente é desenvolvido sob a ótica de valores próprios dos indivíduos e suas instituições, em evidente desprezo à liberdade do sujeito de escolher. É por isso que o direito de viver e de morrer dignamente exige um estudo e reflexão constante para além de uma análise jurídica, pois a eutanásia diz respeito a aspectos ligados a autonomia do indivíduo e de valores fundamentais ditos indisponíveis.

O caso Brittany Maynard trouxe novas luzes ao debate público sobre a irracionalidade mencionada por Ronald Dworkin. De fato, por que pessoas optam por morrer lentamente, padecendo de sofrimento, ou por prolongar a vida através de tratamentos paliativos, ou ainda pedindo para serem desligadas dos respiradores artificiais, e não preferem a morte instantânea e indolor que facilmente seria alcançada pelos médicos?¹³⁷

A antropóloga Débora Diniz argumenta que Brittany transformou um tema delicado e sensível em um processo feliz, afastando alegações dos opositores baseadas na suposta decisão intempestiva do paciente, marcada pelo sofrimento, pelas pressões da doença. Os depoimentos registrados em vídeo por Maynard mostram que a decisão tomada foi pensada de forma lúcida: não levou em conta apenas o direito de escolher, mas principalmente a preservação do que ela entendia como vida boa.¹³⁸

Com o avanço da medicina, antes mesmo de atingir o estágio terminal, ao paciente é permitido escolher os tratamentos terapêuticos para prolongar ou não a sua vida. Alguns, no entanto, optam por não serem explorados pela biotecnologia ou viver em condições vegetais, exsurgindo daí questionamentos sobre o valor da vida. Para Dworkin, a circunstância de algo ter um valor instrumental diz respeito à sua utilidade, o que significa dizer que o valor advém da importância proporcional aos seus benefícios. Subjetivamente falando, o valor encontra-se vinculado ao desejo do indivíduo em relação ao bem valorado, ao passo que, intrinsecamente, o valor independe dessa qualificação individual. A partir dessa valoração, alguns conferem à vida um valor supremo a ser protegido, independente da vontade ou do bem proporcionado por ela ao conjunto social.¹³⁹

Nesse sentido, Débora Diniz aponta diferenças entre sacralidade e santidade. Segundo o que expõe, o fundamento do direito à vida, tal como encartado constitucionalmente, tem como pressuposto a existência de um bem individual garantido e compartilhado publicamente. Assim, o princípio da sacralidade da vida “assegura o valor moral da existência

¹³⁷ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 259.

¹³⁸ OLIVETO, Paloma. Drama de norte-americana abre nova discussão sobre o suicídio assistido. *Correio Brasileiro: Ciência e Saúde*, nov. 2014. Disponível em: <http://www.correiobrasiliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2014/11/01/interna_ciencia_saude,455494/drama-de-norte-americana-abre-nova-discussao-sobre-o-suicidio-assistido.shtml>. Acesso em: 02 jun. 2015.

¹³⁹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida*: aborto, eutanásia e liberdades individuais. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 260.

humana e fundamenta diferentes mecanismos sociais que garantem o direito de estar vivo”, caracterizando-se pela laicidade, portanto, mas nem por isso, ausente em diversas concepções religiosas. Por sua vez, a santidade da vida se define pela sua absoluta intocabilidade, dogmatizada e religiosa, ou seja, de índole pessoal.¹⁴⁰

Sob o enfoque religioso, é pertinente também conhecer o posicionamento das mesmas doutrinas selecionadas para a exposição sobre a interrupção voluntária da gravidez. O Catecismo da Igreja Católica ensina que a vida humana é sagrada, porque desde sua origem ela encerra a ação criadora de Deus, o seu único fim. Afinal, à imagem e semelhança de Deus o homem foi concebido, e o quinto mandamento prescreve com propriedade que o assassinato voluntário de um inocente contraria a dignidade do ser humano e a vontade divina. Na questão específica da eutanásia, a interpretação da sagrada escritura e da tradição da Igreja segue no sentido de que a vida diminuída ou enfraquecida exige um respeito especial, a fim de garantir uma vida tão normal quanto possível, inclusive com o dispêndio dos cuidados comumente devidos a uma pessoa doente, já que se constituem uma forma privilegiada de caridade desinteressada. Nessas condições, sejam quais forem os motivos ou meios, mostra-se moralmente inadmissível a eutanásia direta, consistente em por fim à vida de pessoas deficientes, doentes ou moribundas.¹⁴¹ Por outro lado, os procedimentos médicos que onerem, sejam perigosos, extraordinários ou desproporcionais, podem ser interrompidos legitimamente, na medida em que não se pode impedir a morte. Nesses casos, ao paciente cabe escolher, quando for possível, e na sua impossibilidade, os seus sucessores legais poderão optar pela cessação desses procedimentos “respeitando sempre a vontade razoável e os interesses legítimos do paciente”.¹⁴²

Esse é também o posicionamento dos evangélicos, uma vez que eles assumem a soberania de Deus como única e exclusiva. Ele é o único que pode decidir o momento da morte de alguém, provocando, assim, uma morte natural, não induzida (Coríntios 15:26, 54-56; Hebreus 2:9, 14-15; Apocalipse 21:4). Nesse caso, a eutanásia seria uma usurpação dessa autoridade de Deus. No entanto há interpretações no sentido de que a Bíblia também não indica que se deve fazer tudo para que se mantenha a pessoa viva, o que, indiretamente, autorizaria o desligamento de equipamentos, por exemplo. Entende-se que se Deus deseja manter a pessoa viva, far-lo-á sem a ajuda de máquinas ou tratamentos, como confirmação da sua soberania. Para tanto, basta que seja assim decidido pelo próprio indivíduo, que deve orar por sabedoria, para a melhor escolha (Tiago 1:5).

Por outro lado, para os espíritas kardecistas seguidores do livro dos espíritos, a pessoa que não aguarda o termo que Deus lhe marcou para a existência é culpado, devendo se submeter, no plano espiritual, a uma expiação proporcionada à gravidade da conduta, con-

¹⁴⁰ DINIZ, Débora. Quando a morte é um ato de cuidado. In: SARMENTO, Daniel; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 296.

¹⁴¹ CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 9ª. edição revisada de acordo com o texto oficial em latim. Edições Loyola. 2004. p. 588-599.

¹⁴² CATECISMO DA IGREJA CATÓLICA. 9ª. edição revisada de acordo com o texto oficial em latim. Edições Loyola. 2004. p. 594.

forme as circunstâncias do caso. A doutrina kardecista entende, pois, que a abreviação do sofrimento é sempre uma falta de resignação e submissão à vontade do Criador. Em *O Evangelho segundo o Espiritismo*, Allan Kardec argumenta que ao sujeito não é dado o direito de prejudicar os desígnios de Deus, pois ninguém pode afirmar com segurança o exato momento da morte. É que entende a dimensão do sujeito além do corpo, levando em conta sua alma, inapta a compreender todas as coisas. Sob o argumento de que a ciência, hodiernamente, engana-se em suas previsões, traz o exemplo da possibilidade fundada de recuperação, mas também da importância desses últimos minutos de reflexão que o sofrimento impõe ao indivíduo, entendendo como uma hora da graça, de grande importância para vida além do túmulo.¹⁴³

Sob o ponto de vista dos islâmicos, geralmente proíbe-se a eutanásia, seja por meio dos documentos religiosos ou pelos Códigos Penais dos Estados muçulmanos. No entanto essa proibição se refere mais à eutanásia ativa, submetendo os outros tipos à análise do caso concreto. Nesse sentido, se a morte for considerada inevitável, segura, bem como os tratamentos fúteis ou inúteis, entende-se cabível deixar de prolongar a agonia, ainda que grande parte dos documentos religiosos mantenha a necessidade de hidratação, alimentação artificial e utilização de drogas para a dor. A morte provocada é frequentemente criticada, porque quebra a relação natural que se deve ter com ela. Porém caso ela seja a melhor opção, que ocorra da maneira mais natural possível.¹⁴⁴

Por sua vez, o hinduísmo não aceita a eutanásia. Para essa doutrina, as pessoas decidem ter nascido. As teorias do *karma* e da reencarnação dizem que ninguém deve terminar com esse nascimento humano, não o deve interromper. A teoria de *ahimsa*, da não-violência e que obriga a não violentar a nenhum ser vivo, bem como a teoria do *dharma*, que impõe as responsabilidades morais que cada um deve ter para com seus semelhantes, são teorias que, somadas ao conceito de que o corpo é o templo de Deus, levam à total rejeição a qualquer apoio à eutanásia.¹⁴⁵

Por fim, o budismo e a eutanásia seguem a mesma linha exposta para o aborto. Como não há a existência de um Deus, o budismo não vê a morte como o fim da vida, mas como uma transição. Acreditam no *karma* e no *renascimento*, incluindo em seus pensamentos o suicídio, a partir de uma figura do “escape”. A comunidade dos seguidores de Buda *Sangha* já condenou o suicídio, mas textos budistas mais recentes o incluem como algo que o próprio Buda pode entender e perdoar. Não há punição ao suicídio, o que não ocorre com quem auxilia ou incentiva. Contudo há casos em que o auxílio passa a ser moralmente aceitável em situações de “morte digna”, ou *songenshi*, que é quando a morte é iminente, sendo ainda mais se a motivação é por compaixão.¹⁴⁶

¹⁴³ Disponível em: <http://www.febnet.org.br/wp-content/uploads/2012/07/135.pdf> e <http://febnet.org.br/wp-content/themes/portalfeb-grid/obras/evangelho-guillon.pdf> Acesso em: 04 out. 15.

¹⁴⁴ ATIGHETCHI, Dariush. Islamismo y eutanasia. *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*. v. 19, nº. 2, p. 121-151, 2008.

¹⁴⁵ HERNÁNDEZ, Jimena; MICHELLI, Carina. *Creencias: las religiones y los temas polémicos*. Buenos Aires: Kier, 2006. p. 105.

¹⁴⁶ SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p.

De fato, muitos são os que acreditam que a vida representa um dom concedido pelo Criador, do qual, assim, não pode o homem dispor – embora o mesmo Deus tenha lhe concedido o livre arbítrio. Sob esse fundamento, diversos são os que resistem à prática da eutanásia, mesmo considerando o sofrimento, muitas vezes inútil, dos pacientes terminais ou em estado vegetativo. Argumentam, igualmente, que o próprio sofrimento é um aspecto da vida a ser enfrentado pela pessoa, às vezes como forma de expiação dos pecados, e que, para os reencarnacionistas, seria produto de uma escolha do próprio indivíduo ainda no plano espiritual. Nessa perspectiva religiosa, o sagrado não permite que o homem disponha livremente desse bem, justamente por não lhe pertencer, sendo atribuído um valor absoluto que proíbe qualquer agressão à vida.¹⁴⁷

É verdade que inexistente hierarquia do direito à vida sobre os demais previstos na Constituição de 1988, sendo natural pressupor que o ordenamento brasileiro admite como fundamento o princípio da sacralidade da vida. Mas a partir de uma impregnação de valores e conceitos individuais, por vezes compartilhados coletivamente em instituições, esse princípio se transmuta e acaba por interferir na moral pública, de construção contínua, democrática e republicana, numa espécie de inimigo íntimo, mencionado por Tzvetan Todorov.¹⁴⁸

De fato, muitos também entendem que a vida, embora sacralizada, não se constitui em bem absoluto, podendo ser dimensionada a partir da dignidade.¹⁴⁹ Além da questão biológica, a vida também se constituiria em seu sentido cultural, advinda das experiências dos sujeitos, de suas escolhas, decisões, seu modo de viver, os valores que partilha na comunidade. Colocar fim à vida de um indivíduo, por essa visão, em determinadas situações, mostra-se justo.¹⁵⁰

Dworkin sustenta que os posicionamentos podem ser conservadores, quando elevam a importância da criação divina, e de liberais, quando levam em conta a criação humana. No caso da eutanásia, de nada adianta para os liberais que a pessoa permaneça vivendo sustentada por aparelhos, pois a vida boa não mais existe, ao contrário do que entendem os conservadores que, independentemente do sofrimento, obrigam a continuidade da vida. Em suas palavras, aqueles que “desejam uma morte prematura e serena para si mesmos ou para seus parentes não estão rejeitando ou denegrindo a santidade da vida; ao contrário, acreditam que uma morte mais rápida demonstra mais respeito para com a vida do que uma morte protelada”. Tratar-se-ia, pois, de mais uma escolha do próprio paciente, decorrente da sua autonomia, que até então guiou sua vida e agora deverá nortear a sua morte. Aparece, portanto, a importante noção de integridade, específica de cada homem, que leva em conta

64-69.

¹⁴⁷ DWORNIK, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 275.

¹⁴⁸ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos a democracia*. Tradução Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 12-15.

¹⁴⁹ Há, inclusive, diversas manifestações jurisprudenciais neste sentido, de que o direito à vida não é absoluto. Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 669-708, jul./dez. 2015.

¹⁵⁰ DWORNIK, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 93.

seus princípios, compromissos, valores, e que “demonstra compromisso inequívoco e autodefinidor com uma concepção de caráter ou de realização de uma vida como um todo”¹⁵¹.

É a dignidade humana enquanto qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que garante o respeito pelo Estado, inclusive quanto as opções mais difíceis e íntimas, que mais atingem o próprio indivíduo,¹⁵² o qual, orientado inclusive pelo conceito de vida concebido pelo conjunto social, pretende apenas eliminar qualquer ato degradante ou desumano, colocando fim à vida que não goza mais dos atributos de dignidade.

A partir dessa importância intrínseca da vida (o respeito pela vida depende do que cada um pensa da morte), mostra-se necessário um “sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte”¹⁵³, já que o pressuposto de existência do sistema democrático é o debate de ideias e o direito das pessoas decidirem seus próprios rumos, na mesma medida em que liberdade pressupõe viver de acordo com ela.¹⁵⁴ O direito a decidir deve ser avaliado democraticamente com a comunidade, a partir de uma escolha política, pois o direito de escolher o momento adequado para morrer envolve não só questões pessoais ou jurídicas, mas sobretudo morais. Ela não diz apenas respeito a como o sujeito morre, mas também à própria adaptação à morte, que identifica o caráter especial da vida. É por isso que as pessoas têm razão em querer morrer quando a vida já não é mais plena. Cada um trata sua morte de forma diferente, seja pelo que considera vida boa, seja pela crença na santidade da vida, ou melhor, o que se viveu durante a vida determina a morte, “vivemos toda a nossa vida à sombra da morte; mas também é verdade que morremos à sombra de toda a nossa vida”¹⁵⁵.

¹⁵¹ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 341.

¹⁵² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 62.

¹⁵³ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 342-343. Segundo ele, “Uma verdadeira apreciação da dignidade argumenta decisivamente na direção da liberdade individual e não da coerção; em favor de um sistema jurídico e de uma atitude que incentive cada um de nós a tomar decisões individuais sobre a própria morte. A liberdade é exigência fundamental e absoluta do amor próprio: ninguém concede importância intrínseca e objetiva à própria vida a menos que insista em conduzi-la sem intermediação alguma e não ser conduzido pelos outros, por mais que os ame e respeite. [...] Insistimos na liberdade porque prezamos a dignidade e colocamos em seu centro o direito à consciência, de modo que um governo que nega esse direito é totalitário, por mais livres que nos deixe para fazer escolhas menos importantes. E por honrarmos a dignidade que exigimos a democracia e, nos termos em que definimos esta última, uma Constituição que permita que a maioria negue a liberdade de consciência será inimiga da democracia, jamais sua criadora. [...] A liberdade de consciência pressupõe uma responsabilidade pessoal sobre a reflexão e perde muito de seu significado quando essa responsabilidade é ignorada. [...] O maior insulto à santidade da vida é a indiferença ou a preguiça diante de sua complexidade”.

¹⁵⁴ José Afonso da Silva argumenta que: “A dignidade da pessoa humana não é criação constitucional, pois ela é dos conceitos a priori, um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana. A Constituição reconhecendo a sua existência e a sua eminência, transformou-a num valor supremo de ordem jurídica. A dignidade do ser humano é a afirmação do próprio indivíduo enquanto ser, sem intervenção dos poderes públicos que devem abster de agir. [...] O lugar da dignidade do ser humano nasce da interação entre a realização do bem individual, privado.” (SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212. abr./jun. 1998. p. 91).

¹⁵⁵ ORTOLAN, Marcelo; APARECIDO FILHO, Natal; TRINDADE JUNIOR, Wilson. Comunitarismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 157.

Nesse aspecto, a conduta daquele que decide pela eutanásia, com as devidas proporções, também pode ser observada de acordo com a ética da convicção e da responsabilidade estudada por Weber. Ele argumenta que o indivíduo deve responder pelas consequências de seus atos, sob uma leitura de meios-fins, para que suas ações sejam racionalmente previstas, conduzindo-as para resultados eficazes. Apesar disso, o indivíduo possui uma consciência impregnada de valores, de intenções, de paixões, isto é, de aspectos que interferem em sua decisão de modo absoluto, sem qualquer forma de ponderação, isentando-o, conseqüentemente, de qualquer responsabilidade pelos resultados advindas.¹⁵⁶

A eutanásia, torna-se, por meio da convicção, fundada em verdades absolutas do sujeito, inaceitável. Embora oriunda de uma escolha individual, sob o argumento de que certos valores são definidos apenas pelo conjunto social que o indivíduo integra – neste exemplo, a vida não é estabelecida individualmente, na medida em que a sua dignidade é mensurada a partir da sua identidade coletiva – proíbe-se que o sujeito seja responsável por seus atos e seu destino. A autonomia das escolhas do sujeito é abandonada em nome de um valor considerado superior pela comunidade, ainda que o resultado obtido desconsidere que a vida deve ser vivida em condições existenciais mínimas de autossuficiência e qualidade.¹⁵⁷

Importa perguntar, ainda, quem pode tomar a decisão, e se é correto optar pela eutanásia, como nos casos de inconsciência, nos quais é incontroverso que o paciente não se encontra capacitado para manifestar sua vontade. A questão da falta de consentimento, como objeção moral à interrupção da vida em determinados casos, foi tratada por Michael Sandel, ao analisar a questão referente ao comércio bilionário de seguros de vida nos Estados Unidos da América do Norte. Pelo conhecido “seguro zelador”, as empresas contratavam apólices de seguro em nome de seus empregados, sem a permissão deles, em uma espécie de investimento de mortes futuras. Para a análise do autor, interessava refletir acerca da transformação da vida em mercadoria negociável. Indagava se isso corroía o valor intrínseco da vida. Para ele, “especular com a vida das pessoas é algo moralmente questionável”¹⁵⁸.

No caso Nancy Cruzan – vítima de acidente e que permaneceu por sete anos em estado vegetativo devido à destruição de seu córtex cerebral –, a Suprema Corte dos Estados Unidos reconheceu o direito fundamental de decidir o próprio destino, desde que existisse prova concreta do desejo da paciente, ainda que não expressado por meio de um requerimento chamado *living wills*, em que o paciente estabelece as condições de decisões médicas. Corresponde a um modelo de consentimento informado, no qual é reconhecida a autonomia do paciente para manifestar a sua concordância ou não com os médicos, a partir dos esclarecimentos prestados pelos profissionais da saúde sobre riscos, contra-indicações, vantagens etc. É um modo informado de tomar uma decisão que afeta diretamente – e quase que so-

¹⁵⁶ WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução Leonicas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1998. p. 114-115.

¹⁵⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 65.

¹⁵⁸ SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011. p. 159.

mente – ao que declara a sua vontade.¹⁵⁹ O problema surge quando o paciente não expressa sua vontade. Respondendo esse questionamento, Dworkin cita a importância do interesse dos familiares, como pessoas certas para velar sobre os interesses do paciente, mas leva em conta, principalmente, o benefício concedido ao paciente de ver cessado o sofrimento e o próprio processo de degradação da vida, em nítida intenção de proteger o valor intrínseco da vida.¹⁶⁰

Diante de tantas vicissitudes, parece ser que a solução mais acertada é aquela decidida pelo próprio indivíduo, o que sofre com a sua enfermidade e a dor de não poder desfrutar plenamente de sua vida.

5. A liberdade do exercício de um direito em face de uma pretensa moral coletiva

Questões difíceis geralmente não são passíveis de consenso. A própria deliberação fruto da democracia não constitui uma verdade única. A justiça requer o equilíbrio de interesses de todos os cidadãos, que são diferentes e conflituosos, sendo esta uma decisão que deve ser tomada com base na coletividade. Nessa ideia, não há nada que impeça que o indivíduo, após tomada a decisão coletiva, decida viver a partir de seus recursos e oportunidades. Não há como se defender que a maioria tome para si o pleno direito de decidir e imponha visões de mundo e valores a todos. A verdadeira comunidade política é composta de agentes morais independentes, o que a impede de determinar o que os cidadãos devem pensar ou dizer a respeito de política ou ética. O que cabe a essa comunidade é ofertar elementos, circunstâncias, que permitam aos indivíduos formarem crenças robustas por meio da própria reflexão, da sua convicção individual.¹⁶¹

A diferenciação entre *liberty* e *freedom* abordada por Sen parece ter relevo aqui. O indivíduo deve ser livre (*free – freedom*), tanto para atuar como deseja, atendendo a sua própria escala de valores e realizando o seu próprio juízo moral, sem nenhuma interferência no exercício dessa liberdade (*liberty*), ou seja, estando livre de interferências intrusivas, seja de

¹⁵⁹ Sobre o denominado testamento vital, Adriano Marteleto Godinho afirma que a inexistência de previsão legal não enseja a sua incompatibilidade com o sistema brasileiro, pois “nada impede que se reconheça a validade daquele instrumento, que nada mais representa que uma relevante expressão da autonomia dos pacientes, com a particularidade, neste caso, de se tratar de um instrumento previamente elaborado, com o intuito de estabelecer diretrizes sobre intervenções médicas supervenientes”. De fato, a partir dos princípios que regem nosso ordenamento, “nos casos em que se puder verificar que a continuidade do tratamento vital apenas causará mais sofrimento que esperança, ou seja, quando se constatar que o tratamento não prolonga a vida minimamente digna, mas apenas retarda indefinidamente a morte, será adequado concluir que deixar um paciente morrer, se de fato a morte é consequência natural e inevitável, é o único meio de se preservar a dignidade da pessoa em causa. Com efeito, há manifesta diferença entre matar e deixar morrer – neste caso, insista-se quando a morte for de fato inevitável.” (Cf. GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 07 out. 2015).

¹⁶⁰ DWORKIN, Ronald. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 72.

¹⁶¹ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 39-40.

outros indivíduos, seja do Estado.¹⁶² Em casos limites como o aborto e a eutanásia, parece ser que o embate entre *liberty* e *freedom* toma forma e clarifica o debate, já que a liberdade para agir conforme a sua própria vontade vem extremamente limitada pela interferência intrusiva no indivíduo, ainda que ele detenha de todos os elementos que o tornam capaz de tomar essa decisão. Pode ser questionável se todas as pessoas são capazes de, livremente, produzir os objetos de sua escolha. Porém é dever do Estado conceder essas condições de capacidade de escolha, mas não de impor uma.

A vida pessoal do indivíduo – albergada pela ideia de *freedom* – diz respeito somente a ele. Dessa forma, indignações com fundamentos meramente morais não merecem proteção em um confronto com interesses de outros. Não se deve proibir nenhum ato que sofra interferência somente com base em razões morais, deixando o ser humano livre para realizar aquelas atitudes que dizem respeito somente a ele, mesmo quando tais atitudes são consideradas “ofensivas”, “pecaminosas”, e assim por diante. Essa é a fundamentação do princípio da tolerância na direção da felicidade, livre de proibições religiosas ou morais que unicamente visam o aprisionamento do cidadão.¹⁶³

Nas palavras de Lipovetsky, “num ambiente social em que a prioridade de cada um está voltada para si mesmo, todo indivíduo pode pensar e agir livremente, desde que não cause dano a terceiro”¹⁶⁴. A decisão pela interrupção voluntária da gravidez ou por uma morte digna alcança tão somente a pessoa que decide, não afetando a ninguém mais, nem mesmo aos mais próximos. Em muitos casos, as pessoas que cercam o protagonista da situação participam desse debate, compartilham pontos de vista, mas não cabe a eles decidir. Cabe a eles somente aceitar a íntima decisão do que praticará o aborto ou que morrerá por não desejar uma vida que julga não meritória de viver. Obviamente que o conflito moral existe, e continuará existindo. Entretanto ele é restrito e interno quando a ação avaliada se limita a afetar ao que está realizando a avaliação.

Nesse ponto, pode-se questionar a posição do pai da criança ou daquele mais próximo da pessoa que tomou a decisão de morrer. No caso da mulher que decide voluntariamente interromper a gravidez e o pai da criança, poder-se-ia alegar que não há escolha à paternidade, e sendo assim, a maternidade também não poderia ser uma escolha, após a sua confirmação. No entanto não se está de acordo com essa afirmativa, pois embora o pai não tenha opção de deixar de ser o pai ou não sê-lo, tem a opção de abandonar a mãe junto com a criança. Ou seja, ele continuará sendo pai, mas sem prestar qualquer auxílio para a mãe na criação do bebê, que por sua vez não pode interromper a sua gravidez e muito menos deixar

¹⁶² SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. p. 338. O autor complementa que a liberdade (*liberty*) “não é definida apenas com relação ao que uma pessoa é capaz de fazer em determinada esfera, mas também inclui a exigência de que outros não possam eliminar essa capacidade mesmo que queiram fazê-lo. Nessa perspectiva, a liberdade [*liberty*] de uma pessoa pode estar comprometida mesmo na ausência de qualquer interferência, simplesmente pela existência do poder arbitrário de outro que possa abastaculizar a liberdade [*freedom*] dessa pessoa para agir como queira, ainda que o poder de intervenção não seja de fato exercido”. (Ibidem, p. 139).

¹⁶³ ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003. p. 425.

¹⁶⁴ LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005. p. 127.

a criança ao vento.¹⁶⁵ É amplamente conhecido o fato de que há um sem número de crianças sem pai, porque estes simplesmente abandonaram as mães à sua própria sorte no momento em que souberam da gravidez. A paternidade será sempre deles, mas eles ainda se sentem livres para dispor desse dever-direito, obrigando a mãe a honrar a vida do filho sozinha, bem como sentenciando a criança a ter uma vida sem a presença do pai.

Trata-se de uma triste realidade brasileira. Com dados de 2011, o Conselho Nacional de Justiça apurou que mais de 600.000 crianças não possuíam o registro dos pais em suas certidões de nascimento, motivando a criação do programa “pai presente”, que segue funcionando e já conseguiu registrar mais de 14.000 casos.¹⁶⁶ Desse modo, parece que a indisponibilidade forçada da maternidade é muito mais evidente, que compele as mulheres a terem a criança por força de lei ou as conduzem a situações que as colocam em risco. Não aparenta que se possa discutir de quem é o maior ônus de se levar adiante uma gravidez, principalmente quando já existem argumentações sobre a possibilidade do “aborto masculino”, que é a possibilidade de requerer o fim dos interesses e obrigações dos pais que foram coagidos a sê-lo, seja por manipulação do corpo pela mulher ou simplesmente por uma paternidade simplesmente não desejada. Embora se reconheça que há situações nas quais as mulheres se aproveitam de sua condição, essa teoria é como se fosse a institucionalização do abandono da mãe, notadamente na última hipótese, fazendo prevalecer a escolha do homem.¹⁶⁷

Deve-se ressaltar que os movimentos de Direito dos Pais (*Father's Rights movements*) não advogam somente pelo direito ao veto à interrupção da gravidez, mas também o de veto da própria gravidez, no sentido de também determinar quando a mulher deve ou não praticar o aborto. O fundamento disso seria que, se é concedido o direito ao pai de ser ouvido antes do aborto (*abortion vetoing*), então ele também deve ser ouvido antes de se continuar a gravidez (*pregnancy vetoing*).¹⁶⁸ Novamente, a mulher é posta em uma situação de submissão perante o homem.

No caso de quem escolhe morrer, poder-se-ia defender a possibilidade de que a família impusesse suas crenças e valores sobre o enfermo, de modo a compeli-lo a continuar vivendo, fosse como fosse, mesmo contra a sua vontade. Indubitavelmente deve-se perguntar se o caso não se trata do prolongamento da vida ou da agonia. Não há como imaginar o sofrimento do enfermo ao ter que conviver com o seu atual estado, sem consentir com essa situação, principalmente quando não há a mínima comprovação de eficácia do tratamento que o mantém vivo, sendo apenas o prolongamento de um estado penoso de semi-vida.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Este é, inclusive, um tipo penal no Direito Penal Brasileiro, que é o abandono de incapaz, art. 133 do Código Penal.

¹⁶⁶ Cf. BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pai presente e certidões*. 2. ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015. Deve-se destacar que o programa foi motivado, além das óbvias razões de cunho social, também como forma de desafogar as demandas judiciais de reconhecimento de paternidade em andamento no Poder Judiciário. Ou seja, também é um problema de justiça social.

¹⁶⁷ MCCULLLEY, M; G. Male abortion: the putative father's right to terminate his interests in and obligations to the unborn child. *Journal of Law and Policy*, v. 7, n. 1, p. 1-55, 1988.

¹⁶⁸ Vid. APPEL, Jacob M. Women's Rights, Men's Bodies. *New York Times*. December 2, 2005.

¹⁶⁹ O problema da eficácia dos tratamentos utilizados para se evitar a morte, em pacientes terminais, é abordado por MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da

Um argumento, embora de cunho evidentemente utilitarista, poderia ser aqui formulado: essa resistência pode não ter relevância social quando os custos de mantê-lo vivo correm por conta dos familiares, mas se torna um problema coletivo, desde o ponto de vista econômico, quando esse procedimento está sendo pago com dinheiro dos contribuintes, sem falar na utilização de recursos notoriamente escassos no sistema público de saúde, como leito de hospital, atenção especial dos profissionais etc. Desde esse ponto de vista, não está claro se é ou não razoável que se mantenha alguém vivo por meio de tratamentos onerosos, com pouco ou nenhuma eficácia na efetiva melhora do paciente.¹⁷⁰ Em situações assim, o Estado não pode intervir na vontade da família, mas a família não pode obrigar o Estado a arcar com essa decisão, prejudicando outras pessoas que igualmente necessitam daqueles recursos para seus tratamentos. Isso não parece atender a uma lógica de justiça distributiva de recursos no sistema público de saúde, nos termos do art. 196 da Constituição Federal de 1988.¹⁷¹ Por outro lado, a existência da possibilidade de se realizar um testamento vital evidencia que não é admissível a imposição de um tratamento contra a vontade do testador.¹⁷² Trata-se de algo já regulamentado, inclusive, pelo Conselho Federal de Medicina.¹⁷³ A última vontade não pode ser sumariamente descartada, principalmente quando essa conduta corre às expensas do Estado.

Também não se deve ignorar a Resolução n. 1.931/2009, que aprovou o vigente Código de Ética Médica. Ainda que seu art. 32 vede ao médico “deixar de usar todos os meios disponíveis de diagnóstico e tratamento, cientificamente reconhecidos e a seu alcance, em favor do paciente”, o parágrafo único do art. 41 também deve ser considerado, que “nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal”. Note-se que o “representante legal” vem após a vontade do paciente, o que reforça o entendimento de que, mesmo quando a família deseja impor um tratamento para mantê-lo vivo, essa decisão não pode se sobrepor à declaração daquele que sofrer as tais intervenções.

Em ambos os casos, o mais defensável poderia ser que a decisão é interna ao indivíduo, como muito interna ao seu núcleo familiar ou conjugal. Porém não parece haver guarida para a interferência estatal, muito menos por meio de valores de terceiros, impostos sobre um Estado que deveria se fundamentar em bases neutras e imparciais.

Ainda, a ação que atinge somente o agente que vai praticá-la não vai de encontro

arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 669-708, jul./dez. 2015.

¹⁷⁰ Cf. MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 669-708, jul./dez. 2015.

¹⁷¹ Sobre o tema, cf. MEDEIROS, Marcelo. *Textos para discussão nº 687*. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 1999. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0687.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁷² SANTOS, Ana Carolina Elaine dos; COSTA, Andréa Abrahão. *Quando a morte faz parte da vida: cuidados paliativos, testamento vital e eutanásia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63771e3e7738ed30>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

¹⁷³ Vid. Resolução 1995, de 30.08.2012, do Conselho Federal de Medicina.

com a doutrina contratualista. As características estruturais fundamentais estabelecidas previamente por meio do acordo coletivo não são violadas quando a decisão de abortar ou de morrer com dignidade é tomada, porque não viola a liberdade dos demais, mas sim reafirma a liberdade daquele que assim decidiu. Tais características estruturais fundamentais continuam válidas, entretanto não podem ser utilizadas de modo a tolher a liberdade individual diante de uma situação que se limita a afetar o agente. Caso essa ação afete terceiros, os limites à liberdade impostos coletivamente devem ser aplicados, mas isso exclui decisões sobre a própria vida ou o próprio corpo.¹⁷⁴

Certamente se trata de uma visão que se embasa no individualismo e na noção liberal do “eu”. Nessa linha, os indivíduos são considerados livres para participar ou não das práticas sociais, e sair delas quando for conveniente ou não valer mais a pena. Isso faz com que os indivíduos não possam ser definidos por alguma relação econômica, religiosa, sexual ou recreativa especial.¹⁷⁵ Os indivíduos são livres para o questionamento e para a rejeição de qualquer dessas relações. Nenhum fim está livre de ser revisto, reavaliado pelo indivíduo, o que faz com que o “eu” esteja antes dos fins que ele afirma, já que tais fins não são determinados de uma única forma.¹⁷⁶ Rechaça-se, portanto, a visão comunitarista do “eu”, que o identifica por meio de do seu papel social e o insere em práticas sociais¹⁷⁷ para identificar o “eu” como independente moralmente. Afinal, a decisão de abortar ou de morrer, quando tomada, dificilmente não acontecerá, e impedir isso nunca foi uma tarefa bem-sucedida.

Referências

ADAMGY, Yiossuf. *IVG – Conceito do aborto no Islão (YA)*. 2007. Disponível em: <<http://www.estudos-biblicos.net/aborto-YA.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

AL-KARADHAWI, Yussef. *O aborto*. Disponível em: <<http://www.religiaodedeus.net/fatwa18.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

APPEL, Jacob M. Women's Rights, Men's Bodies. *New York Times*. December 2, 2005.

ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Brunna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ATIGHETCHI, Dariush. Islamismo y eutanasia. *Medicina y ética: Revista internacional de bioética, deontología y ética médica*, v. 19, n. 2, p. 121-151, 2008.

¹⁷⁴ E neste ponto caberiam outros pontos que não só o aborto e a eutanásia, mas também o suicídio, a cirurgia de mudança de sexo, cirurgias plásticas expressivas para alterações do corpo, e outros.

¹⁷⁵ KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 265.

¹⁷⁶ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 695-696.

¹⁷⁷ Sobre o tema, cf. MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Indiana: Notre Dame University Press, 2007. p. 205 e ss.

BARROSO, Luís Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. *A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-11/morte-ela-dignidade-autonomia-individual-final-vida>>. Acesso em: 03 jun. 2015.

BERLINGUER, Giovanni. *Questões de vida (ética, ciência, saúde)*. Tradução de Maria Patrícia de Saboia Orrico. Londrina: Apce-Hucitec-Cebes, 1993.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade. Para uma teoria geral da política*. 14. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gian Franco. *Dicionário de Política*. 4. ed. Brasília: Edunb, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54 – Distrito Federal*. Brasília, 12 de abril de 2012. <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Painel de Monitoramento da Situação de Saúde*. Disponível em: <<http://svs.aids.gov.br/dashboard/mortalidade/materna.show.mtw>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Casa Civil. Decreto n. 119-A, de 7 de janeiro de 1890. Brasília, Casa Civil, 1890. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/d119-a.htm>. Acesso em: 27 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Federal de Medicina. Resolução CFM n. 1805/2006, de 28 de novembro de 2006. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 732/1983, de 26 de abril de 1983*. Autorizando a eutanásia. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=181565>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Pai presente e certidões*. 2. ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques//arquivo/2015/04/b550153d316d6948b61dfbf7c07f13ea.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

BURITY, Joanildo A. Religião, política e cultura. *Tempo social*, São Paulo, v. 20, n. 2, nov. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-20702008000200005&script=sci_arttext&tln-g=ES>. Acesso em: 28 abr. 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. v. I. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

CATECISMO da Igreja Católica. 9. edição revisada de acordo com o texto oficial em latim. São Paulo: Edições Loyola, 2004.

CATÓLICAS pelo direito de decidir. *Nosso trabalho*. Disponível em: <<http://catolicas.org.br/institucional-2/nosso-trabalho/>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

CHAVES, José Humberto Belmino; et al. A interrupção da gravidez na adolescência: aspectos epidemiológicos numa maternidade pública no nordeste do Brasil. *Revista de Saúde Social*. São Paulo, v. 21, 2012.

COWARD, Harold. South Asia approaches to health care ethics. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed. UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 135-142.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Ações Afirmativas, justiça e igualdade*. Disponível em: <<http://www.cleaved-vogados.com.br/en/artigos/47-aco-es-afirmativas-justica-e-igualdade-clemerson-merlin-cleve>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

DECLARAÇÃO Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2015.

DERR, Mary Krane; MURTI, Vasu. *Abortion is bad karma: hindu perspectives*. Disponível em: <<http://www.fnsa.org/fall98/murti1.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

DINIZ, Débora; MEDEIROS, Marcelo. Itinerários e métodos do aborto ilegal em cinco capitais brasileiras. *Ciência e saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 17, n. 7, jul. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232012000700002&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 02 jun. 2015.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Domínio da vida: aborto, eutanásia e liberdades individuais*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

GILBERT, Scott F. *Biologia do desenvolvimento*. Tradução de Adolfo Max Rothschild. 5. ed. Ribeirão Preto: Funpec, 2003.

GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público. Modalidade no Brasil. *Religião & Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 28, n. 2, 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0100-85872008000200005&script=sci_arttext> Acesso em: 28 abr. 2015.

GLOBAL Religious Futures. 2010. Disponível em: <http://www.globalreligiousfutures.org/explorer/custom#/?subtopic=15&chartType=pie&data_type=percentage&destination=from&year=2010&religious_affiliation=all&countries=Worldwide&gender=all&age_group=all>. Acesso em: 29 set. 2015.

GODINHO, Adriano Marteleto. Diretivas antecipadas de vontade: testamento vital, mandato duradouro e sua admissibilidade no ordenamento brasileiro. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, ano 1, n. 2, p. 945-978, 2012. Disponível em: <https://www.academia.edu/2576044/Diretivas_antecipadas_de_vontade_testamento_vital_mandato_duradouro_e_sua_admissibilidade_no_ordenamento_brasileiro>. Acesso em: 07 out. 2015.

GOTQUESTIONS. ¿Qué disse la Biblia acerca del aborto? Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Espanol/aborto.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

GOTQUESTIONS. *O que é o Islamismo e em que os muçulmanos acreditam?* Disponível em: <<http://www.gotquestions.org/Portugues/Islamismo.html>>. Acesso em: 30 set. 2015.

- GRAMLICH, John; LIPKA, Michael. *5 facts about abortion*. 2014. Disponível em: <<http://www.pewresearch.org/fact-tank/2015/06/11/5-facts-about-abortion/>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- HADDEN, Jeffrey K. Toward desacralizing secularization theory. *Social Forces*, v. 65, n. 3, p. 587-611, mar. 1987.
- HERNÁNDEZ, Jimena; MICHELLI, Carina. *Creencias: las religiones y los temas polémicos*. Buenos Aires: Kier, 2006.
- HHR. Hindu Religious Quotes on Abortion. October, 2012. Disponível em: <<http://www.hinduhumanrights.info/hindu-religious-quotes-on-abortion/>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- HUGHES, James. Buddhist bioethics. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed. UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 127-133.
- HURST, Jane. A história das idéias sobre o aborto na Igreja Católica. In: HURST, Jane; MURARO, Rose Marie. *Uma história não contada*. Montevideo: Católicas por el Derecho a Decidir, 1992.
- IBRAHIM, Habibah L. *O aborto no Islam*. Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://amulhereoislam.wordpress.com/tag/aborto/>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- JAVIER. *El aborto y los cristianos*. Enero de 2013. Disponível em: <<https://lavozliberal.wordpress.com/2013/01/26/el-aborto-y-los-cristianos/>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.
- KYMLICKA, Will. *Filosofia política contemporânea*. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LADRIÈRE, Paul. Ética y poder religioso en el campo de la reproducción de la vida humana. *Selecciones de teología*, v. 25, n. 98, p.119-128, abr./jun. 1986. Disponível em: <http://www.seleccionesdeteologia.net/selecciones/lib/vol25/98/098_ladriere.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.
- LIRBOS BUDISTAS. ¿Qué es el Budsimo? Disponível em: <<http://www.librosbudistas.com/budismo>>. Acesso em: 30 set. 2015.
- LIPOVETSKY, Gilles. *A sociedade pós-moralista. O crepúsculo do dever e a ética indolor dos novos tempos democráticos*. Tradução de Armando Braio Ara. Barueri: Manole, 2005.
- LISTER, Ruth. *Citizenship – Feminist Perspectives*. 2. ed. New York: New York University Press, 2003.
- MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade Religiosa numa Comunidade Constitucional Inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.
- MACINTYRE, Alasdair. *After virtue: a study in moral theory*. 3. ed. Indiana: Notre Dame University Press, 2007.
- MAHDI, Abdur Rahman. *A Família no Islã (parte 1 de 3): O Apelo da Vida Familiar Islâmica*. 2009. Disponível em: <<http://www.islamreligion.com/pt/articles/387/viewall/familia-no-islã-parte-1-de-3/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MARIANO, Ricardo. Pentecostais e política no Brasil: do apolitismo ao ativismo corporativista. In: SANTOS, Hermilio (Org.). *Debates pertinentes: para entender a sociedade contemporânea*. Porto Alegre: Edipucrs, 2010.

_____. Laicidade à brasileira – católicos, pentecostais e laicos em disputa na esfera pública. *Civitas*, Porto Alegre, v. 11, n. 2, maio/ago. 2011.

MARIANO, Silvana. Cidadania na perspectiva das mulheres pobres e papéis de gênero no acesso a políticas assistenciais. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 2, jul./dez. 2009.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Dilemas constitucionais sobre o início e o final da vida: um panorama do estado da arte no direito brasileiro. *Revista Espaço Jurídico Journal of Law*, v. 16, n. 2, p. 669-708, jul./dez. 2015.

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

MCCULLEY, M. G. Male abortion: the putative father's right to terminate his interests in and obligations to the unborn child. *Journal of Law and Policy*, v. 7, n. 1. p. 1-55, 1988.

MEDEIROS, Marcelo. *Textos para discussão n° 687. Princípios de justiça na alocação de recursos em saúde*. Rio de Janeiro: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão; Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA, 1999. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0687.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015. MERRITT, John L.; MERRITT II, J. Lawrence. *When does human life begin? Scientific, scriptural, and historical evidence supports implantation*. 3. ed. Washington: Crystal Clear, 2012.

MICHELÉN, Sugel. *El problema esencial del aborto*. Disponível em: <<http://www.iglesiaevangelicaelalfarero.com/opini%C3%B3n/el-problema-del-aborto/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MILLER, Lisa. *Pro-choice Evangelicals?* Newsweek, may 2008. Disponível em: <<http://www.newsweek.com/pro-choice-evangelicals-85893>>. Acesso em: 30 set. 2015.

MOROVITZ, Harold J.; TREFIL, James S. *The facts of life: Science and the abortion controversy*. UK: Oxford University Press, 1992.

MORRE americana com câncer terminal que anunciou suicídio assistido. *G1: Mundo*, São Paulo, nov. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2014/11/morre-americana-com-cancer-terminal-que-anunciou-suicidio-assistido.html>>. Acesso em: 06 abr. 2015.

MUNIZ, Mônica. *Declaração Islâmica Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html#1>>. Acesso em: 07 out. 2015.

NAE. *Little Consensus on How to Reduce Abortions*. 2012. Disponível em: <<http://nae.net/little-consensus-on-how-to-reduce-abortions/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

NOZICK, Robert. *Anarquia, Estado e utopia*. Tradução de Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1991.

NUNES, Maria José Rosado. Aborto, maternidade e a dignidade da vida das mulheres. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

O'BRIEN, Barbara. *Buddhist Perspectives on the Abortion Debate*. Disponível em: <<http://buddhism.about.com/od/basicbuddhistteachings/a/abortion.htm>>. Acesso em: 30 set. 2015.

OLIVETO, Paloma. Drama de norte-americana abre nova discussão sobre o suicídio assistido. *Correio Braziliense: Ciência e Saúde*, nov. 2014. Disponível em: <http://www.correio braziliense.com.br/app/noticia/ciencia-e-saude/2014/11/01/interna_ciencia_saude,455494/drama-de-norte-americana-abre-nova-discussao-sobre-o-suicidio-assistido.shtml>. Acesso em: 02 jun. 2015.

PATEMAN, Carole. *Feminism and democracy. Democratic theory and practice*. Cambridge: Cambridge University Press, 1985.

PEW Research Center. Chapter 1: The Changing Religious Composition of the U.S. may 2015. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/2015/05/12/chapter-1-the-changing-religious-composition-of-the-u-s/>>. Acesso em: 30 set. 2015.

PIPES, Daniel. *Distinguishing between Islam and Islamism*. 1998. Disponível em: <<http://www.danielpipes.org/954/distinguishing-between-islam-and-islamism>>. Acesso em: 30 set. 2015.

RAWLS, John. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução: Cláudia Berliner. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Jussara Simões. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

REDE Feminista de Saúde. *Dossiê Aborto: mortes preveníveis e evitáveis*. Belo Horizonte: Rede Feminista de Saúde, 2005. Disponível em: <<https://www.abenfo.org.br/site/biblioteca/arquivos/manuais/081.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2015. p. 20.

RELIGIONS FACTS. *Buddhism: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/buddhism>>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. *Hinduism: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/hinduism>>. Acesso em: 30 set. 2015.

_____. *Islam: fast facts and introduction*. 2004. Disponível em: <<http://www.religionfacts.com/islam>>. Acesso em: 30 set. 2015.

RIGHT-to-die advocate Brittany Maynard ends life. *BBC News*, US & Canada, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-us-canada-29876277>>. Acesso em: 20 abr. 2015.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.

SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direito de morrer: eutanásia, suicídio assistido*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SACHEDINA, Abdulaziz. The search for islamic bioethics principles. In: ASHCROFT, Richard E.; DAWSON, Angus; MCMILLAN, John R. (eds.). *Principles of health care ethics*. 2. ed. UK: John Wiley & Sons, 2007. p. 117-126.

SANDEL, Michael. *O liberalismo e os limites da justiça*. Tradução de Carlos E. Pacheco do Amaral. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2005.

_____. *Justiça – o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANTOS, Ana Carolina Elaine dos; COSTA, Andréa Abrahão. *Quando a morte faz parte da vida: cuidados paliativos, testamento vital e eutanásia no Brasil*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=63771e3e7738ed30>>. Acesso em: 15 abr. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. Legalização do aborto e Constituição. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006. p. 117-180.

_____. O crucifixo nos Tribunais e a laicidade do Estado. *Revista eletrônica PRPE*, maio 2007. Disponível em < <https://professorsabbag.com.br/arquivos/downloads/1274052405.pdf>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

_____; PIOVESAN, Flávia. *Nos limites da vida: Aborto, Clonagem Humana e Eutanásia sob a perspectiva dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARTORI, Giovanni. *Elementos de teoria política*. Tradução de María Luz Morán. Madrid: Alianza editorial, 2008.

SCAVONE, Lucila. Políticas feministas do aborto. *Estudos feministas*, v. 17, n. 2, maio/ago. 2008. p. 675.

SEGRE, Marco. Considerações éticas sobre o início da vida: aborto e reprodução assistida. In: CAVALCANTE, Alcilene; XAVIER, Dulce (Orgs.). *Em defesa da vida: aborto e direitos humanos*. São Paulo: Católicas pelo direito de decidir, 2006.

SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 212. p. 89-94, abr./jun. 1998.

STARK, Rodney. Secularization, R.I.P. *Sociology of Religion*. Oxford, v. 60, n. 3, 1999.

SUJATO, Bikkhu. *Quando la vida comienza*. Disponível em: <<http://www.budismo.net/t3.php>>. Acesso em: 30 set. 2015.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Rio de Janeiro: Companhia das Letras, 2012.

TORPEY, John. Religion and secularization in the United States and Western Europe. In: GORSKI, Philip s.; et al. (ed.). *The post-secular in question: Religion in contemporary society*. New York: New York University Press, 2012.

VATICANO. Conferência Episcopal Portuguesa. *Código de Direito Canônico*. 4. Ed. Lisboa: Editorial Apostolado da Oração, 1983. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/cod-iuris-canonici/portuguese/codex-iuris-canonici_po.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2015.

VATICANO. *Constituição Pastoral Gaudium et Spes sobre a Igreja no mundo actual*. Disponível em: <http://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Instrução sobre o respeito à vida humana nascente e a dignidade da procriação*: resposta a algumas questões atuais. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19870222_respect-for-human-life_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Declaração sobre o aborto provocado*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_19741118_declaration-abortion_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Nota Doutrinal sobre algumas questões relativas à participação e comportamento dos católicos na vida política*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20021124_politica_po.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Africae Munus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/apost_exhortations/documents/hf_ben-xvi_exh_20111119_africae-munus.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Caritas in Veritate*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/benedict-xvi/pt/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica Evangelii Gaudium*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/apost_exhortations/documents/papa-francesco_esortazione-ap_20131124_evangelii-gaudium.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Laudato Si'*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/francesco/pt/encyclicals/documents/papa-francesco_20150524_enciclica-laudato-si.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica Familiaris Consortio*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_19811122_familiaris-consortio.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Ecclesia in Europa*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_20030628_ecclesia-in-europa.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Pastores Gregis*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_20031016_pastores-gregis.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Exortação Apostólica pós-sinodal Ecclesia in Asia*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/apost_exhortations/documents/hf_jp-ii_exh_06111999_ecclesia-in-asia.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Sollicitudo Rei Socialis*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_30121987_sollicitudo-rei-socialis.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Centesimus Annus*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Veritatis Splendor*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_06081993_veritatis-splendor.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Evangelium Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_25031995_evangelium-vitae.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VATICANO. *Carta Encíclica Humanae Vitae*. Disponível em: <http://w2.vatican.va/content/paul-vi/pt/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_25071968_humanae-vitae.html>. Acesso em: 22 jul. 2015.

VELASCO, Marina. *O que é Justiça. O justo e o injusto na pesquisa filosófica*. Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2009.

VILLAS-BÔAS, Maria Elisa. A ortotanásia e o Direito Penal brasileiro. *Revista de Bioética*, Brasília, v. 16, 2008.

WEBER, Max. *Ciência e Política: duas vocações*. Tradução Leonicas Hegenberg e Octany Silveira da Mota. 4. ed. São Paulo: Cultrix, 1998.

WIKIPÉDIA. Curetagem. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/wiki/Curetagem>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

WOLFF, Robert. Além da tolerância. In: WOLFF, Robert Paul; MOORE JR., Barrington; MARCUSE, Herbert. *Crítica da tolerância pura*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1970.

WOLLMANN, Sergio. *O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes*. 2. ed., Porto Alegre: Edipucrs, 1994.

YOUNG, Iris Marion. Impartiality and the civic public: Some implications of feminist critiques of moral and political theory. *Praxis internacional*, n. 4, 1985.

Do altar ao palanque: proselitismo religioso, atividade legislativa e liberdade em risco

ANA PAULA VEIGA LOPES

Bacharela em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná
Advogada

TAILAINE CRISTINA COSTA

Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar
Bacharela em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná
Advogada

Sumário. 1. Liberdades individuais, liberdade de crença e de consciência. 2. Proteção jurídica à liberdade religiosa. 3. O poder político dos grupos confessionais: as relações entre fé e política. 4. Atividade legislativa dos movimentos religiosos: III Programa Nacional de Direitos Humanos, Plano Nacional de Educação 2014-2024, Estatuto do Nascituro e Estatuto da Família. 5. Justiça, laicidade e democracia.

1. Liberdades individuais, liberdade de crença e de consciência

A constante tensão entre liberdades individuais e autoridade estatal enseja um debate que, embora tenha sido travado há séculos, não possui previsão alguma para se encerrar. O tema é bastante controverso e assim deve permanecer indeterminadamente, uma vez que cada momento histórico sugere a sua rediscussão, reivindicando a eterna reformulação do que se poderia considerar, ou não, uma ingerência justa e aceitável por parte do Estado. Trata-se de um assunto de vital relevância na conjuntura jurídica, política e social atual, eis que o país passa por um momento de construção e consolidação de um Estado de direito plural, democrático e fundado na dignidade da pessoa humana. A realidade política nacional evidencia que esse movimento, contudo, não se dá sem alguns percalços.

Dentre inúmeras perspectivas que poderiam ser adotadas para observar tal movimento, optou-se pela liberdade de crença e consciência devido à (falsa) impressão de que nesse campo imperaria um consenso com relação à impossibilidade de ingerência estatal. O

conjunto de dogmas e valores adotado pelo indivíduo representa uma parcela notadamente íntima e idiossincrática do ser, motivo pelo qual se imaginaria que a tentativa de modificá-lo ou silenciá-lo pela força seria vigorosamente rechaçada em razão do franco desrespeito às liberdades individuais e à liberdade religiosa que a investida encerra.

O que se verifica, porém, é a ascensão de grupos políticos que visam impor à população valores que representam uma clara afronta ao Estado laico preconizado pela Constituição de 1988. Atuações nesse sentido se materializam através do aparato estatal por meio de Projetos de Lei como o Estatuto do Nascituro (PL n. 478/2007), o Estatuto da Família (PL n. 6.583/2013) e o Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa (PL n. 1.219/2015), que serão abordados com mais profundidade nesta pesquisa. À imagem de outros movimentos populistas, esses grupos trabalham sistematicamente com o medo e com o desconforto que muitos indivíduos sentem por viver em uma sociedade em constante mudança.

Ocorre que o Estado democrático, ao contrário dos regimes tradicionalistas ou conservadores, determina o incessante questionamento de normas previamente impostas pela tradição,¹ motivo pelo qual ele se dispõe a reconhecer novos horizontes à autodeterminação individual e modelos afetivos e familiares distintos daqueles anteriormente previstos. Esses são temas que finalmente ganharam o espaço público, e que compreensivelmente geram certa inquietação em alguns setores da população. Em face do desassossego, todavia, a democracia tende a intervir em favor das minorias, enquanto o populismo prefere se ater às certezas das majorias.²

Preliminarmente, é essencial para o debate que se superem alguns extremismos, em especial a concepção superficial dos direitos e garantias individuais como ilimitados e ilimitáveis – o que, antes de ser uma impossibilidade jurídica, já se apresentava abertamente como uma impossibilidade lógica. Declarada absoluta, a liberdade (seja ela religiosa, de expressão, de imprensa etc.) deixa de ser um dos principais atributos da democracia para se tornar uma ferramenta de lesão aos direitos alheios.³ Por óbvio, o que se pretende não é condicionar a atuação do indivíduo no espaço público à renúncia do que ele considera um elemento indissociável de sua identidade, mas sim defender a tese de que *escolhas que encontram seu fundamento em argumentos de ordem privada não devem ser impostas de maneira proselitista na esfera pública*. Definir legislativamente a entidade familiar como “o núcleo social formado a partir da união entre *um homem e uma mulher*”⁴, por exemplo, não representa exercício de liberdade religiosa por parte dos parlamentares; trata-se de abuso da mesma, com o fito de tolher as liberdades individuais, bem como a liberdade de crença e de consciência (1) daquele que não crê, (2) daquele que crê em outros preceitos ou (3) daquele que crê nos preceitos

¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 17.

² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 159.

³ Gilberto Haddad Jabur completa essa reflexão concluindo que “transigir com a liberdade, longe de fugirá-la, significa adequá-la à necessidade de convivência harmoniosa e saudável que a grei humana impõe. Difícil é, contudo, fixar, com precisão, as raízes de atuação à liberdade individual.” JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 19.

⁴ Nos termos do art. 2º do PL n. 6.583/2013.

tradicionais de forma voluntária, motivo pelo qual considera sua imposição coercitiva aos demais cidadãos um aviltamento de seus dogmas e valores sagrados.

Antes de se analisar de que modo concepções e fundamentos religiosos interferem na atividade legislativa de forma a influenciar, reduzir ou até mesmo determinar escolhas de cunho pessoal, é indispensável que se discuta (ainda que brevemente) o marco jurídico, filosófico e histórico que se contrapõe a esse tipo de ingerência: a ideia de autonomia privada e de liberdades individuais.

Ao tratar do assunto, Jean-Jacques Rousseau faz a audaciosa afirmação de que antes de ter o direito de sê-lo, o sujeito possui a *obrigação* de ser livre – o que implica em dizer que o direito de liberdade possui garantias não apenas quanto à sua inviolabilidade, mas também em relação à sua inalienabilidade. Renunciar ao estatuto da liberdade seria o mesmo que abdicar da própria qualidade de indivíduo, bem como dos direitos e deveres inerentes a essa existência. Segundo ele, remover a liberdade da vontade do homem resulta em retirar de suas ações qualquer traço de moralidade,⁵ observação esta que será especialmente relevante na discussão sobre liberdade de crença e de consciência. A conduta coagida, que é produto da ordem que se impõe e cala a consciência, pode ser moral?

Nesse mesmo sentido, John Stuart Mill sustenta que é inaceitável que o indivíduo se utilize da liberdade que possui para dela abdicar.⁶ Ele entende que a discussão sobre liberdade civil versa sobre a *natureza e os limites do poder que pode ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo*. Dessa forma, Mill desenvolve a disciplina da liberdade sobretudo em seu viés negativo, tratando-a como um dever de *abstenção* estatal que possibilite o desenvolvimento da autonomia privada em um contexto liberal.⁷ A questão com a qual ele se depara, portanto, é essencialmente um problema de justiça, de como determinar a justa medida da interferência dos demais cidadãos nas escolhas individuais. Sabe-se que essa pretensão (de ser justa) é um elemento comum a toda forma política, e para tanto ela invariavelmente se investe de autoridade e legitimidade oriundas das mais distintas fontes.⁸ Nessa perspectiva, teoriza-se que a justiça deriva da figura do príncipe na monarquia, da tradição na aristocracia e da racionalidade na democracia – racionalidade essa que deve ser buscada por

⁵ “Renunciar à sua liberdade é renunciar à sua qualidade de homem, aos direitos da humanidade, e até a seus deveres. Não há nenhuma reparação possível para quem renuncia a tudo. Tal renúncia é incompatível com a natureza do homem, e tirar toda liberdade da sua vontade é tirar toda a moralidade das suas ações. Enfim, é uma convenção vazia e contraditória estipular de um lado uma autoridade absoluta e de outro uma obediência sem limites. Não é claro que não se tem nenhum compromisso com aquele de quem se tem o direito de tudo exigir?” ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011. p. 60.

⁶ Ao se vender como escravo, explica o autor, o indivíduo se desligaria de sua liberdade, ou seja, ele derrotaria o propósito que deveria justificar a sua ação; a justificativa cai por terra quando não se honra o propósito, e o argumento simplesmente desaba sobre si mesmo. MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 102-103. Jon Elster, por sua vez, entende a questão de forma diametralmente oposta com sua teoria das restrições. Para se proteger do poder das paixões, de mudanças de preferência e inconsistências temporais, afirma o autor, é possível que os indivíduos escolham – livremente – reduzir sua liberdade de escolha. ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000. p. 1.

⁷ MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 4.

⁸ SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 31.

meio da reivindicação de direitos e da afirmação dos sujeitos, tanto pela via eleitoral quanto legislativa.⁹

Modelos teóricos à parte, o surgimento de um número considerável de repúblicas democráticas possibilitou a percepção de que expressões como “autogoverno” e “poder do povo sobre si mesmo” não traduzem com perfeição a realidade a que dão ensejo. A vontade do povo, em termos práticos, passou a ser entendida como a vontade da maior parte dele ou de suas camadas mais enérgicas (ou seja, da maioria ou de um grupo que obtém êxito em se tornar aceito como tal). Dessa feita, verifica-se que a população pode desejar oprimir uma parcela de seus integrantes, e precauções contra esse esforço são tão necessárias quanto contra qualquer outra forma de abuso de poder.¹⁰ A tirania das majorias exercida por intermédio do aparato estatal é uma preocupação central no debate democrático, e a respeito dessa tirania política Mill adverte que quando as regras de conduta são estabelecidas com base na tradição e costumes de terceiros (em detrimento da consciência do próprio cidadão), extingue-se um dos principais elementos da felicidade humana, assim como do progresso individual e social. Nesse sentido, ele alerta que o livre desenvolvimento da individualidade é um elemento indispensável ao bem-estar, porque ele não só funciona em conjunto com as noções de civilização, instrução, educação e cultura, como também os torna possíveis. É bastante comum que a maioria, satisfeita com a realidade como ela está, não compreenda por que esses termos não comprazem a todos; a espontaneidade individual não agrada aos reformistas morais e sociais, pois eles a consideram uma tentativa incômoda e revoltosa de subverter o que, de acordo com seu julgamento íntimo, consideram o melhor para a sociedade.¹¹

A maioria, portanto, não pode se tornar carcereira das minorias. O despotismo da conformidade não faz outra coisa senão sufocar o espírito da liberdade e da efetiva convivência social. É essencial que a tolerância e o respeito não sejam atitudes ensejadas apenas pela força em números, ou seja, a conduta não pode ser tornar aceitável somente quando apoiada ou praticada por uma quantidade substancial de pessoas; de fato, *a tolerância e o respeito devem ser pressupostos do jogo democrático*, e não conquistas caso a caso. Segundo Jónatas Machado, os direitos e interesses das minorias devem ser observados para que se possa falar em soberania popular, pois ela não se identifica com a mera vontade da maioria. Ao princípio democrático se soma o princípio do Estado de Direito que, por meio da Carta Fundamental, permite o controle objetivo de validade dos atos oriundos da maioria política, em especial daqueles que podem pôr em risco direitos, liberdades e garantias.¹²

Sendo assim, viver em sociedade torna imperioso que os sujeitos observem uma linha de conduta em relação aos demais. De acordo com Mill, esse proceder envolveria duas obrigações: a de (1) não ofender os interesses (ou melhor, certos interesses) de outros e de

⁹ SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 186.

¹⁰ MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 4-5.

¹¹ MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 57.

¹² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Editora Coimbra, 1996. p. 172.

(2) suportar uma parcela da responsabilidade de defender tanto a sociedade quanto seus membros de danos e perturbações desarrazoadas. Esta seria uma restrição justa à liberdade individual que, por sua vez, possibilitaria a coexistência de todas as liberdades.¹³

Por fim, Philip Pettit desenvolve a disciplina da liberdade sobretudo em seu viés positivo, tratando-a como um dever de *prestação* estatal que possibilite a autonomia privada em um contexto republicano. Para tanto, ele identifica a ideia de liberdade com a ideia de não dominação ao atentar para o fato de que, em uma sociedade intrincada como a atual, a intervenção de um sujeito na vida de outro e do Estado na vida do indivíduo (e vice-versa) é inescapável. O problema surge quando essa intervenção se dá de maneira arbitrária, de forma a sujeitar uma parte aos desatinos de outra.¹⁴ A dominação ocorre porque da mera possibilidade de ingerência surge uma consciência compartilhada entre as partes a respeito da assimetria de poder existente, e essa informação transborda da relação interpessoal para a comunidade, tornando-se de conhecimento geral o fato de que um é mais fraco que o outro, mais vulnerável à ação do outro e, por consequência, subordinado ao outro. A dominação, nesse contexto, é um entrave incontornável à liberdade, e cabe ao governo (em especial às autoridades governamentais) a tarefa de promover a *liberdade como não dominação* por meio de cláusulas de proteção contramajoritárias.¹⁵

As liberdades individuais representam um feixe de direitos, dentro dos quais se incluem a liberdade de crença e de consciência. Muitas são as definições existentes para se estudar o assunto, mas no presente momento se adotará a proposição de que a partir da liberdade de consciência emerge a liberdade religiosa¹⁶ que, por sua vez, divide-se em liberdade de crença e liberdade de culto.¹⁷ Sabe-se que a religiosidade é adotada amplamente pela população brasileira. Segundo os dados do Censo realizado em 2010 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), apenas 8% dos brasileiros se disseram não religiosos; dentre os 91,8% que se declararam crentes, a expressiva maioria de 86,8% é filiada à Igreja Católica ou a igrejas evangélicas, de forma que apenas 5% dos religiosos não pertencem a nenhum desses dois grandes grupos.¹⁸ Com essa realidade em mente, é viável um Estado

¹³ MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 74-75.

¹⁴ PETTIT, Philip. *Republicanism*. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 88.

¹⁵ A esse respeito, o autor acrescenta que “a argumentação republicana em favor da existência de proteções contramajoritárias de ao menos algumas leis é simples. Maiorias são facilmente formadas – elas facilmente se tornam agentes reais ao invés de agentes possíveis – e agentes majoritários exercerão um poder que pode ser mais ou menos arbitrário de acordo com a restrição de suas vontades. Se as leis estiverem sujeitas a emendas majoritárias imediatas, então elas estarão submetidas a um controle que pode ser igualmente mais ou menos arbitrário; elas deixarão de representar uma garantia segura contra a dominação por parte do governo. A maior parte de nós pertence a uma minoria saliente em alguma capacidade e a maior parte de nós, portanto, tem um interesse em garantir que não vivamos à mercê eleitoral da maioria correspondente.”. PETTIT, Philip. *Republicanism*. New York: Oxford University Press Inc., 2010. p. 207 e 181.

¹⁶ MURRAY, John Courtney. Liberdade religiosa. In: MURRAY, John Courtney (Dir.). *A liberdade e o homem*. Petrópolis: Vozes, 1967. p. 149.

¹⁷ RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002. p. 34.

¹⁸ O GLOBO. *Infográficos: censo 2010 – Religião*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/infograficos/censo-religiao/>>. Acesso em: 11 maio 2015; e em: IBGE. *Censo Demográfico 2010: religião*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_4.pdf>. Acesso em: 11 maio 2015.

que tutele a liberdade de crença e de consciência de *todos* os seus cidadãos? Para melhor compreender a ideia de liberdade de crença e esclarecer como ela própria pode ser posta em risco por maiorias que dela pretendam abusar, é necessário realizar algumas considerações sobre o desenvolvimento filosófico e histórico do termo.

No plano filosófico, o jusnaturalismo contratualista buscou desenvolver um discurso de legitimação jurídico-política com base na racionalidade (de forma a se permitir o alcance de um assentimento consensual universal), contribuindo de forma decisiva para a diferenciação entre o espaço discursivo religioso e o espaço discursivo político. Tal corrente estabeleceu bases sólidas sobre as quais posteriormente se edificaria o debate a favor da ampla liberdade religiosa, mas a verdade é que no plano religioso os seus teóricos tendem ora à intolerância, ora à mera tolerância religiosa, deixando escapar a oportunidade de se posicionar a favor de uma liberdade de crença autenticamente inclusiva. Por ser uma concessão graciosa por parte do príncipe, a tolerância é insuficiente porque pode ser revertida a qualquer momento; diferentemente, a liberdade de crença é um direito que compõe a esfera jurídica subjetiva de seus titulares e que, por não ter sido conferida pelo monarca, não pode ser por ele revogada.¹⁹

Thomas Hobbes, por exemplo, reconhece a existência de um plano religioso não coincidente com o plano civil. Ele frisa que a função dos ministros de Cristo é guiar os homens em direção a uma fé independentemente de coerção ou da autoridade estatal. O que torna seu modelo incompleto pelos padrões atuais é que ele impede o cidadão religioso de impor sua crença aos demais indivíduos, mas não impede o governante religioso de fazer o mesmo. De fato, Hobbes se vale de trechos bíblicos protagonizados por Jesus Cristo, Paulo e Pedro para ilustrar a afirmação de que Cristo concedeu autoridade legítima a todos os príncipes (sejam eles cristãos ou infiéis), motivo pelo qual lhes desobedecer equivaleria a desobedecer ao deus cristão. A crença e a descrença não seguem as ordens dos homens, sendo facultado ao súdito *crer internamente* de forma diversa; externamente, contudo, o sujeito deve se manifestar em obediência ao governo temporal, inclusive em questões de crença e consciência.²⁰ Os membros da igreja são pastores, bem como o são os soberanos civis, e o cargo de chefe dos pastores teria sido atribuído ao príncipe pelas escrituras cristãs.²¹

A república cristã de Hobbes exige a observância absoluta de todos os desígnios do soberano, que ocupa uma posição de centro unificador do corpo político.²² A ele cabe fazer

¹⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 73.

²⁰ Nesse sentido, o autor esclarece: “Mas poderia objetar-se: e se um rei, ou um senado, ou qualquer outra pessoa soberana nos proibisse acreditar em Cristo? Ao que respondo que essa proibição não teria efeito algum, porque a crença e a descrença nunca seguem as ordens dos homens. A fé é uma dádiva de Deus, que o homem é incapaz de dar ou tirar por promessas de recompensa ou ameaças de tortura. Mas se além disso se perguntar: E se nos for ordenado por nosso príncipe legítimo que digamos com nossa boca que não acreditamos, devemos obedecer a essa ordem? A afirmação com a boca é apenas uma coisa externa, não mais do que qualquer outro gesto mediante o qual manifestamos nossa obediência; [...] Podemos dizer que tudo aquilo que um súdito [...] é obrigado a fazer em obediência a seu soberano, desde que o não faça segundo seu próprio espírito, mas segundo as leis de seu país, não é uma ação propriamente sua, e sim de seu soberano; e nesse caso não é ele quem nega Cristo perante os homens, mas seu governante e as leis de seu país.” HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 358-359.

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 338-339.

²² MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra:

o que julgar necessário para preservar a paz, para prevenir a discórdia no âmbito interno e a hostilidade no âmbito externo, e por essa razão cumpre a ele avaliar quais opiniões e doutrinas possuem efeito contrário à paz – o governante é quem julga que preceitos estão aptos a serem ensinados e exercidos pelo povo.²³ Ainda que essa descrição pareça distante e totalitária, é impossível não notar algumas similaridades quando se considera a situação do indivíduo que deseja interromper uma gestação ou realizar uma eutanásia, mas se vê impedido porque os soberanos consideram a “vida” sagrada desde a concepção até seu fim involuntário, ou ainda a do casal que até recentemente se via excluído dos institutos da união estável, do casamento civil e da adoção, porque os governantes creem que o modelo de família deve espelhar aquele das escrituras cristãs, exigindo diferenciação de gênero. Se determinada moral privada se torna obrigatória por meio de coerção pública, o indivíduo se vê obrigado a viver escolhas que não foram suas, quando seria justo que houvessem sido. No modelo hobbesiano, ser ministro de Cristo não confere ao cidadão o condão de punir alguém por não crer ou contradizer o que se professa. Sendo esse sujeito, contudo, detentor também do poder civil soberano, ele passa a poder punir legitimamente eventual contradição de suas leis.²⁴ Qualquer semelhança não é mera coincidência.

A questão da liberdade de crença foi também pensada por John Locke a partir de uma perspectiva cristã, porém seu posicionamento revela um avanço considerável em relação à proposição anterior. Primeiramente, ele traça uma distinção clara entre a área de atuação da religião e a área de atuação do governo civil, ressaltando que este deve se limitar à esfera de interesses civis dos cidadãos (entendidos aqui como a vida, a liberdade, a saúde, o não sofrimento físico, bem como a posse de bens materiais como dinheiro, terras, casas, móveis e artigos do tipo). Locke afirma que o magistrado civil, assim como o poder civil, não pode e não deve se ocupar da tarefa de salvar almas porque lhe parece (1) que o deus cristão não concedeu a homem algum a autoridade de compelir outro sujeito a seguir sua religião, (2) que o poder do magistrado civil é dotado de imperatividade exclusivamente externa, ao passo que a religião verdadeiramente redentora se realiza por meio da persuasão mental interna, (3) e que ainda que o rigor da lei e da punição sejam capazes de convencer um indivíduo, submeter a fé dos súditos à do governante condicionaria sua salvação ou condenação eterna ao mero acaso.²⁵

O trunfo de Locke, portanto, está em não apenas reconhecer duas esferas discursivas, mas sobretudo em afirmar a autonomia de *ambas*. Dessa forma, a comunidade deve

Coimbra Editora, 1996. p. 74.

²³ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 147-148.

²⁴ HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 358.

²⁵ Tendo como premissa a existência de somente uma verdade, se não for permitido ao sujeito seguir sua própria consciência e razão na escolha de preceitos religiosos, sua salvação ou condenação dependeria somente de seu local de nascimento, pois “apenas um país poderia estar na via correta, e todo o resto do mundo seria obrigado a seguir seus príncipes em caminhos que levam à destruição; e, o que só aumenta o absurdo e não combina com a noção de divindade, os homens deveriam sua felicidade ou miséria eterna aos seus locais de nascimento.”. Ademais, “os príncipes nascem superiores aos outros homens em poder, mas iguais em natureza. Nem o direito nem a arte de governar carregam necessariamente consigo um conhecimento correto de outras coisas, menos ainda da religião verdadeira.”. LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010. p. 35-39; 54-55.

proteger os bens civis de seus integrantes, enquanto a igreja deve buscar lhes salvar as almas; assim, as leis civis são inúteis no que diz respeito ao espiritual e as leis eclesiais não possuem efeitos civis.²⁶ Ao definir a igreja como uma *sociedade voluntária de homens*, ele estabelece a dicotomia aplicada até os dias de hoje na discussão sobre tolerância e liberdade religiosa. Se a comunidade social deve respeitar a comunidade religiosa, (1) então igreja alguma é obrigada a suportar entre seus membros aquele que, depois de exortações, advertências e conselhos, recusa-se a se arrepender e se reformar; da mesma forma, homem algum pode ser impedido de deixar a igreja que, segundo seu próprio julgamento, veicula uma doutrina equivocada ou possui práticas incongruentes. Se a comunidade religiosa deve respeitar a comunidade social, (2) então pessoa alguma possui o direito de prejudicar a fruição por parte de outro cidadão de seus direitos civis com a alegação de que ele pertence a outra igreja ou religião, pois seus direitos civis pertencem a ele e a ele somente, são invioláveis e se encontram fora do campo de alcance da igreja. Trata-se de uma conjuntura inerente a toda sociedade espontânea: de um lado o poder de remover da instituição aquele que transgride suas regras, e de outro a falta de jurisdição sobre o sujeito que a ela não aderiu.²⁷

Vale ressaltar que Locke falhou ao não estender a robusta tolerância religiosa que propõe aos católicos e aos ateus, negando-a àqueles por motivos políticos e a estes por razões morais.²⁸ Ainda assim, trata-se de um avanço em relação à liberdade religiosa em Estados confessionais ou biconfessionais que se verificava até então, pois a liberdade de crença passou a ser defendida como prerrogativa do próprio sujeito.²⁹

A busca pela “verdadeira religião” e a profusão de grupos que alegam professá-la evidencia que, antes de ser um objetivo, a pluralidade é uma realidade social. A existência pacífica só é possível quando a ingenuidade e agressividade tribal são postas de lado, quando ocorre a descoberta mútua de que todos os sistemas de valores são relativos.³⁰ Faz-se necessário reconhecer uma dimensão histórica à crença religiosa, pois a variação na interpretação das escrituras sagradas de qualquer religião demonstra que a tradução da fé em categorias da razão tem caráter múltiplo e perspectivista, jamais único e exaustivo.³¹ Reconhecer a historicidade e a falibilidade das igrejas permite ao sujeito ser livre para orientar sua fé, sua perspectiva sobre a vida e o mundo, bem como eleger os valores que para ele são fundamentais.³² Toda igreja é ortodoxa para si mesma e equivocada ou herética para as de-

²⁶ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 42.

²⁷ LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010. p. 39-40; 44-46.

²⁸ LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010. p. 80. Trata-se de um erro compreensível em meio ao tumulto político dos séculos XVII e XVIII, mas que, passados mais de dois séculos, já deveria ter sido superado.

²⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 76.

³⁰ COX, Harvey. *A cidade e o homem: a secularização e a urbanização na perspectiva teológica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971. p. 47.

³¹ PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 346.

³² RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002. p. 34.

mais.³³ Nesse sentido, grupo algum pode ser impedido de crer e expressar que seus valores são últimos, mas convém evitar o emprego do poder estatal e da coação cultural para validar a sua causa. A coexistência de sistemas de valores discordantes é possível desde que estes abram mão do privilégio de derrotar uns aos outros a ferro e fogo.³⁴ É imprescindível ter em mente que em uma sociedade democrática e plural, toda liberdade é de fato uma coliberdade, ou seja, ela não deve impossibilitar a fruição da mesma pelos demais.³⁵ Dessarte, é desejável que, em assuntos que não concernem aos demais, o indivíduo seja plenamente capaz de determinar a si mesmo.³⁶

Conclui-se então que liberdade religiosa significa uma imunidade contra eventual coerção legal e extrajurídica, imunidade essa que é *dupla*: da mesma forma que o indivíduo não pode ser constringido pela força de agir *contra* a sua consciência, também não pode ser impedido pela força de agir *conforme* sua consciência.³⁷ Seu exercício deve se harmonizar com os demais direitos e garantias,³⁸ de forma que é defeso à liberdade religiosa subjugar o exercício das liberdades individuais. O discurso religioso busca dialogar com a necessidade de se viver em um mundo que faça sentido,³⁹ e no esforço de conferir significado à existência ele tece uma rede de símbolos e valores⁴⁰ que passam a integrar parte indissociável da identidade do sujeito. A adoção por parte do Estado de um discurso teológico-confessional exclusivista é incompatível com a proteção da escolha pessoal por esta ou aquela crença (bem como por nenhuma), contudo é isso ocorre quando a atividade legislativa se empresta a um discurso proselitista.

Feitas as considerações pertinentes no plano filosófico e histórico, cabe agora analisar como a liberdade de crença e de consciência foi positivada no ordenamento jurídico, como ela pode ser reduzida pela atividade legislativa de viés proselitista e de que forma isso contraria o processo de secularização e o princípio da laicidade estatal.

³³ Ainda que haja uma verdade absoluta, quem seria o juiz na Terra apto a reconhecê-la e declará-la? Locke conclui sua reflexão sobre a ortodoxia das igrejas afirmando que “as controvérsias entre essas igrejas sobre a verdade de suas doutrinas e a pureza de seus cultos é em ambos os lados equivalente. Tampouco há um juiz [...] por cuja sentença a controvérsia possa ser dirimida. A decisão sobre essa questão pertence apenas ao Juiz Supremo de todos os homens, a quem também pertence, e somente a Ele, a punição dos que estão em erro. Enquanto isso, que aqueles homens considerem o quão grave é o pecado que cometem, aqueles que, acrescentando injustiça, se não a seus erros, com certeza ao seu orgulho, tão arrogante e impensadamente arrogam-se o direito de maltratar os servos de outro mestre, os quais não são responsáveis perante eles.”. LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010. p. 46-47.

³⁴ COX, Harvey. *A cidade e o homem: a secularização e a urbanização na perspectiva teológica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971. p. 47-48.

³⁵ MENDONÇA, Eduardo Prado de. *A construção da liberdade*. São Paulo: Convívio, 1977. p. 78.

³⁶ Assim, “[...] enquanto a humanidade for imperfeita, existirão opiniões distintas, motivo pelo qual deve haver diferentes formas de se viver; um escopo amplo deve ser permitido aos variados tipos de personalidade, desde que não prejudiquem os demais; o valor de diferentes estilos de vida deve ser experienciado de maneira prática sempre que o indivíduo julgue oportuno adotá-los.”. MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 56. (Tradução nossa.)

³⁷ MURRAY, John Courtney. Liberdade religiosa. In: MURRAY, John Courtney (Dir.). *A liberdade e o homem*. Petrópolis: Vozes, 1967. p. 147.

³⁸ JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 145.

³⁹ ALVES, Rubens. *O que é religião*. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 35.

⁴⁰ ALVES, Rubens. *O que é religião*. São Paulo: Brasiliense, 1981. p. 24.

2. Proteção jurídica à liberdade religiosa

A liberdade religiosa não é uma permissão concedida pelo Estado, e sim um direito, o qual precisa de proteção jurídica e previsão legal para sua concretização. Richard Albert destaca a dificuldade na definição acerca da religião, compreendendo que intrínsecos a ela estão: a crença em uma força maior e a adesão a um código de conduta; não obstante, a definição de religião se distingue do estabelecimento oficial de uma crença pelo Estado.⁴¹ A esfera religiosa tem uma visão ambígua, se por um lado pode ser considerada como vital para a construção de uma sociedade, por outro deve ser vista com cautela, principalmente quando seus fundamentos colocam em risco a democracia.⁴²

James W. Nickel afirma que para a liberdade religiosa ser integralmente gozada é necessário assegurar a realização de outras nove liberdades, sendo elas: liberdade de crença, pensamento e investigação – esta última esfera referente à possibilidade de se mudar de crença; liberdade de comunicação e de expressão; liberdade de associação; liberdade de reunião pacífica; liberdade para participação política – com vistas a defender seus princípios e direções religiosas; liberdade de ir e vir; liberdade econômica – para desenvolver as atividades econômicas; privacidade e liberdade em relação ao lar, à família e à sexualidade; e liberdade para praticar um modo de vida ético ou tradicional.⁴³

Integrantes da vida em sociedade ao longo da história da humanidade, poder e crença por muitas vezes estavam atrelados e diretamente vinculados; em determinados momentos o chefe de Estado era também a liderança máxima da igreja. Com a Reforma Protestante e a quebra da hegemonia da Igreja Católica iniciaram-se várias guerras de caráter religioso, sendo necessário ao Estado adotar medidas de controle das situações. Dentre essas medidas podem-se apontar a confessionalidade do Estado, geralmente direcionada pelo rei ou pelo príncipe, e a soberania absoluta.⁴⁴ Esse processo de conflitos sociais influenciou o processo de racionalização dos discursos políticos, com a intenção de acessibilidade e adesão a todos, fato que culmina nas premissas da tolerância e posteriormente da liberdade religiosa.⁴⁵

Foi no continente americano que pela primeira vez a liberdade religiosa foi incluída no texto constitucional. Tal medida jurídica decorre da forma como o território foi colonizado no continente, destacando que a existência de uma religião oficial era uma forma de a Inglaterra afirmar sua presença no território. Assim, a Constituição Estadunidense, de 1797, em suas primeiras 10 emendas que integram o *Bill of Rights*, possui duas cláusulas sobre o assunto, as quais estabelecem a liberdade religiosa e a separação das confissões religiosas do Estado.⁴⁶ A primeira emenda da Constituição estadunidense determina que o Congresso

⁴¹ ALBERT, Richard. Religion in the New Republic. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 67, n. 1, p. 01-54, 2006. p. 8.

⁴² ALBERT, Richard. Religion in the New Republic. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 67, n. 1, p. 01-54, 2006. p. 6.

⁴³ NICKEL, James W. *Who needs freedom of religion?* Miami: University of Miami, 2005. p. 944-950.

⁴⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 61-64.

⁴⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 78.

⁴⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra:

não pode definir por força de lei nenhuma religião oficial, nem tampouco impedir o exercício da crença. Previsões legais construídas a partir do embate entre duas concepções: (a) a de que Estado e religião devem estar separados; e, (b) não obstante, a necessária ação conjunta para a construção de uma nova nação⁴⁷. Nesse sentido, “se a fé não pode ser coagida, então a desoficialização da Igreja seria o mínimo exigível para garantir a igual liberdade religiosa”⁴⁸. Esse processo não significa rechaçar os preceitos religiosos; Henry Campbell Black problematiza o fato de que princípios religiosos adotados pelas leis civis, quando concebidos como fundamentais para a garantia de uma sociedade livre e civilizada, passam a ser regra geral, porém, a partir desse momento sua observância se deve à positivação da norma e não em decorrência de sua suposta origem divina.⁴⁹

A liberdade religiosa também está prevista na Declaração Universal dos Direitos Humanos – art. 18 – que prevê: “Todo o homem tem direito à liberdade de pensamento, consciência e religião; este direito inclui a liberdade de mudar de religião ou crença e a liberdade de manifestar essa religião ou crença, pelo ensino, pela prática, pelo culto e pela observância, isolada ou coletivamente, em público ou em particular”. Ainda, em âmbito internacional, outro documento é considerado fundamental para assegurar a liberdade religiosa: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 1966, porém apenas ratificado pelo Brasil em 1992.⁵⁰ Ademais, as atuais resoluções da Organização das Nações Unidas, que incentivam os Estados a promoverem a tolerância e liberdade religiosa em seus territórios, têm afirmado a liberdade religiosa – compreendendo também a de crença, de pensamento e de consciência – enquanto um direito derivado da dignidade da pessoa humana.⁵¹ Esse entendimento também está presente na doutrina e jurisprudência nacionais, principalmente em relação a assegurar ao indivíduo a sua autodeterminação.⁵²

No Brasil a ruptura entre igreja e Estado – ainda que de maneira não sistêmica – ocorreu com o advento do período republicano, momento no qual se “rompe com o arranjo que

Coimbra Editora, 1996. p. 78-84

⁴⁷ ALBERT, Richard. Religion in the New Republic. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 67, n. 1, p. 01-54, 2006. p. 22.

⁴⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 60.

⁴⁹ BLACK, Henry Campbell. *American Constitutional Law*. 2 ed. St Paul: West Publishing, 1897. p. 449.

⁵⁰ Art. 18: 1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas à limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

⁵¹ ALVES, Rodrigo Vitorino. A liberdade religiosa no Direito Internacional: âmbito de proteção e restrições. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014. p. 17-43.

⁵² TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57991>>. Acesso em: 10 maio 2015.

oficializava e mantinha a Igreja Católica; o ensino é declarado leigo, os registros civis deixam de ser eclesiásticos, o casamento torna-se civil, os cemitérios são secularizados; ao mesmo tempo, incorporam-se os princípios da liberdade religiosa e da igualdade dos grupos confessionais, o que daria legitimidade ao pluralismo espiritual.⁵³ Todavia é possível afirmar que a intolerância era marcante nesse período, por conseguinte, a efetividade da liberdade religiosa era questionável, principalmente em relação às religiões de matriz africana, intolerância ainda presente.

Na Constituição Federal brasileira a liberdade religiosa é considerada um direito fundamental, prevista no art. 5º, inciso VI, VII e VIII. Tais dispositivos visam proteger a liberdade de crença e de consciência, bem como suas liberdades necessárias, como a prática confessional, proteção aos espaços de realização e a garantia de que ninguém será privado de seus direitos em razão de suas confissões religiosas. André Ramos Tavares afirma que essa previsão constitucional configura a liberdade religiosa como um direito individual que, a priori, se impõe ao Estado, impossibilitando-o de assumir uma religião oficial.⁵⁴ A Constituição também prevê a imunidade a templos de qualquer culto, o que por um lado pode ser entendido como igualdade entre todas as crenças⁵⁵ – art. 150, inciso VI, b – por outro, na realidade, essa medida se aplica com maior incidência para as religiões cristãs, em razão de questões formais de propriedade do espaço.

Na esfera de proteção da liberdade religiosa, o ordenamento jurídico não está apenas se referindo à crença – entendida como uma adoração –, mas também às ações que esse código de condutas prescreve enquanto valores.⁵⁶ Jónatas Eduardo Mendes Machado afirma que “em nome da proteção do indivíduo, da unidade e integridade da sua personalidade moral, a liberdade religiosa deve proteger a conduta religiosa, a liberdade de atuação e a autoconformação de acordo com as próprias convicções”.⁵⁷ Richard Albert destaca – fazendo menção à Constituição estadunidense – que as restrições legais cabem às condutas e não às crenças, delimitação essa nem sempre clara, uma vez que os códigos de conduta da religião implicam diretamente em ações que interferem na vida do sujeito,⁵⁸ fato que por vezes pode implicar em conflito de direitos.

⁵³ GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 80-101, 2008. p. 81-82.

⁵⁴ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57991>>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁵⁵ BRAGA, Luigi Mateus. A liberdade religiosa e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014. p. 69-81.

⁵⁶ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57991>>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁵⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 223.

⁵⁸ ALBERT, Richard. The separation of Higher Powers. *Southern Methodist University Law Review*, v. 65, n. 01, p. 3-69, 2012. p. 40-48.

Nesse sentido, uma vez que as ações orientadas pelo código de condutas da confissão religiosa devem ser seguidas, o proselitismo e o ato de professar a fé são ações protegidas pelas disposições jurídicas. Principalmente as religiões universais – cristianismo, judaísmo e islamismo – possuem em seus princípios basilares a evangelização. Nessa linha de ação, destacam-se as religiões pentecostais e neopentecostais que detêm concessão de inúmeros canais televisivos e utilizam de um serviço público para pregarem a própria fé e conquistarem mais adeptos ou fiéis. André Ramos Tavares destaca que tal ato não fere a liberdade religiosa, uma vez que o Estado pode promover as religiões, sendo vedado a ele tornar oficial alguma religião. Ainda, afirma o autor, intrínseco à liberdade religiosa está o dever de o Estado se abster em relação à imposição de tolerância entre as religiões, sob risco de ferir a própria dignidade da pessoa humana, uma vez que não é possível limitar o discurso de evangelização, o qual tem por finalidade a conversão dos demais sujeitos. Todavia existe um limite para essa ação, pois o ato de proselitismo não pode incitar a violência ou perturbar a paz pública.⁵⁹

Além da previsão constitucional, outras leis infraconstitucionais também têm por finalidade a proteção da liberdade religiosa, como é o caso da Lei n. 7.716/1989 – prevê punição a crimes de discriminação ou preconceito em razão de raça, etnia, cor, religião ou nacionalidade – e o título V do Código Penal. Entretanto a questão é o enquadramento como discriminação ou preconceito, uma vez que sua definição é aberta e suscetível a interpretações do judiciário. Sendo a definição da “discriminação religiosa, proibida pelo art. 20, da Lei nº 7.716/1989, refere-se ao discurso que incita a supressão da outra religião, por meio de perseguições e atos de violência. Discursos que visam a converter, pela fé, os membros das demais religiões, a outra fé, não hão de ser reputados como discriminatórios”.⁶⁰

A relevância da liberdade religiosa depende da maneira como a sociedade se organiza e interage em relação a essa esfera da vida, da sua construção constitucional e, principalmente, da existência de minorias religiosas.⁶¹ Sem embargo, determinados ritos presentes em algumas religiões preveem ações que vão de encontro ao ordenamento jurídico posto, gerando, assim, um conflito entre direitos. Segundo a legislação vigente não é permitido o abate que não seja para consumo, restrição que atinge rituais religiosos que utilizam o sacrifício de animais, referida situação está sob julgamento do Supremo Tribunal Federal desde 2006, no recurso extraordinário n. 494.601. Outra questão conflituosa é a integração da disciplina de ensino religioso na grade curricular da rede ensino público, apesar de entender-se que a temática integra a cultura nacional, é bastante tênue a diferença entre transmissão de conhecimento cultural e proselitismo religioso. Inobstante, existem aspectos da liberdade religiosa

⁵⁹ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, a. 3, nº 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57991>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁶⁰ TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, a. 3, nº 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=57991>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁶¹ ZUCCA, Lorenzo. Freedom of Religion in A Secular World. *Philosophical Foundations of Human Rights*, King's College London Law School Research Paper nº 2013-4, 2014, p. 1-20.

que confrontam o Estado laico, tensões recorrentes em direitos fundamentais, que dependem de construção e diálogo para superar tais dificuldades.⁶²

Tramita na Câmara de Deputados o Projeto de Lei para a instituição de um Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa, sob n. 1.219/2015, apresentado pela Associação Nacional dos Juristas Evangélicos e proposto pelo deputado federal Leonardo Quintão. Em que pese compreender-se que a liberdade religiosa integra a concretização democrática e que Estado laico não se confunde com Estado ateu, esse Projeto de Lei prevê inovações jurídicas que colocam em xeque tanto a própria liberdade religiosa como o Estado laico. No art. 9º, § 2º, há a previsão de que a manifestação contrária a determinado comportamento social ou contra outra crença não se caracteriza discurso de ódio, “desde que feitas pacificamente, com urbanidade, tolerância e respeito aos direitos humanos fundamentais”.⁶³ Todavia a realidade demonstra que os discursos muitas vezes incitam práticas de ódio e não são incentivadores e promotores da convivência entre as diversas crenças e os diversos grupos sociais.

No ano de 2015, o evento intitulado de “Parada da Diversidade” causou discordâncias ao trazer, em modo de encenação, uma transexual crucificada. Em virtude desse fato, o deputado estadual da assembleia legislativa do Rio de Janeiro, Fabio Silva, apresentou Projeto de Lei n. 540/2015, cujo objetivo é proibir – em território estadual – qualquer manifestação em eventos sociais que ridicularize religiões. O art. 1º delimita que por ofensa entende-se: “(a) encenações perjurativas, teatrais ou não, que mencionem ou façam menção a atributo e/ou objeto ligado a qualquer religião; (b) distribuição de toda e qualquer forma impressa com imagens ou “charges” que visem ridicularizar, satirizar ou menosprezar a crença alheia; (c) vincular religião ou crença alheia a imagens e/ou toda e qualquer outra forma de cunho erótico; (d) utilização de todo e qualquer objeto vinculado a qualquer religião ou crença de forma desrespeitosa ao dogma desta”.

A sanção prevista é multa e impossibilidade de concessão de realização novos eventos públicos. O parecer da comissão de constituição e justiça foi pela inconstitucionalidade da lei, em razão dos direitos constitucionais de liberdade de crença e liberdade de expressão. De todo modo, o Projeto de Lei ainda aguarda votação.

Outra questão que vai de encontro às construções históricas se refere às comunidades tradicionais. O art. 26 do Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa prevê que se estendem aos indígenas, quilombolas e demais comunidades tradicionais a possibilidade de prática de conversão religiosa por outras crenças. Por um longo período a evangelização das comunidades tradicionais não ocorreu de maneira a se resguardar a liberdade de escolha dessas populações, mas sim impondo-se uma nova crença, seja pela força seja por meio de acesso a serviços que a conversão religiosa poderia possibilitar. Permitir que organizações religiosas se instalem em seus territórios e promovam ações de adesão de novos seguidores prejudica a autodeterminação dos povos. Ainda, o estatuto prevê a possibilidade de parceria público-privada com instituições confessionais, tal como já acon-

⁶² MARTEL, Leticia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista Jurídica*, Brasília, v. 9, n. 86, p. 11-57, ago./set. 2007.

⁶³ Nos termos do PL n. 1.219/2015.

tece. Contudo, a previsão legal não estabelece critérios para tanto, reconhece-se que em determinadas situações são as instituições religiosas que exercem as funções do Estado e o fazem com qualidade e eficiência.

Por fim, percebe-se que o estatuto está direcionado para as religiões cristãs; o Projeto Legislativo não prevê medidas para se combater a intolerância religiosa contra religiões de matriz africana e orientais, justamente as vítimas por este ato. O Projeto de Lei do Estatuto da Liberdade Religiosa está apenso a outros tantos Projetos de Lei que têm por objeto a suposta garantia desse direito constitucional, o Projeto de Lei está na coordenação de comissões permanentes, movimento de maio de 2015.

Apesar da proteção jurídica à liberdade religiosa, algumas denominações têm restrições em relação às suas práticas, quando seus rituais incidem em áreas transversais – como as cirurgias mediúnicas, o uso de substâncias alucinógenas, a imposição de obrigação de pagamento em pecúnia ou doação na força de mão de obra – e atingem demais direitos e proteções.⁶⁴ Regras jurídicas interferem na dinâmica religiosa, em razão de todas as pessoas estarem submetidas ao Estado Democrático de Direitos. Maria das Dores Campos Machado e Joanildo Burity afirmam que a maioria dos parlamentares da frente evangélica são favoráveis à transmissão de responsabilidades do Estado para instituições da sociedade civil.⁶⁵ Por mais que essas parcerias sejam questionadas, não se pode negar que muitas vezes a igreja consegue adentrar em territórios e serviços nos quais o Estado não consegue atingir, porém é necessário se determinar que, por estar atuando em nome da entidade estatal, não é possível a organização ou instituição religiosa impor critérios calcados na religiosidade para a prestação do serviço à comunidade.

A liberdade religiosa implica, necessariamente, a obrigação de tolerância, entendida como “atitude de respeito e boa-fé que os cidadãos e grupos de cidadãos devem ter uns para com os outros numa sociedade pluralista regulada pela ordem constitucional de justiça, reciprocidade e igual liberdade”, cabendo ao Estado o dever de guardião, cuja ação deve ser orientada para não causar prejuízo a direitos fundamentais de nenhuma das partes envolvidas.⁶⁶ E para que esse sistema funcione em um Estado laico, pede-se “a cada uma das religiões um esforço de adaptação e de conciliação de seus dogmas com as leis que regem a sociedade”.⁶⁷ Nesse sentido, a liberdade religiosa torna-se um direito ambivalente, uma vez que “deriva de um ideal capaz de conceber a sociedade sem religião. É isso que torna inerentemente ambígua a convivência entre modernidade e religião”⁶⁸.

⁶⁴ ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes Antropológicos*, Porto Alegre, ano 13, n. 27, p. 281-310, jan./jun. 2007. p. 305.

⁶⁵ MACHADO, Maria das Dores Campos; BURITY, Joanildo. A ascensão dos pentecostais no Brasil na avaliação de líderes religiosos. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, p. 601-631, 2014. p. 622.

⁶⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 256-258.

⁶⁷ GIUMBELLI, Emerson. Religião, Estado, modernidade: notas a propósito de fatos provisórios. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 18, n. 52, 47-62, set./dez. 2004. p. 50.

⁶⁸ GIUMBELLI, Emerson. Religião, Estado, modernidade: notas a propósito de fatos provisórios. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 18, n. 52, 47-62, set./dez. 2004. p. 48.

3. O poder político dos grupos confessionais: as relações entre fé e política

Na sociedade, as diversas instituições interagem por meio de relações de poder, sendo que essas interações podem ser verticais ou horizontais, fluxograma determinante para a forma de governo. Nesse cenário, a igreja – independentemente da confissão professada – é uma instituição relevante na sociedade que se relaciona com o Estado cotidianamente, contudo é necessário analisar como essa relação ocorre; sendo que para manter a organização ora é vertical, ora é horizontal; às vezes o Estado prevalece, às vezes a igreja está acima. Na relação horizontal impera a igualdade e independência entre as instituições, ao passo que na vertical há um nível hierárquico.⁶⁹

A América Latina é um continente majoritariamente cristão, dados não apenas numéricos, mas principalmente de importância política e social, considerando desde o momento de colonização até a atualidade.⁷⁰ Na história brasileira as relações entre Estado e igreja eram bastante íntimas, na primeira eleição geral organizada no Brasil, dos 80 deputados eleitos, 23 eram clérigos; ademais, do grupo que compôs a Constituinte de 1823, 90 deputados, 21 eram clérigos – entre padres e bispos.⁷¹

A dimensão da fé está presente em grande parte da população, afinal, integra a subjetividade do indivíduo. Assim, é natural e legítimo que cidadãos que professam uma fé ou religião se envolvam nas decisões políticas de seu Estado, na tentativa de transpor para a esfera pública a própria subjetividade; entretanto é necessário compreender quais os limites democráticos para essa ação e para o exercício dessa liberdade. Na arena pública deve prevalecer o interesse público, o qual é entendido “como uma matéria de consequência (caráter objetivo) e não de intenção (caráter subjetivo)”⁷², destacando que a “nação adquire caráter solidário, incorporando as necessidades gerais da coletividade e os interesses dos grupos hipossuficientes”⁷³.

Com a ascensão do processo de industrialização e o advento da modernidade, por anos o lado religioso perdeu sua força, destacando-se a secularização da esfera pública e do debate político. Conforme destaca Boaventura de Sousa Santos, “a distinção entre espaço público e o espaço privado e o confinamento da religião a este último é hoje um elemento central do imaginário político de raiz ocidental, tanto no plano da regulação social como no da emancipação social”⁷⁴. Apesar da formal ruptura entre o religioso e o poder estatal na modernidade, algumas áreas permaneceram de incidência comum entre ambas as esferas.

⁶⁹ ALBERT, Richard. The separation of Higher Powers. *Southern Methodist University Law Review*, v. 65, n. 01, p. 3-69, 2012. p. 36-38.

⁷⁰ ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, ano 13, n. 27, p. 281-310, jan./jun. 2007.

⁷¹ CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX: uma via para a compreensão da secularização da esfera política. *Revista de Sociologia e Política*, v. 19, n. 38, p. 85-99, fev. 2011. p. 86.

⁷² GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 305.

⁷³ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 107.

⁷⁴ SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2014. p. 37.

Principalmente questões referentes à assistência social. Fora essa atividade que promoveu a aproximação do Estado de religiões para além da Igreja Católica, cita-se, por exemplo, o espiritismo, que por meio das ações terapêuticas também se tornou uma instituição colaboradora ao Estado, exercício de colaboração previsto na Constituição de 1934 e ratificada nas seguintes.⁷⁵

Contudo, nos anos 90, por meio de novas remodelações eclesiais e com o advento do neopentecostalismo seu poder foi renovado. E assim, diante da forte influência dos grupos religiosos nas decisões políticas atuais, pode-se afirmar que o vínculo – ou aliança – entre Estado e religião nunca foram rompidos, apenas adquiriam ao longo da construção histórica novas formas e oscilaram entre explicitar a relação e ocultar as intervenções dos grupos confessionais.⁷⁶ Por comporem a integralidade do ser humano, política e fé se encontram em diversos pontos, principalmente considerando que em várias situações, na hipótese das religiões monoteístas, o líder símbolo desempenhou um papel político à sua época. Assim, existem similaridades entre as duas dimensões; apesar da semelhança em relação ao objetivo de bem-estar ao ser humano, as prioridades e metodologias diferem.

Importante destacar que os apoios de grupos religiosos não se limitam exclusivamente a um partido político – apesar de em seus estatutos alguns partidos políticos deixarem explícitos o caráter religioso, como é o caso do Partido Trabalhista Cristão (PTC); Partido Social Cristão (PSC); o Partido Humanista da Solidariedade (PHS); e Partido Social Democrata Cristão (PSDC). Ainda, os apoios não se limitam na dicotomia situação e oposição. A exemplo do que Ari Oro afirma sobre a Igreja Universal do Reino de Deus, a atuação de interferência no processo eleitoral e de incidência política é um “modo sofisticado” de “fazer política dessa igreja, que distribui seus deputados em diferentes partidos para alcançar melhor poder de barganha política, o que não impede que em determinadas situações os interesses da igreja se sobreponham aos dos partidos”.⁷⁷

Em que pese uma corrente minoritária negar a interferência da esfera religiosa na arena pública, Emerson Giumbelli afirma não ser possível negar o poder “religioso” no campo da política, destacando a atuação na esfera eleitoral, por meio de indicações ou apoios a candidatos do legislativo e do executivo, com vistas a defesa de interesses supradenominados; sem tornar menos importante as cooperações entre entidades religiosas e governo para a execução de políticas públicas.⁷⁸ Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro afirma que grupos religiosos são legítimos para interferirem no processo político-eleitoral, pois se configuram como um grupo de interesse, e, assim como os demais, têm o direito tentarem fazer prevalecer seus princípios; sendo aptos a adentrar na arena política em prol de seus ideais; a

⁷⁵ GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 80-101, 2008. p. 85.

⁷⁶ BURITY, Joaílido. Religião e política na fronteira: desinstitucionalização e deslocamento numa relação polêmica. *Revista de estudos da religião*, n. 4, p. 27-45, 2001. p. 26-30.

⁷⁷ ORO, Ari Pedro. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religiosos e políticos brasileiros. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 53, p. 53-69, out. 2003. p. 54.

⁷⁸ GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 80-101, 2008. p. 90.

proibição a essa atuação deveria ser de ordem constitucional. Ainda, para a autora, o limite dessa atuação é a própria divisão entre Estado e religião.⁷⁹

Algumas igrejas, principalmente as cristãs e com destaque para a Igreja Universal do Reino de Deus, arquitetam sistemas para eleição de seus representantes políticos, nas quais existem processos: a escolha desses candidatos por uma cúpula dirigente, o apoio promovendo a candidatura em cultos e o ensinamento aos fiéis para votarem nos escolhidos. Assim, é o carisma institucional que define o voto. Para esse convencimento dos eleitores, a estratégia utilizada é apontar a corrupção como antítese dos princípios religiosos, assim, unindo de pureza os sujeitos apoiados por ela, como se fosse o Messias da política, reforçam a necessidade de ingresso nas esferas políticas de sujeitos detentores de uma moral ilibada.⁸⁰

As eleições de 2010 demonstraram o poderio de intervenção na esfera política que movimentos religiosos detêm. Em 2007 Dilma Rousseff declarou ser favorável à descriminalização do aborto, essa declaração foi resgatada para ser utilizada como artifício político nas eleições para presidente em 2010, manifestação trazida ao debate político com vistas a classificá-la como “abortista”, discussão pautada por lideranças de religiões cristãs. O que também é reflexo da concepção que estes segmentos construíram durante o governo do presidente Luis Inácio Lula da Silva, em razão da instalação da Comissão Tripartite de Revisão da Legislação Punitiva sobre o Aborto (2005) e do lançamento do III Plano Nacional de Direitos Humanos (2009), rotulando o Partido dos Trabalhadores (PT) como anticristão. Para tentar reverter esta situação, a candidata à época redigiu um documento, intitulado “Carta aberta ao povo de Deus”, no qual assumia o compromisso de deixar a encargo do Congresso Nacional decisões limítrofes, como a questão do aborto, união homoafetiva, entre outros; ademais por ter como apoiadores líderes de igrejas evangélicas, vinculou estritamente sua imagem a deles.⁸¹

A influência no processo eleitoral ocorre também nos cargos mandatários do legislativo, em que pese o sistema eleitoral de escolha ser o proporcional, percebe-se que a identificação com um grupo religioso interfere no resultado das urnas. Segundo dados do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar – DIAP (2010), 63 parlamentares eleitos eram vinculados a alguma instituição evangélicas, e, praticamente, 20 ocupavam ou já tinham ocupado cargos nas estruturas eclesiais.⁸² Por sua vez, no pleito eleitoral de 2014, o DIAP identificou que foram eleitos 74 deputados federais ligados a algum movimento confessional, sendo que muitos deles individualmente alcançaram o quociente eleitoral, demonstrando um potencial de voto muito significativo.⁸³ Por vezes esse poder de influência no

⁷⁹ PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. Religião e Política: entre a liberdade de manifestação do pensamento e o “abuso do poder religioso”. In: Robério Nunes dos Anjos Filho. (Org.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – Diálogos Contemporâneos*. 1ed. Salvador: Editora JusPodium, 2013. p. 472-496. p. 480-484.

⁸⁰ ORO, Ari Pedro. Organização eclesial e eficácia política: o caso da Igreja Universal do Reino de Deus. *Civitas*, Porto Alegre, v. 3, nº 1, p. 97-109, jun. 2003.

⁸¹ MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº 7, p. 25-54, jan./abr. 2012.

⁸² MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 25-54, jan./abr. 2012. p. 48.

⁸³ Disponível em: <http://www.diap.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=24534:bancada-e

pleito eleitoral é realizado com alguns abusos, chamado por parte dos juristas de “abuso de poder religioso”, realizando-se justamente pelo abuso de poder econômico, abuso dos meios de comunicação e abuso de autoridade, por determinadas confissões religiosas. Essa conduta não está tipificada na legislação eleitoral, sendo condenada a conduta com base em uma das três formas de abuso que a compõem, para fins de análise jurídica. Essa nomenclatura não é unânime entre juristas nem tampouco entre juízes eleitorais.⁸⁴

A indução ao voto praticada por força religiosa é a que mais tem permeabilidade social. No Brasil, no Direito Eleitoral não há essa previsão legal, em que pese já existirem processos baseados no abuso do poder religioso. Em 2013, o Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, por unanimidade, no Recurso da Ação de Investigação Judicial Eleitoral n. 49381, reafirmou a sentença que cassou o mandato de um vereador em razão de abuso dos meios de comunicação durante a campanha. O abuso se caracterizou a partir da atuação dos pastores de assédio em face dos fiéis para que votassem no candidato da igreja, isso por meio de pressão psicológica e de campanha publicitária massiva. No voto, o relator, Des. Leonardo Antonelli, destacou que embora o abuso religioso estivesse presente na ação e fosse algo existente na esfera eleitoral, ainda não estava tipificado. Não houve recurso em face do acórdão, assim, não é possível determinar a orientação do Tribunal Superior Eleitoral em relação à situação.

Valmir Nascimento Milomem Santos afirma existir uma diferença entre abuso de poder por estrutura eclesial-religiosa e abuso de poder religioso. Para o autor, aquela configuração decorre do uso e abuso das estruturas eclesialistas para promoção de um candidato, valendo-se dos meios de comunicação, apelo expresso de votos ao elegível, inclusão do sujeito nos eventos oficiais de fé. Por seu turno, o abuso de poder religioso é o assédio moral praticado pelo líder religioso a seus fiéis com o intuito de direcionar o voto. Ainda, para o autor a condenação da incidência religiosa no sufrágio não pode ser condenada, salvo se houver algum ilícito eleitoral conjuntamente, pois o que ocorre é uma afirmação ideológica.⁸⁵ Maria Claudia Bucchianeri Pinheiro afirma que aos movimentos religiosos, “enquanto verdadeiros grupos de interesses, é plenamente facultado apoiar candidaturas que se mostrem mais afinadas com seus respectivos pensamentos e posicionamentos”, podendo orientar fiéis e até mesmo preparar dentre seus membros possíveis candidatos. A autora ainda adverte que a legislação eleitoral deve ser interpretada de maneira restritiva, eventuais abusos se enquadram nas previsões legais já existentes.⁸⁶

vangelica-levantamento-preliminar-do-diap-identifica-43-deputados&catid=59:noticias&Itemid=392> Acesso em: 05 jun. 2015.

⁸⁴ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do poder religioso: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Org.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014. p. 83-101.

⁸⁵ SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do poder religioso: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Org.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014. p. 93-98.

⁸⁶ PINHEIRO, Maria Claudia Bucchianeri. Religião e Política: entre a liberdade de manifestação do pensamento e o

Na legislação eleitoral, de maneira expressa, dois dispositivos mencionam a questão da igreja, afirmando a proibição de que sejam doadoras a campanhas eleitorais, bem como, em razão de se configurarem como espaço público, no interior de seus templos e sedes é proibida a veiculação de propaganda eleitoral, disposições previstas nos arts. 24, inciso VII, e art. 37, § 4º, respectivamente, da Lei n. 9.504/1997.

O arcabouço legal em matéria eleitoral do México proíbe que partidos políticos se utilizem de símbolos religiosos ou que se formem movidos pelo sentimento de crença. Na legislação mexicana existem restrições políticas aos ministros de cultos religiosos: eles não podem ser candidatos, não podem se filiar a partidos políticos ou participar de reuniões com finalidades políticas. Ainda, não é permitida a inclusão de símbolos religiosos no programa eleitoral nem tampouco a utilização de valores morais religiosos no período de campanha eleitoral, a realização de atos proselitistas enseja a anulação do processo eleitoral.⁸⁷ O abuso do poder religioso ainda é coibido na esfera penal – no Código Penal há previsão de sanção aos ministros de cultos religiosos que no decorrer da celebração induzirem expressamente uma preferência de voto ou a abstenção do ato de votar, não há precedentes de enquadramento nesse delito eleitoral. Héctor Díaz-Santana afirma que, apesar de dados demonstrarem o poder de influência deste delito, não há uma persecução penal-judicial em razão do receio de problemas sociais e políticos que podem emergir dessa ação e da dificuldade de enquadramento nesse tipo penal.⁸⁸

Para além do processo de escolha dos representantes, quando da atuação na arena política, a agenda de parte dos grupos religiosos, em algumas temáticas, dialoga com facilidade com os grupos progressistas e de conquista de direitos, principalmente em relação à desigualdade econômica, à fome e à pobreza; intersecções nas quais os princípios dos Direitos Humanos e os religiosos se encontram e atuam em prol da conquista de direitos. Nessa comunhão de princípios e de ações, destaca-se “o engajamento de setores evangélicos e católicos na luta contra a ditadura militar no Brasil e a atuação dos grupos ligados à Teologia da Libertação e às comunidades Eclesiais de Base exemplificam bem esse diálogo”⁸⁹. Durante o regime militar, por meio do processo de renovação da Igreja Católica, o espaço eclesial foi um local de formação de inúmeras lideranças contrárias ao regime ditatorial, sendo à época um dos responsáveis pelo desenvolvimento dos Direitos Humanos no Brasil, com destaque para a figura de Dom Hélder Camara.⁹⁰ Nesse sentido, a igreja desempenha o papel de um grupo de pressão, como tantos outros, porém a questão que por vezes macula essa ação é

“abuso do poder religioso”. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – Diálogos Contemporâneos*. 1. ed. Salvador: JusPodium, 2013. p. 472-496. p. 494.

⁸⁷ GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel; BÁEZ SILVA, Carlos. Utilización de símbolos, expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en la propaganda de los partidos y agrupaciones políticas nacionales. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación*, México, v. 1, n. 6, p. 63-128, 2010.

⁸⁸ DÍAZ-SANTANA, Héctor. Reflexiones sobre los delitos electorales y la FEPADE a partir de la alteración política (2000 al 2012). *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, n. 3, p. 43-68, enero-junio 2013.

⁸⁹ MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 25-54, jan./abr. 2012. p. 29

⁹⁰ SOFIATI, Flávio Munhoz. *Juventude Católica: o novo discurso da Teologia da Libertação*. São Carlos: Edufscar, 2012. p. 27-49.

quando a imposição de valores desse grupo fere proteções e garantias de direitos humanos e de cidadania de outros grupos.⁹¹

A preponderância do discurso religioso na esfera política, segundo Boaventura de Sousa Santos, decorre do “recuo da transcendência secularizada do Estado convida à necessidade de uma transcendência alternativa que de fato esteve sempre presente”, a fé. Esse cenário incentivou o crescimento das teologias políticas conservadoras, as quais se alimentam “do encolhimento do espaço público e aprofunda-o na medida em que põe fim ao debate cívico e democrático nas áreas da sua intervenção”.⁹² Richard Albert, com base nas decisões da suprema corte estadunidense, aponta que a relação entre Estado e igreja é bastante dinâmica, a depender da contextualização da situação, do momento histórico e dos vínculos estabelecidos, assim, existem momentos no qual a religião irá preponderar, e em outras o governo é quem estará sobre a igreja.⁹³

Toda essa interferência vem maquiada de discurso em defesa da laicidade do Estado, no qual se argumenta igual acesso a todas as religiões; contudo tais ações visam obter privilégios ou preponderância de valores. A ação direta na política das igrejas, especificamente das cristãs, baseia-se em trechos bíblicos para justificarem a relação íntima entre religião e política. O pastor Silas Malafaia, liderança evangélica no país, destaca cinco argumentos para justificar essa relação próxima, destacando o papel do cristão de guardar pela moral e ética. Os argumentos são: os dois primeiros embasados em passagens bíblicas, (a) O Evangelho de Marcos, capítulo 12, versículo 17, “Dai pois a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”, afirmando o compromisso cristão para com a cidadania; (b) outra passagem bíblica como obrigação do fiel em cumprir com as leis dos homens, está no capítulo 13, versículo 7 da Epístola de Paulo aos Romanos, “portanto, dai a cada um o que deveis: a quem tributo, tributo; a quem imposto, imposto; a quem temor, temor; a quem honra, honra”; (c) o terceiro argumento é no sentido de não deixar os princípios anticristãos dominarem a vida, “igreja, como corpo místico de Cristo, prescinde de políticos para se estabelecer, mas que os cristãos não devem se omitir em matéria política, para que esta omissão não venha a significar o avanço do que chama de filhos das trevas sobre a vida social”; (d) a função da igreja como um grupo de pressão; e, por fim (e) o quinto argumento, o papel do líder religioso como um guia influenciador.⁹⁴

A relevância do poder de incidência e de influência do poder religioso, exercido com base na liberdade religiosa, tem seu alcance potencializado por meio do uso dos meios de comunicação – com ênfase para os cristãos –, atingindo a população de maneira vasta, tanto

⁹¹ VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll; Instituto de Estudos da Religião, 2013. p. 24.

⁹² SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2014. p. 103.

⁹³ ALBERT, Richard. The separation of Higher Powers. *Southern Methodist University Law Review*, v. 65, n. 01, 2012, 3-69.

⁹⁴ VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll; Instituto de Estudos da Religião, 2013. p. 21-23.

territorial quanto numericamente. Afinal, inúmeras denominações também são concessionárias de canais de radiodifusão, podendo veicular seus princípios e diretrizes a qualquer momento, entrando na casa de cada pessoa e formando-lhe uma opinião. Como afirma Tzvetan Todorov, a mídia é um quarto poder.⁹⁵

4. Atividade legislativa dos movimentos religiosos: III Programa Nacional de Direitos Humanos, Plano Nacional de Educação 2014-2024, Estatuto do Nascituro e Estatuto da Família.

No Congresso Nacional, a Frente Parlamentar Evangélica é formada por 82 parlamentares. A justificativa para a instauração dessa frente parlamentar foi a possibilidade de realização de um culto semanal, bem como um encontro para preparar as questões estratégicas das pautas em comum. Alguns parlamentares relatam que após o início das ações da frente outros parlamentares se converteram e passaram a integrá-la.⁹⁶ No ano de 2015, a presidência foi ocupada pelo deputado federal João Campos (PSDB-GO) e realizava reuniões e cultos semanais.⁹⁷ A frente parlamentar possui divisões por comissões, para que cada grupo atue como agente mobilizador de uma agenda específica; “um destes grupos é o da família, cujos parlamentares ficam responsáveis por atuarem fortemente, senão exclusivamente nessa agenda no Congresso Nacional”.⁹⁸ A bancada evangélica não está formalizada no Congresso Federal em razão de não atender às exigências regimentais para tanto, mas possui um espaço físico para seu funcionamento.⁹⁹

Além dessa frente, na atual legislatura, existem mais agrupamentos legislativos com forte conotação confessional: Frente Parlamentar para a Liberdade Religiosa, Frente Parlamentar em Defesa da Vida e da Família (contra a descriminalização do aborto) e Frente Parlamentar Mista Católica Apostólica Romana, compostas por 219, 171 e 213 parlamentares respectivamente. Muitos parlamentares compõem mais de uma das quatro frentes mencionadas, como por exemplo, o deputado federal Jair Bolsonaro (PP-RJ) e o senador Álvaro Dias (PSDB-PR). Outra característica comum entre essas agremiações parlamentares é a formação suprapartidária, o que confere a elas maior capilaridade e poder de barganha, não se limitando a grupos de situação ou oposição.

Assim, com os grupos religiosos fortes no Congresso, pautando agendas conser-

⁹⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 17

⁹⁶ DUARTE, Tatiane dos Santos. *A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro*. 2011. 229 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Departamento de Antropologia, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. p. 57-58.

⁹⁷ Informações obtidas no site da Câmara Federal. XAVIER, Luiz Gustavo. João Campos é eleito presidente da Frente Parlamentar Evangélica. *Agência Câmara Notícias*, fev. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camara-noticias/noticias/politica/482183-joao-campos-e-eleito-presidente-da-frente-parlamentar-evangelica.html>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

⁹⁸ VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll; Instituto de Estudos da Religião, 2013. p. 154.

⁹⁹ DUARTE, Tatiane dos Santos. A participação da frente parlamentar evangélica no legislativo brasileiro: ação política e (in) vocação religiosa. *Ciências sociais e religião*, Porto Alegre, ano 14, n. 17, p. 53-76, jul./dez. 2012. p. 55.

vadoras e com respaldo de parte da sociedade, o avanço de políticas públicas de Direitos Humanos é dificultado. Um exemplo é o III Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3) que, na sua versão original abordava temáticas controversas, como por exemplo: “a descriminalização do aborto; a criação de uma Comissão da Verdade para investigar os crimes cometidos na ditadura militar, a criação de redes de proteção dos Direitos Humanos de lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais; a regulação governamental dos meios de comunicação tendo como ponto de referência os direitos humanos, etc.”.¹⁰⁰ Os trabalhos de elaboração do referido programa começaram em 2008, sendo sua conclusão com a 11ª Conferência Nacional de Direitos Humanos, em 2010. Sua redação gerou muita discussão, principalmente sob a alegação de ser uma carta ateia e revolucionária. Pressões sociais e oriundas principalmente do Congresso Nacional e de grupos políticos que sustentavam o governo federal outro decreto foi promulgado, sob o n. 7.177/2010, para alterar algumas disposições do anterior (n. 7.037/2009), principalmente nos dispositivos que se referiam ao aborto, aos limites dos meios de comunicação, o resgate histórico e revisão legislativa do período da ditadura militar.¹⁰¹

Em 2013, o Plano Nacional de Educação, com metas federais estabelecidas para o período de 2014-2024,¹⁰² também gerou polêmica entre os parlamentares. Diferentemente do PNDH-3, o Plano Nacional de Educação (PNE) é regulamentado por Lei aprovada pelo Congresso Nacional e sancionada pelo presidente da República. O PNE, de relatoria do deputado federal Angelo Vanhoni (PT-PR), no texto original teve como pontos mais questionados os que se referiam a questões de diversidade e de gênero. Referidos dispositivos, após questionamentos dos demais parlamentares, principalmente integrantes de frentes confessionais, foram retirados. A alteração na redação original foi de “São diretrizes do PNE a superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual”, para “erradicação de todas as formas de discriminação”, sob a alegação de ambas as frases possuem o mesmo significado.¹⁰³ Na redação final do PNE a palavra gênero não consta em nenhum dispositivo, ao passo que diversidade se refere a aspectos culturais e regionais. Assim, as questões de gênero e de diversidade, presentes no processo de desenvolvimento do sujeito e imprescindíveis na formação educacional, não constam no documento que irá orientar as ações na área da educação de 2014 a 2024. No ano de 2015, o tema voltou à pauta política quando os Planos Municipais de Educação foram submetidos a votação pelo Poder Legislativo municipal; a igreja – evangélicas e Igreja Católica

¹⁰⁰ MACHADO, Maria das Dores Campos. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 25-54, jan./abr. 2012. p. 28

¹⁰¹ BRASIL. Decreto n. 7.037, 21 de novembro de 2009. Aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos - PNDH-3 e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2009; e BRASIL. Decreto n. 7.177, 12 de maio de 2010. Altera o Anexo do Decreto no 7.037, de 21 de dezembro de 2009, que aprova o Programa Nacional de Direitos Humanos (PNDH-3). Brasília: Casa Civil, 2010.

¹⁰² BRASIL. Lei n. 13.005, 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação (PNE) e dá outras providências. Brasília: Casa Civil, 2014.

¹⁰³ ALESSANDRA, Karla. Texto-base do Plano Nacional de Educação é aprovado em comissão. *Agência Câmara Notícias*, abr. 2014. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/educacao-e-cultura/466390-texto-base-do-plano-nacional-de-educacao-e-aprovado-em-comissao.html>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

– se posicionaram oficialmente contra a suposta ideologia de gênero contida nos planos. A Conferência Nacional dos Bispos (CNBB), órgão máximo da Igreja Católica no Brasil, emitiu nota convocando os fiéis a defenderem a instituição familiar e se posicionando a favor da supressão da ideologia de gênero.¹⁰⁴ Mesmo após o processo democrático de construção desses instrumentos legais, os planos de educação foram alterados, em quase sua totalidade, retirando-se o termo gênero, independentemente se o termo estava arraigado de qualquer caráter ideológico.

Para além dessas ações em instrumentos legais que tramitaram ou refletiram no legislativo federal, dentre as questões legislativas, dois Projetos de Lei em específico despertaram atuação mais incisiva das bancadas confessionais: Estatuto da Família e Estatuto do Nascituro. O Estatuto do Nascituro, que tramita na Câmara Federal pelo Projeto de Lei sob n. 478/2007, foi desarquivado em fevereiro de 2015. O Projeto de Lei em questão altera inúmeras disposições jurídicas, desde aquelas da esfera civil até questões penais. No ordenamento jurídico atual, o nascituro ainda não possui personalidade jurídica, em que pese ter proteções em relação a sua integralidade e seus direitos. O projeto define como nascituro “o ser humano concebido, mas ainda não nascido”, e busca conferir plena (e absoluta) proteção jurídica a ele, o que abrange o seu direito à vida, à saúde, ao desenvolvimento e à integridade física, ainda que em detrimento da vida, da saúde, do desenvolvimento e da integridade física da gestante.

Para efeitos sucessórios, por exemplo, atualmente apenas o nascimento com vida lhe atribui direito à herança, previsão que seria modificada pelo referido Estatuto.¹⁰⁵ Outra implicação do Projeto de Lei é em relação aos embriões, uma vez que um dos dispositivos os prevê como nascituros,¹⁰⁶ inovação jurídica que interfere nas pesquisas e no modo de reprodução assistida. Porém o principal ponto do Projeto de Lei se refere à questão do aborto, pois dentre as alterações consta a criação do tipo penal aborto culposo, a configuração do ato como crime hediondo, as alterações das penas – majorando-as – e a retirada das hipóteses previsão legal para realização do aborto.¹⁰⁷ Na legislação penal atual apenas o aborto doloso é penalizado, sendo que em algumas hipóteses ele é permitido: (a) em caso de risco de vida à mãe e (b) em caso de gravidez fruto de estupro (nos termos do art. 128 do Código Penal). Ainda, recente decisão do Supremo Tribunal Federal concedeu o direito de realizar aborto em casos de gestação de fetos anencéfalos. O primeiro caso de aborto legal é atacado pelo art. 4º do projeto, segundo o qual incumbe à família, à sociedade e ao Estado assegurar ao nascituro, “com *absoluta* prioridade, a expectativa do direito à vida”. A segunda hipótese é combatida por seus arts. 12 e 13, que dispõem que “é vedado ao Estado e aos particulares causar qualquer dano ao nascituro em razão de um ato delituoso cometido por algum de seus

¹⁰⁴ CNBB. *Nota da CNBB sobre a inclusão da ideologia de gênero nos Planos de Educação*. 2015. Disponível em: <<http://www.pnsconceicao.org/site/cnbb-divulga-nota-sobre-a-inclusao-da-ideologia-de-genero-nos-planos-de-educacao/>>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁰⁵ Nos termos do art. 17 do PL n. 478/2007.

¹⁰⁶ Nos termos dos arts. 2º, parágrafo único, do PL n. 478/2007.

¹⁰⁷ Nos termos dos arts. 23, 31, 30, 12 e 13, respectivamente, do PL n. 478/2007.

genitores” e que “o nascituro concebido em um ato de violência sexual não sofrerá qualquer discriminação ou restrição de direitos”. Por fim, dispara-se contra o entendimento do Supremo Tribunal Federal ao se afirmar, no art. 9º, que “é vedado ao Estado e aos particulares discriminar o nascituro, privando-o da expectativa de algum direito, em razão do sexo, da idade, da etnia, da origem, *da deficiência física ou mental ou da probabilidade de sobrevivência*”.

De toda sorte, o estatuto vai de encontro a grupos sociais que buscam garantir mais direitos às mulheres, principalmente em relação à autonomia do próprio corpo.¹⁰⁸ A justificativa do projeto está fundamentada em atos legislativos de outros países, como Estados Unidos da América e Itália, que concedem ao nascituro o *status* de pessoa. Porém tal justificativa não menciona as especificidades locais nem tampouco quais as consequências desta alteração jurídica, além de desconsiderar o sistema legislativo daqueles países. Como contraponto a essa proposta de lei, destacam-se as atuações dos movimentos de mulheres que militam por autonomia do corpo da mulher e por atendimento de saúde pública adequada aos casos legais de aborto, os quais trouxeram a discussão para a arena política,¹⁰⁹ bem como atuam diretamente no processo legislativo.

O Projeto de Lei foi discutido e aprovado na Comissão de Seguridade Social e Família (CSSF) por meio de parecer elaborado pela relatora, a deputada Solange Almeida (PMDB-RJ), com modificação textual de apenas um de seus dispositivos. O substitutivo propõe para o art. 13 a seguinte redação: “O nascituro concebido em decorrência de estupro terá assegurado os seguintes direitos, *ressalvados o disposto no art. 128 do Código Penal Brasileiro*: [...]”. A alteração e o acréscimo buscam manter as duas possibilidades de aborto legal presentes no Código Penal (em hipótese de risco de vida para a gestante e em gravidez resultante de violência sexual), mas a permanência do supracitado art. 12 (“é vedado ao Estado ou a particulares causar dano ao nascituro em razão de ato cometido por qualquer de seus genitores”) revela um caso de evidente esquizofrenia legislativa.

Ao passar pela Comissão de Finanças e Tributação (CFT), sugeriu-se emenda ao projeto para oportunizar a adequação financeira e orçamentária da proposta. O pedido se deve à previsão estatutária de que o nascituro possui direito a pensão alimentícia, que deverá ser fornecida pelo Estado até que o genitor seja identificado e responsabilizado pela pensão.¹¹⁰ Por se tratar de uma hipótese de criação de receita sem a indicação da correspondente fonte de custeio total, prática vedada pelo art. 195, § 5º da Constituição Federal, a CFT recomenda a emenda. O que nenhum congressista questionou, contudo, foi a crueldade inerente à previsão de pagamento de pensão alimentícia pelo genitor em gestação decorrente de estupro. Não bastassem todas as vicissitudes já sofridas pela vítima do assédio sexual, soma-se mais uma à lista: um vínculo em longo prazo com o agressor.

O Estatuto do Nascituro aguarda parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de

¹⁰⁸ Para aprofundamento sobre a questão do aborto, consultar SANTANO, Ana Claudia; TRINDADE JUNIOR, Wilson. *O direito de decidir: entre a liberdade de escolha e a intervenção estatal*. Nesta obra.

¹⁰⁹ MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 657-672, set./dez. 2012.

¹¹⁰ Nos termos do art. 13 do PL n. 478/2007.

Cidadania (CCJC). Segundo enquête realizada pela Câmara dos Deputados, 75,78% (6.208 votos) são contrários ao projeto de descriminalização do aborto, contra 23,25% (1.905 votos) favoráveis e 0,96% (79 votos) ainda não tem opinião formada sobre o assunto.¹¹¹ Contudo, esse resultado não pode ser admitido como um reflexo da sociedade, uma vez que não há como verificar perfil do votante ou mesmo que cada cidadão irá votar apenas uma vez.

O Estatuto da Família, todavia, é a principal pauta defendida pelas frentes confessionais, especialmente por representar a defesa aos princípios de família tradicional e cristã, encabeçada por um homem e uma mulher. Conforme mencionado anteriormente, o Projeto de Lei n. 6.583/2013 define a “entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um *homem* e uma *mulher*”.¹¹² Esse dispositivo está em descompasso com as novas configurações familiares e está na contramão das lutas e conquistas de direitos da população homoafetiva. Afinal, o laço sanguíneo não é mais o elemento determinante do núcleo familiar, sendo relevantes os laços afetivos, denominada de socioafetividade; destaca-se que, por construção doutrinária, até o sujeito solteiro foi equiparado à família.¹¹³ O modelo familiar proposto pelo estatuto segue tão somente a forma cristã, desconsiderando, para além das novas configurações sociais, núcleos familiares considerados pelas demais religiões. Para os indígenas a família é composta por toda a tribo, para citar um exemplo. Ou seja, além de atentar contra os Direitos Humanos, o estatuto não considera a construção cultural da comunidade. A restrição a um modelo exclusivo de família implica em limitação de outros direitos, como o direito de adotar. Para além dos óbices e entraves burocráticos que pessoas solteiras ou casais homoafetivos sofrem quando buscam uma adoção, a promulgação do Estatuto seria mais um obstáculo.

Outro ponto controverso do projeto é a previsão de inclusão da disciplina “Educação para a Família” nos currículos do ensino fundamental e médio em todo o Brasil, bem como a garantia de participação de um “representante dos interesses da família nos conselhos e instâncias deliberativas de gestão democrática das escolas”.¹¹⁴ Novamente, o que se reprova aqui não é a valorização da família no ambiente escolar, mas sim a exaltação de um modelo restritivo de família, em detrimento de tantos outros existentes. A depreciação da diversidade familiar nas escolas não apenas dá margem à proliferação do preconceito em um espaço que deveria possuir caráter construtivo, como também poder fazer com que alunos que não pertencem a um núcleo familiar tradicional se sintam inadequados, prejudicando assim o processo de aprendizagem e de convívio social.

O Projeto de Lei aguarda parecer da comissão especial formada exclusivamente para esse fim. Ademais, foi aprovada a realização de audiência pública específica para essa te-

¹¹¹ BRASIL. Câmara dos deputados. *Enquetes – resultados: Criminalização do aborto*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/enquetes/resultados/4E2980D9-51B5-4AB2-885F-A715A9F20FDB>>. Acesso em: 05 jun. 2015.

¹¹² Nos termos do art. 2º do PL n. 6.583/2013.

¹¹³ MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jul./set. 2012. p. 10. Disponível em: <<http://civilistica.com/em-busca-da-nova-familia>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

¹¹⁴ Nos termos dos arts. 10 e 11 do PL n. 6.583/2013.

mática. Uma enquete está aberta na Câmara de Deputados com a pergunta explícita: “Você concorda com a definição de família como núcleo formado a partir da união e entre homem e mulher, prevista no projeto que cria o Estatuto da Família?”. Com 10.282.07 votos, a pesquisa se encontrava quase empatada em dezembro de 2015, 51,62% “não” – 5.307.905 votos –, 48,09% “sim” – 4.944.827 votos – e 0,29% “não tenho opinião formada” – 29.338 votos.¹¹⁵

Os grupos religiosos possuem redes de influência no legislativo, executivo e judiciário para pautarem e defenderem suas agendas, por outro lado, os parlamentares que representam principalmente a bancada cristã são procurados por outros legisladores e por outros grupos de pressão, em razão do número de representantes com essa identificação ideológica.¹¹⁶

Para além de temáticas que se referem especificamente a princípios religiosos, outras pautas são comuns à bancada evangélica, como a redução da maioria penal – Projeto de Emenda Constitucional que tem sido defendido pelo presidente da Câmara de Deputados. Em que pese a maior parte das ações de movimentos confessionais pautar agendas públicas conservadoras ou retrógradas, algumas pautas de conquista de direitos sociais também são motivadas por grupos religiosos – como por exemplo a destinação de 10% das receitas brutas da União para a saúde pública, requisição motivada pela Campanha da Fraternidade de 2012, uma ação anual da Igreja Católica.

5. Justiça, laicidade e democracia

As situações analisadas são previsíveis em um país que não apenas abriga uma maioria cristã, mas tampouco possui uma tradição cultural sedimentada de separação entre o âmbito religioso e o âmbito jurídico-estatal.¹¹⁷ O discurso teológico dominou todas as esferas da sociedade durante séculos, de forma que por muito tempo o poder político e militar, o direito, a ciência, a educação e a cultura eram idealizados e unificados por meio do discurso confessional. Essa unidade axiológica, todavia, vinha a um custo: a opressão da crença e consciência individual, resultando repetidamente na demonização e perseguição impetuosa daqueles que ousassem manifestar discordância. O que ocorria na prática era a tentativa, por parte de confissões religiosas em conflito, de prevalecer e moldar os indivíduos e as instituições conforme seus preceitos teológicos particulares.¹¹⁸

As guerras religiosas que irromperam por toda a Europa após a Reforma Protestante, em especial, evidenciaram a impossibilidade de se conquistar um consenso teológico (seja pela livre adesão, seja pela imposição coercitiva) capaz de fundar a vida comunitária da totali-

¹¹⁵ BRASIL. Câmara dos deputados. *Enquetes*: Projeto de Lei n. 6583/13. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/461923-ENQUETE-DA-CAMARA-SOBRE-CONCEITO-DE-FAMILIA-TEM-MAIS-DE-20-MIL-VOTOS-EM-24-HORAS.html>>. Acesso em: 07 dez. 2015.

¹¹⁶ VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política*: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll e Instituto de Estudos da Religião, 2013. p. 156.

¹¹⁷ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 189.

¹¹⁸ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 92-93.

dade dos cidadãos. Emerge, nesse contexto, a necessidade de se buscar bases permanentes e racionalmente acessíveis a todos: a razão passa a ocupar o lugar da revelação, a ciência o lugar da fé, o utilitarismo o lugar da moral, e a autoridade deixa de derivar de uma divindade para se tornar conversacional. O racionalismo empirista se torna responsável pela desdogmatização das instituições, das crenças e das práticas.¹¹⁹ Percebe-se a justeza do discurso sobre a tolerância e a liberdade religiosa não apenas no campo filosófico (com fundamento no respeito à dignidade humana e às liberdades individuais inalienáveis), mas também no campo prático (com fundamento na ausência de governabilidade gerada pelos constantes conflitos confessionais).

Assim, a Reforma pode ser considerada um ponto de partida para a ampliação da discussão e aplicação da liberdade de crença. No entanto é necessário realizar uma leitura crítica do momento em que a cristandade se viu estremecida por cismas sucessivos: da mesma forma que a política de uniformidade religiosa e de intolerância não foi atributo exclusivo dos católicos, não se pode afirmar que a liberdade religiosa defendida pelos protestantes albergava uma heterodoxia geral.¹²⁰ Longe de significar uma proteção incondicional à liberdade e ao pluralismo, a Reforma introduz a questão da tolerância religiosa no interior do cristianismo (ou seja, estabelece a tolerância apenas entre cristãos nesse primeiro momento).¹²¹ Nessa perspectiva, é importante desconstruir o falso binômio “protestante progressista *versus* paquista intolerante”.

Vale ressaltar, contudo, que existe um número expressivo de teóricos cristãos que se posicionam a favor da separação entre as esferas da religião e da política, e para tanto laçam mão dos ensinamentos bíblicos. Por não ocupar o foco dessa pesquisa, cabe mencionar apenas brevemente algumas colocações sobre o assunto. Locke, como se viu, argumentou exaustivamente no sentido de apontar a tolerância como um dos valores cristãos de maior proeminência.¹²² Giuseppe Barbaglio, por sua vez, aponta que acreditar em um deus criador implica libertar o mundo de qualquer pretensão de divinização: o mundo não é deus, este é absolutamente distinto daquele. Por esse motivo, seria errôneo conceber as instituições (como a família, a guerra, o poder político) e as experiências humanas (tal qual a doença, a morte, a sexualidade) como pertencentes à esfera divina. Justamente por pertencerem à esfera mundana, as instituições e as experiências humanas são dotadas do poder autônomo conferido ao homem para delas dispor como melhor lhe convir.¹²³ Para ele, o testemunho

¹¹⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 93-94.

¹²⁰ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 31-32.

¹²¹ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 40.

¹²² “A tolerância com aqueles que diferem em assunto de religião é tão agradável ao evangelho de Jesus Cristo e à razão genuína da humanidade que parece monstruoso que certos homens sejam cegos a ponto de não perceber, numa luz tão clara, a necessidade e a vantagem dela.” LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010. p. 35.

¹²³ “Realiza-se a superação principalmente no sentido que o mundo, aprisionado na sua radical mundanidade – e não nos espaços separados e sagrados – é lugar privilegiado do qual sai o culto dos crentes, substanciado de gestos de amor e de solidariedade. Doutra parte, o mundo não esconde em si próprio forças demoníacas da morte e, por isso, não tem precisão de ser exorcizado; na realidade, é o homem, com suas escolhas existenciais e históricas, que joga

da Bíblia encoraja o sujeito a entrar em contato essencialmente com seu espírito autocrítico e reconhecer a igreja, a história humana e a consciência do crente sob uma perspectiva de historicidade e relatividade, afastando-as de eventuais tentativas de absolutização.¹²⁴

Citando a parábola da segunda tentação de Cristo, Paul Freston critica o atual ímpeto com que algumas lideranças evangélicas ingressam na vida política. Trata-se de uma narrativa que se inicia com o diabo lembrando Jesus de que este é quem, de direito, possui autoridade sobre todos os reinos do mundo; além disso, não se encontraria governante mais justo que ele, motivo pelo qual sua soberania garantiria paz e prosperidade a todos os povos da Terra. Tudo que ele precisaria fazer seria abandonar a ideia da cruz, e em seguida o diabo faria com que todos aclamassem o filho de deus como seu líder. Freston considera essa proposta similar a uma nova teologia que vem crescendo no meio evangélico, segundo a qual o destino do cristão é governar as nações. Trata-se de um modelo por ele rejeitado, à mesma maneira que o personagem de Jesus Cristo rejeitou a oferta daquele que buscava corrompê-lo; a questão do poder não se refere somente à sua posse ou à falta dela, mas de quando e como obtê-lo, e segundo qual mentalidade.¹²⁵

Assim sendo, a secularização não significa um declínio do fenômeno religioso, ela apenas descreve uma autonomização dos demais subsistemas sociais segundo uma lógica não totalizante.¹²⁶ De fato, a separação entre igreja e Estado é excepcionalmente benéfica para a religião, explica Hannah Arendt: ao invés de revelar um sinal de perda de fé ou uma paixão fortalecida pelas coisas materiais, ela na realidade evoca um regresso a um cristianismo primitivo,¹²⁷ mais puro. Nessa mesma lógica, Darryl Hart comenta o caso estadunidense e aponta que nos debates sobre a interação entre religião e política, aquela é frequentemente mal compreendida. Ele avalia (e lamenta) que nos momentos em que crentes tentaram utilizar sua fé para interferir no espaço público, na realidade eles acabaram por distorcer o cristianismo.¹²⁸ Adaptando um exemplo fornecido por Hart à experiência brasileira: não é paradoxal

responsavelmente com a vida e a morte. Enfim, como não há no mundo coisas portadoras da morte para o homem, assim não há povos, raças, grupos e pessoas portadoras de diversidade ameaçadora e perigosa para a própria identidade e consequentemente que se deva pôr em guetos ou aniquilar. A alteridade não é fonte de orgulhoso privilégio ou de humilhante *handicap*, mas, antes, caracterização qualificante no seio da própria humanidade, na qual o respeito do outro e a solidariedade indiscriminada são condições indispensáveis da sua paz." BARBAGLIO, Giuseppe. *A laicidade do crente: interpretação bíblica*. São Paulo: Santuário, 1991. p. 102.

¹²⁴ BARBAGLIO, Giuseppe. *A laicidade do crente: interpretação bíblica*. São Paulo: Santuário, 1991. p. 103.

¹²⁵ "Os cristãos que dizem que o poder nos pertence, de direito, aqui e agora, estão aceitando o atalho que o Diabo oferece a Jesus: governo sem cruz. Acharam que o cuidado que Jesus precisou ter para não sucumbir a essa tentação não é necessário para eles. O caminho deles pode ser mais curto do que o de Jesus. Além do mais, 'os povos precisam...'. Oramos para que Deus facilite nosso caminho e nosso ministério. Mas às vezes o caminho fácil é uma tentação a ser resistida!" FRESTON, Paul. A tentação política e a ética da renúncia. *Ultimato Online*, jul. 2014. Disponível em: < <http://www.ultimato.com.br/conteudo/a-tentacao-politica-e-a-etica-da-renuncia> >. Acesso em: 26 maio 2015.

¹²⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 97.

¹²⁷ ARENDT, Hannah. *A condição do homem moderno*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007. p. 265.

¹²⁸ HART, Darryl. *A secular faith: why christianity favors the separation of church and state*. Chicago: Ivan R. Dee, 2006. p. 11.

que as escrituras cristãs instruem o fiel a dar a César o que é de César, e a deus o que é de deus, e que mesmo assim se imprimam cédulas com a inscrição “Deus seja louvado”?¹²⁹

Em oposição a essa confusão entre o sagrado e o profano, a modernidade trouxe a ideia de uma sociedade organizada em esferas bem definidas entre si, de forma que cada âmbito desempenhe funções sociais específicas, fundando universos autônomos de normas e exigências.¹³⁰ Assim, não cabe ao cristão ser antimoderno; pelo contrário, é imprescindível que ele reconheça os trunfos da modernidade, em especial no tocante à liberdade, aos direitos humanos e à dignidade humana.¹³¹ Se o valor básico da sociedade moderna é a realização pessoal, como exigir de um indivíduo que ele sacrifique a fruição de sua sexualidade, por exemplo, em nome de ideais aos quais ele jamais manifestou adesão?¹³² A autoridade perde terreno para a busca da felicidade individual, que se contrapõe à imposição de imperialismos morais e ao poder dos que julgavam ter direito a controlar a consciência individual.¹³³ O ministério cristão, defendem os apologistas, não se harmoniza com a mutilação do homem realizada por meio do culto irracional de um fideísmo absolutista, da exaltação de um tradicionalismo cego esvaziado da perspectiva de historicidade, de cultura e dos modelos de sujeitos provenientes da secularização.¹³⁴

A secularização, assim, pode ser definida como um produto da emancipação do sujeito em face da tutela eclesial e dos preceitos confessionais, o que acabou por limitar o poder das igrejas e dos códigos religiosos à medida que as instituições sociais passaram a contar com novos fundamentos e a cidadania com novos parâmetros.¹³⁵ Ela representa um processo histórico, muito possivelmente irreversível, em que a sociedade e a cultura se libertam da sujeição ao controle religioso e a concepções metafísicas rígidas.¹³⁶

A despeito do que asseveram alguns líderes religiosos, o processo de secularização não é o inimigo a se combater, tampouco é ele o causador de um suposto declínio moral da sociedade, de um indiferentismo ou do enfraquecimento das confissões religiosas. Ele não implica hostilidade por parte do Estado em relação à religião;¹³⁷ pelo contrário, a separação entre esferas protege o Estado de influências inadequadas oriundas da seara confessional, inibindo eventual confusão entre o poder político e uma confissão religiosa, inclusive a maio-

¹²⁹ HART, Darryl. *A secular faith: why christianity favors the separation of church and state*. Chicago: Ivan R. Dee, 2006. p. 101.

¹³⁰ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 414.

¹³¹ PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 354.

¹³² RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2005. p. 49.

¹³³ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 99.

¹³⁴ PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990. p. 363.

¹³⁵ GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 26.

¹³⁶ COX, Harvey. *A cidade e o homem: a secularização e a urbanização na perspectiva teológica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971. p. 31.

¹³⁷ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 97.

ritária.¹³⁸ É graças a esse processo que foi possível reduzir o ensino compulsório de uma religião oficial na rede pública, pois ele representa uma tentativa de restringir um direito conexo à liberdade religiosa: o direito de livre escolha e manifestação de crença.¹³⁹ A secularização busca edificar um Estado que permaneça neutro em relação às diversas concepções religiosas socialmente existentes, evitando que ele privilegie ou constranja determinada confissão em assuntos de fé.¹⁴⁰ Garante-se, dessa forma, *igual liberdade religiosa* a todos os sujeitos e grupos que compõem a sociedade.

O que se verifica nas mais variadas experiências históricas, entretanto, é que tal neutralidade não ocorre; na prática o Estado tende a optar por um tratamento não igualitário (e conseqüentemente discriminatório) em relação a um ou outro conjunto de crenças.¹⁴¹ Os casos relatados no presente trabalho demonstram que o critério de justiça pode ser esvaziado de seu conteúdo dentro de um contexto apenas formalmente democrático – e esse é um dos problemas fundamentais da democracia. Ao se estudar os conceitos de secularização, liberdade religiosa e pluralismo confessional, percebe-se que os dois últimos são um fruto do primeiro. Foi a partir da consolidação de uma comunidade secular que se tornou possível uma verdadeira valorização e promoção do pluralismo religioso; pluralismo esse que se apresenta como condição para a tolerância de diferentes cosmovisões e para o exercício do direito individual de escolha de crença.¹⁴² O que se busca é que a possibilidade de participação do sujeito em cada espaço de ação social não mais seja condicionada pelo conteúdo de suas crenças e práticas religiosas, mas à sua capacidade adaptativa a cada esfera em si. Trata-se de uma diferenciação subsistêmica funcionalmente orientada que garante concretude ao princípio constitucional da igualdade.¹⁴³

O direito, dessa forma, deixa de ter como escopo a realização de um dado sistema moral para perseguir um *mínimo ético*, permanecendo normativamente fechado e cognitivamente aberto em relação a valores de pretensões holísticas.¹⁴⁴ A secularização, entendida como a minoração da influência *social* da religião, possibilita a laicização, processo de

¹³⁸ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 191.

¹³⁹ RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002. p. 36.

¹⁴⁰ SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 191.

¹⁴¹ MARIANO, Ricardo. Secularização na Argentina, no Brasil e no Uruguai: suas lutas no passado e no presente. In: ORO, Ari Pedro. *Religião e política no cone-sul: Argentina, Brasil e Uruguai*. São Paulo: Attar Editorial, 2006. p. 227-228.

¹⁴² GIUMBELLI, Emerson. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002. p. 26-27.

¹⁴³ "Um exemplo disso mesmo pode ver-se no plano econômico. A ascensão da classe burguesa e o advento da lógica capitalista comercial vão desempenhar aqui um papel de maior relevo. A atividade mercantil, com o seu objetivo último de obtenção de lucro, funciona de acordo com uma lógica própria que não se compadece necessariamente com as constrições de base teológica heteronomamente impostas. Deixou de fazer sentido a distinção entre cristão e judeu ou entre crente e ateu." MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 99.

¹⁴⁴ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 95.

mutação *institucional* de passagem do religioso ao civil.¹⁴⁵ Enquanto a secularização é um fenômeno maior e mais geral, referindo-se ao social de maneira a abranger a esfera cultural, econômica, moral, política etc., a laicidade traduz a incidência desse fenômeno social especificamente sobre o Estado e sobre suas instituições políticas.¹⁴⁶ Trata-se de um movimento de transição que abandona a legitimação de ordem sagrada para recepcionar a legitimação de ordem democrática, ou baseada na vontade popular.¹⁴⁷ Nesse novo paradigma, a formação da autoridade estatal ocorre em teoria de maneira não impositiva, mas sim “de baixo para cima”, de forma que a legitimidade do poder político depende do assentimento popular.¹⁴⁸ Nunca é demais recordar, todavia, que só se pode falar em um processo verdadeiramente democrático mediante a observância do princípio constitucional da necessária participação das minorias no debate público e nas instituições políticas. Dessarte, a participação das minorias deve ser garantida e fomentada, e seus interesses devem ser igualmente considerados.¹⁴⁹ Ao julgar o que é melhor ou pior para os demais, é comum que o indivíduo não leve em consideração nada além de suas próprias preferências.¹⁵⁰ Nesse contexto, a imposição da opinião de grupos majoritários sobre as minorias pode ser desastrosa, uma vez que os sujeitos em questão possuem experiências de vida distintas e, não raro, insuficientes para avaliar a situação dos demais.

O conteúdo da laicidade deve contar com alguns elementos essenciais, nos termos da sistemática proposta por Marco Huaco: 1) separação entre funções, bem como autonomia recíproca entre os grupos confessionais e o Estado; 2) legitimidade, princípios e valores primordiais estatais e governamentais dotados de fundamentação secular; 3) produção de normas legais e políticas públicas estatais com inspiração secular; 4) neutralidade perante as variadas cosmovisões ideológicas, filosóficas e religiosas encontradas no seio social; 5) omissão estatal no tocante a manifestações de fé ou de convicções ideológicas junto ao cidadão. A maior ou menor prevalência dessas características torna possível determinar o grau de laicidade praticado por um Estado,¹⁵¹ e o contraste desses indicadores com os casos abordados por esse estudo desperta desassossego em relação ao cenário político nacional.

¹⁴⁵ BLANCARTE, Roberto (Comp.). *Laicidad y valores en un Estado democrático*. México: El Colegio de México y Secretaría de Gobernación, 2000. p. 8.

¹⁴⁶ HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 47.

¹⁴⁷ BLANCARTE, Roberto. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 19.

¹⁴⁸ SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 189.

¹⁴⁹ “A participação de grupos minoritários ou de partidos menores na tomada de decisão é indispensável para a configuração da democracia. Restam injustificadas, assim, as determinações infraconstitucionais que restringem a expressão, a participação e a consideração dos interesses das minorias.” SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p. 156.

¹⁵⁰ “Ninguém, de fato, admite para si mesmo que o seu padrão de julgamento é o seu próprio gosto; mas uma opinião sobre o tema da conduta, sem argumentos com base racional, pode tão somente contar como a preferência de uma pessoa; e se os motivos, quando fornecidos, representarem um mero apelo a uma preferência similar sentida pelos demais, ainda assim se trata do gosto pessoal de muitas pessoas, ao invés somente uma.” MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006. p. 9.

¹⁵¹ HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.).

A fonte da inquietação, não se cansa de repisar, não é a presença da religião na esfera pública. De fato, ela pode se organizar não apenas no intuito de garantir sua própria liberdade religiosa, mas também com o objetivo de proteger as liberdades e os direitos modernos, bem como o direito de existência de uma sociedade civil e democrática.¹⁵² Ademais, as igrejas veem reconhecido o seu direito ao proselitismo, motivo pelo qual estão amplamente legitimadas a buscar convencer os indivíduos da justeza de seus preceitos, desde que esse processo se dê por meio da persuasão, e não da força. Nesse viés, Norberto Bobbio defende que uma das características decisivas da democracia é a substituição das técnicas de força por técnicas de persuasão como uma forma de resolver conflitos; a argumentação e o método democrático são indissociáveis.¹⁵³

O que causa preocupação é a atuação deserta de laicidade republicana que se traduz em um grande esforço na defesa do ensino confessional e das celebrações religiosas em espaços públicos, bem como em um assumido empenho em barrar Projetos de Lei que reconheçam arranjos homoafetivos e conduzam à descriminalização do aborto.¹⁵⁴ É necessário ter em mente que o princípio da laicidade se aplica a matérias como o direito civil (no instituto do matrimônio, por exemplo, ou da união estável, do divórcio, dos direitos sucessórios e sociais dos casais do mesmo gênero, do direito à identidade sexual do sujeito etc.) de forma a tornar esse espaço tão livre quanto possível de condicionamentos religiosos,¹⁵⁵ pois a pluralização da vida social impede qualquer referência a um discurso teológico unificador.¹⁵⁶ A autodeterminação democrática adquire um caráter inclusivo, de forma que as instituições trabalhem no sentido de ampliar a cidadania.¹⁵⁷ A ordem política deve favorecer a emancipação daqueles que sofrem discriminação e a integração daqueles que se encontram marginalizados, sem, todavia, impor a eles uma uniformidade segundo uma concepção homogênea de povo.¹⁵⁸

Existem algumas hipóteses que podem concorrer para explicar o atual contexto de retorno do teológico-político, na terminologia de Marilena Chauí.¹⁵⁹ Primeiramente, conforme já se discutiu em momento anterior, o grupo pentecostal em especial tem obtido sucesso nas disputas eleitorais devido a um processo acelerado de formação de lideranças, à intensa so-

Em defesa das liberdades laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 42.

¹⁵² MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 146.

¹⁵³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. p. 208.

¹⁵⁴ MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 153.

¹⁵⁵ HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 41.

¹⁵⁶ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996. p. 96.

¹⁵⁷ MOSCATELI, Renato. Republicanismo em Montesquieu e Rousseau. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a república*. Belo Horizonte: UFMG, 2002. p. 135.

¹⁵⁸ HABERMAS, Jürgen. L'état-nation a-t-il un avenir? In: HABERMAS, Jürgen (Org.). *L'intégration républicaine*. Paris: Fayard, 1998. p. 133.

¹⁵⁹ CHAUI, Marilena, O retorno do teológico-político. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004. p. 93.

cialização existente entre os fiéis (criando espaços de discussão e consolidação de conceitos como política e cidadania) e à adoção de um modelo corporativo de representação política¹⁶⁰. O lançamento de candidaturas oficiais por parte de alguns grupos confessionais¹⁶¹ ampliou sua força política, acirrando disputas no âmbito evangélico e incentivando congregações que ainda não haviam aderido a esse paradigma o fizessem, gerando uma nova onda de líderes, debates e iniciativas no espaço da política eleitoral.¹⁶²

Em segundo lugar, é possível apontar que enquanto a população demonstra um baixo grau de confiança no poder político, ela deposita um alto grau de confiança no poder confessional. De acordo com o estudo *Spirit and Power: A 10-Country Survey of Pentecostals*,¹⁶³ realizado em 2006 pelo Pew Research Center, 84% dos brasileiros se encontravam insatisfeitos com a situação do país, contra apenas 15% satisfeitos. Apenas 14% e 15% dos entrevistados disseram confiar nos governos locais e nacionais, nessa ordem, ao passo que 37% e 56% dos indivíduos afirmaram confiar em pessoas de outras religiões e em pessoas de suas próprias igrejas, respectivamente. Mais especificamente, 68% dos pentecostais informaram confiar em sujeitos de suas próprias igrejas, o que os coloca doze pontos percentuais acima da população geral. Para 57% dos brasileiros em geral e 73% dos pentecostais é importante que os líderes políticos tenham fortes convicções religiosas, e 57% dos brasileiros em geral e 65% dos pentecostais acreditam que os grupos religiosos devam expressar suas convicções em questões políticas e sociais. 94% e 79% de toda a população consideram a existência de políticos corruptos e de um declínio moral, nessa ordem, um grande problema, e 72% dos brasileiros em geral e 79% dos pentecostais julgam que se um número suficiente de pessoas aceitasse Cristo os males sociais se resolveriam. Em relação à separação entre igreja e Estado, 62% da população total e 50% dos pentecostais se posicionam a favor, enquanto 19% da população total e 32% dos pentecostais se posicionam a favor de um Estado adjetivado pela sua religião – o que coloca os pentecostais treze pontos percentuais acima do brasileiro médio no desejo de construção de um Estado confessional.¹⁶⁴ Defender as liberdades laicas e o Estado republicano não é fácil em face da queda vertiginosa de prestígio do poder político

¹⁶⁰ MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 148.

¹⁶¹ FRESTON, Paul. Marco Feliciano. O que os evangélicos têm a ver com isso? *Ultimato Online*, set. 2013. Disponível em: <<http://www.ultimato.com.br/conteudo/marco-feliciano-o-que-os-evangelicos-tem-a-ver-com-isso>>. Acesso em: 26 maio 2015.

¹⁶² MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 148.

¹⁶³ PEW Research Center. The Pew Forum on Religion & Public Life. *Spirit and Power: a 10-country survey of Pentecostals*. Washington, DC: The Pew Forum on Religion & Public Life, 2006. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/files/2006/10/pentecostals-08.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015.

¹⁶⁴ PEW Research Center. The Pew Forum on Religion & Public Life. *Spirit and Power: a 10-country survey of Pentecostals*. Washington, DC: The Pew Forum on Religion & Public Life, 2006. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/files/2006/10/pentecostals-08.pdf>> Acesso em: 28 maio 2015. p. 99, 184, 186, 188-189, 204, 200, 197-198, 153 e 205.

secular, que por sua vez abre espaço para a crescente adoção da identidade religiosa como atributo eleitoral.¹⁶⁵

Por fim, outro fator a ser levado em conta é que a postura discriminatória da sociedade frequentemente acaba por se refletir no legislador.¹⁶⁶ Segundo a pesquisa conduzida pelo Pew Research Center, 49%, 79% e 64% da população em geral consideram que a homossexualidade, a interrupção voluntária da gestação e a eutanásia, respectivamente, jamais podem ser justificadas; e esses valores sobem para 76%, 91% e 81% entre a população pentecostal.¹⁶⁷ Assim, o que se verifica é que o parlamentar tende a não se posicionar a favor de segmentos da sociedade que sofrem o repúdio das majorias. A falta de interesse ou de vontade política de dialogar com as parcelas minoritárias da população gera, na melhor das hipóteses, um vácuo legislativo,¹⁶⁸ e na pior delas uma série de normas infraconstitucionais discriminatórias que traem o desenho proposto pela Lei Maior.

Em face desse cenário, cabe retomar o lembrete histórico de que a concessão de caráter público à religião dominante se deu inúmeras vezes mediante o sequestro do espaço público e do discurso jurídico, o que implicou na subalternização das demais confissões religiosas. O que se procura evitar, portanto, é o domínio e a instrumentalização do âmbito público por um grupo em particular; tal postura, longe de demonstrar uma atitude refratária à espiritualidade, de fato preserva a autenticidade do fenômeno religioso.¹⁶⁹ Dessa forma, é necessário que a religião se perceba no espaço público enquanto uma identidade confessional que integra a sociedade civil ao lado de tantas outras possíveis.¹⁷⁰ A influência dos interesses privados nos negócios públicos é perigosa, e a corrupção do legislador é uma consequência infalível da adoção de perspectivas particulares no exercício de uma função pública.¹⁷¹

O Estado de Direito deve avaliar cuidadosamente os limites de sua justa intervenção, de forma a não apenas evitar embaraçar o exercício da autonomia individual, mas também a remover obstáculos que porventura sejam intransponíveis pelo indivíduo isolado.¹⁷² Para tanto, cumpre seguir no esforço de tornar o Estado brasileiro cada dia mais laico, ainda que alguns setores da sociedade venham combatendo esse ideal antes mesmo de ele ser enunciado na Constituição Republicana de 1891. Esse Estado justo, que não é ateu nem religioso, que não

¹⁶⁵ MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 150.

¹⁶⁶ DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142.

¹⁶⁷ PEW Research Center. The Pew Forum on Religion & Public Life. *Spirit and Power: a 10-country survey of Pentecostals*. Washington, DC: The Pew Forum on Religion & Public Life, 2006. Disponível em: <<http://www.pewforum.org/files/2006/10/pentecostals-08.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2015. p. 173, 180 e 176.

¹⁶⁸ DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 142.

¹⁶⁹ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

¹⁷⁰ GAUCHET, Marcel. Neutralité, pluralisme, identités: les religions dans l'espace public démocratique. In: FERENCZI, Thomas (Org.). *Religion et politique: une liaison dangereuse?* Paris: Editions Complexe, 2003. p. 57.

¹⁷¹ ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011. p. 122.

¹⁷² COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p. 124.

deve perseguir as congregações nem promover a religiosidade, que respeita a diversidade religiosa ao acolher crentes e não crentes,¹⁷³ aponta para a construção de uma verdadeira *república de razões* que impeça, assim, a tirania de um soberano ou de uma maioria que culmina na imposição de preferências privadas a uma comunidade social evidentemente heterogênea.¹⁷⁴

Referências

ALBERT, Richard. The separation of Higher Powers. *Southern Methodist University Law Review*, v. 65, n. 01, p. 3-69, 2012. _____. Religion in the New Republic. *Louisiana Law Review*, Louisiana, v. 67, n. 1, p. 01-54, 2006.

ALVES, Rodrigo Vitorino. A liberdade religiosa no Direito Internacional: âmbito de proteção e restrições. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014.

ALVES, Rubens. *O que é religião*. São Paulo: Brasiliense, 1981.

ARENDT, Hannah. *A condição do homem moderno*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BARBAGLIO, Giuseppe. *A laicidade do crente: interpretação bíblica*. São Paulo: Santuário, 1991.

BLACK, Henry Campbell. *American Constitutional Law*. 2 ed. St Paul: West Publishing, 1897.

BLANCARTE, Roberto (Comp.). *Laicidad y valores en un Estado democrático*. México: El Colegio de México y Secretaría de Gobernación, 2000.

_____. O porquê de um Estado laico. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BRAGA, Luigi Mateus. A liberdade religiosa e a imunidade tributária dos templos de qualquer culto. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014.

BURITY, Joanildo. Religião e política na fronteira: desinstitucionalização e deslocamento numa relação polêmica. *Revista de estudos da religião*, n. 4, p. 27-45, 2001.

CHAUÍ, Marilena, O retorno do teológico-político. In: CARDOSO, Sérgio (Org.). *Retorno ao republicanismo*. Belo Horizonte: UFMG, 2004.

CIARALLO, Gilson. O tema da liberdade religiosa na política brasileira do século XIX: uma via para a compreensão da secularização da esfera política. *Revista de sociologia e política*, v. 19, n. 38, p. 85-99, fev. 2011.

¹⁷³ LOREA, Roberto Arriada. O assédio religioso. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 160.

¹⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993. p. 17-18.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro (Org.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COX, Harvey. *A cidade e o homem: a secularização e a urbanização na perspectiva teológica*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1971.

DIAS, Maria Berenice. A justiça e a laicidade. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

DÍAZ-SANTANA, Héctor. Reflexiones sobre los delitos electorales y la FEPADE a partir de la alteración política (2000 al 2012). *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, n. 3, p. 43-68, ene./jun. 2013.

DUARTE, Tatiane dos Santos. *A casa dos ímpios se desfará, mas a tenda dos retos florescerá: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro*. 2011. 229 f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Departamento de Antropologia, Instituto de Ciências Sociais, Universidade de Brasília, Brasília, 2011.

_____. A participação da frente parlamentar evangélica no legislativo brasileiro: ação política e (in) vocação religiosa. *Ciências sociais e religião*, Porto Alegre, ano 14, n. 17, p. 53-76, jul./dez. 2012.

ELSTER, Jon. *Ulysses unbound: studies in rationality, precommitment, and constraints*. Cambridge: Cambridge University Press, 2000.

FRESTON, Paul. A tentação política e a ética da renúncia. *Ultimato Online*, jul. 2014. Disponível em: <<http://www.ultimato.com.br/conteudo/a-tentacao-politica-e-a-etica-da-renuncia>>. Acesso em: 26 maio 2015.

_____. Marco Feliciano. O que os evangélicos têm a ver com isso? *Ultimato Online*, set. 2013. Disponível em: <<http://www.ultimato.com.br/conteudo/marco-feliciano-o-que-os-evangelicos-tem-a-ver-com-isso>>. Acesso em: 26 maio 2015.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAUCHET, Marcel. Neutralité, pluralisme, identités: les religions dans l'espace public démocratique. In: FERENCZI, Thomas (Org.). *Religion et politique: une liaison dangereuse?* Paris: Editions Complexe, 2003.

GIUMBELLI, Emerson. A presença do religioso no espaço público: modalidades no Brasil. *Religião e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 20, n. 2, p. 80-101, 2008.

_____. *O fim da religião: dilemas da liberdade religiosa no Brasil e na França*. São Paulo: Attar Editorial, 2002.

_____. Religião, Estado, modernidade: notas a propósito de fatos provisórios. *Estudos avançados*, São Paulo, v. 18, n. 52, 47-62, set./dez. 2004.

HABERMAS, Jürgen. L'état-nation a-t-il un avenir? In: HABERMAS, Jürgen (Org.). *L'intégration républicaine*. Paris: Fayard, 1998.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

HART, Darryl. *A secular faith: why christianity favors the separation of church and state*. Chicago: Ivan R. Dee, 2006.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

HUACO, Marco. A laicidade como princípio constitucional do Estado de Direito. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JABUR, Gilberto Haddad. *Liberdade de pensamento e direito à vida privada: conflitos entre direitos da personalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

LOCKE, John. *Carta sobre a tolerância*. São Paulo: Hedra, 2010.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996.

MACHADO, Maria das Dores Campos. A atuação dos evangélicos na política institucional e a ameaça às liberdades laicas no Brasil. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

_____. Aborto e ativismo religioso nas eleições de 2010. *Revista brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, p. 25-54, jan./abr. 2012.

_____; BURITY, Joanildo. A ascensão dos pentecostais no Brasil na avaliação de líderes religiosos. *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 3, p. 601-631, 2014.

MARIANO, Ricardo. Secularização na Argentina, no Brasil e no Uruguai: suas lutas no passado e no presente. In: ORO, Ari Pedro. *Religião e política no cone-sul: Argentina, Brasil e Uruguai*. São Paulo: Attar Editorial, 2006.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Laico, mas nem tanto: cinco tópicos sobre liberdade religiosa e laicidade estatal na jurisdição constitucional brasileira. *Revista jurídica*, Brasília, v. 9, n. 86, p. 11-57, ago./set. 2007.

MEIRELES, Rose Melo Vencelau. Em busca da nova família: uma família sem modelo. *Civilística.com*, Rio de Janeiro, ano 1, n. 1, jul./set. 2012. p. 10. Disponível em: <<http://civilistica.com/em-busca-da-nova-familia>>. Acesso em: 06 jun. 2015.

MENDONÇA, Eduardo Prado de. *A construção da liberdade*. São Paulo: Convívio, 1977.

MIGUEL, Luis Felipe. Aborto e democracia. *Estudos feministas*, Florianópolis, v. 20, n. 3, p. 657-672, set./dez. 2012.

MILL, John Stuart. *On liberty*. University Park, Pennsylvania: The Pennsylvania State University Press, 2006.

MOSCATELI, Renato. Republicanismo em Montesquieu e Rousseau. In: BIGNOTTO, Newton (Org.). *Pensar a república*. Belo Horizonte: EUFMG, 2002.

MURRAY, John Courtney. Liberdade religiosa. In: MURRAY, John Courtney (Dir.). *A liberdade e o homem*. Petrópolis: Vozes, 1967.

NICKEL, James W. *Who needs freedom of religion?* Miami: University of Miami, 2005.

ORO, Ari Pedro; URETA, Marcela. Religião e política na América Latina: uma análise da legislação dos países. *Horizontes antropológicos*, Porto Alegre, ano 13, n. 27, p. 281-310, jan./jun. 2007.

_____. A política da Igreja Universal e seus reflexos nos campos religiosos e políticos brasileiros. *Revista brasileira de Ciências Sociais*, v. 18, n. 53, p. 53-69, out. 2003.

_____. Organização eclesial e eficácia política: o caso da Igreja Universal do Reino de Deus. *Civitas*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 97-109, jun. 2003.

OROPEZA, Manuel González; SILVA, Carlos Báez. Utilización de símbolos, expresiones, alusiones o fundamentaciones de carácter religioso en la propaganda de los partidos y agrupaciones políticas nacionales. *Tribunal Electoral del Poder Judicial de La Federación*, México, v. 1, n. 6, p.63-128, 2010.

PEREIRA, Miguel Baptista. *Modernidade e secularização*. Coimbra: Livraria Almedina, 1990.

PETTIT, Philip. *Republicanism*. New York: Oxford University Press Inc., 2010.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. Religião e Política: entre a liberdade de manifestação do pensamento e o “abuso do poder religioso”. In: ANJOS FILHO, Robério Nunes dos (Org.). *Direitos Humanos e Direitos Fundamentais – Diálogos Contemporâneos*. Salvador: JusPodium, 2013. p. 472-496.

RIBEIRO, Milton. *Liberdade religiosa: uma proposta para debate*. São Paulo: Mackenzie, 2002.

RIBEIRO, Renato Janine. *A república*. São Paulo: Publifolha, 2005.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. São Paulo: Penguin Classics; Companhia das Letras, 2011.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos*. São Paulo: Cortez, 2014.

SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do poder religioso: a influência da religião evangélica no processo eleitoral brasileiro. In: MORENO, Jonas; TAMBELINI, Roberto; SANTANA, Uziel (Orgs.). *Os direitos de liberdade religiosa no Brasil e no mundo: aspecto teórico e práticos para especialistas e líderes religiosos em geral*. São Paulo: Associação Nacional de Juristas Evangélicos (Anajure), 2014.

SALDANHA, Nelson. *Secularização e democracia: sobre a relação entre formas de governo e contextos culturais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos tribunais e a laicidade do Estado. In: LOREA, Roberto Arriada (Org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

SOFIATI, Flávio Munhoz. *Juventude Católica: o novo discurso da Teologia da Libertação*. São Carlos: Edufscar, 2012.

SUNSTEIN, Cass. *The partial constitution*. Massachusetts: Harvard University Press, 1993.

TAVARES, André Ramos. O direito fundamental ao discurso religioso: divulgação da fé, proselitismo e evangelização. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 3, n. 10, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=57991>>. Acesso em: 10 maio 2015.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VITAL, Cristina; LOPES, Paulo Victor Leite. *Religião e política: uma análise da atuação de parlamentares evangélicos sobre direitos das mulheres e de LGBTs no Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Heinrich Böll; Instituto de Estudos da Religião, 2013.

ZUCCA, Lorenzo. Freedom of Religion in a Secular World. *Philosophical foundations of Human Rights*, King's College London Law School Research Paper n. 2013-4, p. 1-20, 2014.

A liberdade de participação política e a filiação partidária: uma análise a partir das candidaturas avulsas

CAROLINA ALVES DAS CHAGAS

Mestra em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná

BRUNNA HELOUISE MARIN

Pós-Graduada em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar

Sumário: 1. Representatividade, democracia e participação popular: contribuições à liberdade de participação política; 2. Revendo as restrições da liberdade política: são as condições de elegibilidade justas? 3. Os partidos políticos na atualidade brasileira; 4. A candidatura avulsa: limites e possibilidades; 5. Liberdade de participação política para além das candidaturas avulsas.

1. Representatividade, democracia e participação popular: contribuições à liberdade de participação política

A inquietação com a conformidade do termo “democracia representativa” se traduz principalmente pelo fato de que “em regra o ‘governo do povo’ torna-se o ‘governo autorizado pelo povo’ e a instrumentalização da cidadania e da soberania popular, nas democracias contemporâneas, faz-se pelo instituto da representação política”¹, cujos mecanismos operacionais muitas vezes não correspondem às expectativas populares; ou seja, é possível observar que existe uma contradição no conceito.²

Há, assim, uma oposição entre “o princípio democrático – que impõe a identidade entre governante e governado – e o princípio representativo – que supõe a sua distinção”³.

¹ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1089-1105; p. 1089.

² MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista de Sociologia Política*, n. 25, jun. 20 06, Curitiba, pp. 165-178, p. 166.

³ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1097.

Os autores de *O Federalista* – Hamilton, Madison e Jay – foram aqueles responsáveis pela moldura moderna da ideia de representação. Desde o final do século XVIII já afirmavam que todo o poder deveria advir do povo, mas que aqueles a quem fossem instrumentalizados tais poderes, por meio de mandatos com duração determinada, deveriam manter-se independentes desse mesmo povo.⁴ Madison, ao mesmo tempo, tecia noções contrárias às ideias básicas de democracia, haja vista que o povo não deveria ser convocado para decidir sempre, pois estaria mais propenso a agir de acordo com suas paixões em detrimento de suas razões. Ademais, tal prática também poderia ser vista como fonte de deslegitimação do governo, uma vez que se perderia aos poucos a sua confiabilidade para a resolução de problemas.⁵

Sob esse mesmo raciocínio, esses autores criaram instituições que afastavam a população da tomada de decisão, como a instauração de um bicameralismo e de uma Suprema Corte, sendo que um dos seus papéis seria, a princípio, de intermediário entre o Poder Legislativo e o povo, mantendo este último poder dentro dos limites estabelecidos pela soberania popular.⁶

Evidencia-se, portanto, que a noção de representação não nasce necessariamente vinculada àquela de democracia, o que traz a indagação sobre as possibilidades de sua combinação. Essa afirmação corrobora as ideias de Bernard Manin, segundo as quais os fundadores dos Estados representativos negaram desde o início a possibilidade de qualquer posição de governo em atendimento à vontade popular, mesmo que de maneira indireta, nesses tipos de organização estatal.⁷ Nesse sentido, não seria possível falar em “mandato”, visto que a função dos governantes não se determina por instruções entre ele e o eleitorado; nem em “representação”, pois não há uma vontade pré-formada, não se estaria representando algo ou alguém perante outrem.⁸ Entretanto essa perspectiva tende a não ser satisfatória para a população, que não se enxerga nas decisões governamentais tomadas.

Fato é que a Constituição da República de 1988 combina, mesmo que de maneira fraca, a democracia representativa com instrumentos de participação direta,⁹ de modo que a soberania popular não deveria se esgotar no momento inaugural do Estado, mas sim continuar “a ser critério de legitimidade e validade para as demais regras jurídicas posteriores à Cons-

⁴ MADISON, James. Federalist n. 37. In: HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Public Domain, E-pub.

⁵ MADISON, James. Federalist n. 49.

⁶ HAMILTON, Alexander. Federalist n. 78.

⁷ MANIN, Bernard. *La democracia de los modernos: los principios del gobierno representativo*. Disponível em: <www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/La%2520democracia%2520de%2520los%2520modernos.doc> + &cd= 1&hl=-fr&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 maio 2015.

⁸ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1093.

⁹ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1093.

tuição, como expressão da ideia de autodeterminação”¹⁰. Robert Post corrobora essa ideia, defendendo que um dos valores essenciais da democracia é a prática da autodeterminação.¹¹

Segundo Post, uma definição de democracia seria distinta de aproximá-la somente das noções puras de soberania popular e majoritariedade, sendo essas representantes de tipos de procedimentos decisórios. Assim, democracia estaria mais próxima de práticas de autogoverno, nas quais as pessoas estão convencidas de que estão envolvidas no processo de governarem a elas mesmas; ou seja, não seria a necessidade de puramente tomarem decisões, mas sim também reconhecerem sua autoridade nelas.¹²

Para tanto, seria importante a adoção de uma democracia inclusiva. Nos termos de Ronald Dworkin, essa seria a “*partnership democracy*”, uma democracia em prol do autogoverno dos indivíduos, na qual todos os cidadãos possuem oportunidade de participar de maneira igual na vida política, com igualdade de vozes. Sendo que os interesses de todos tenham oportunidade de serem levados igualmente em consideração e que seja garantido a esses cidadãos uma esfera privada, sem que haja intervenções de uma maioria.¹³ Democracia, então, seria mais que o governo da maioria, caminhando para a inclusão e participação de todos.

No Brasil, a inclusão e participação levada à esfera política pode ser evidenciada, dentre outros meios, a partir do princípio do pluralismo político e pela adoção do sistema eleitoral proporcional, garantindo um espaço político efetivo por meio da imposição da convivência institucional. Deve-se ressaltar, portanto, que uma democracia requer cidadãos que reconheçam seus governos como próprios, como verdadeiramente lhes representando, que de alguma maneira seja capaz de ser responsivo aos seus valores e ideias.¹⁴

Pela leitura desses autores, evidencia-se que a população necessita se ver presente em seus governos, participar de forma autodeterminante, para serem governadas satisfatoriamente; em outras palavras, ela precisa de um ambiente democrático, não se contentando com a mera representação. Uma forma de tentar compatibilizar esses institutos – democracia e representação – seria por meio da *accountability*, que se refere “ao controle que os poderes estabelecidos exercem uns sobre os outros (*accountability* horizontal)” e, “sobretudo, à necessidade que os representantes têm de prestar contas e submeter-se ao veredicto da população (*accountability* vertical)”¹⁵.

Assim, é possível observar que por meio dessa última forma de *accountability* o representante não está vinculado necessariamente às preferências dos seus constituintes, mas deveria decidir consoante eles decidissem caso dispusessem das condições.

¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia*: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 43.

¹¹ POST, Robert. Democracy and Equality. *Faculty Scholarship Series*, n. 17, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/177/>. Acesso em: 16 maio 2015. p. 25.

¹² POST, Robert. Democracy and Equality. *Faculty Scholarship Series*, n. 17, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/177/>. Acesso em: 16 maio 2015. p. 26.

¹³ DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006. p. 133-134.

¹⁴ POST, Robert. Democracy and Equality. *Faculty Scholarship Series*, n. 17, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/177/>. Acesso em: 16 maio 2015. p. 27.

¹⁵ MIGUEL, Luis Felipe. *Impasses da Accountability...*, p. 167.

O problema aparece, entretanto, no fato de os cidadãos nem chegarem a se sentirem verdadeiramente representados. Os laços que deveriam ligar os eleitores aos parlamentares, candidatos, partidos, vem perdendo força, de modo que há reações por parte da população que se opõem à “adesão confiante no sistema político, que o bom funcionamento da representação deveria disseminar”.¹⁶

A democracia brasileira é essencialmente representativa, porém a confiança, fundamento subjetivo da relação do mandato representativo, encontra-se enfraquecida, não havendo sanção jurídica para a quebra de confiança nem remédio jurídico para sua restauração.¹⁷ Diante desse cenário, repensar os mecanismos de representação pode ser uma das formas de se buscar aproximar a representatividade, da democracia e da participação popular. Uma hipótese possível seria com a ampliação da liberdade de participação política.

Por meio dela, potencializam-se as possibilidades de autodeterminação, bem como relacionam-se diretamente os princípios constitucionais e direitos fundamentais, tais como o pluralismo político (art. 1º, V, CRFB/88), liberdade e igualdade (art. 5º, caput, CRFB/88) e liberdade de associação, juntamente com sua faceta de que ninguém será compelido a associar-se ou manter-se associado (art. 5º, XVII e XX, CRFB/88).

A liberdade de participação política é uma liberdade pública – nos termos de Jean Rivero –, a qual necessita que o Estado consagre seus princípios, proteja seu exercício e assegure sua observância; assim, diferente da maioria das liberdades que demandam uma posição negativa do Estado, essas liberdades públicas necessitam que ele as reconheça e efetive.¹⁸

Em complemento a essa ideia encontra-se a liberdade de associação, que está ligada à possibilidade de participação política por parte de cidadãos como representantes do povo, no tocante às agremiações partidárias. Remete-se à obrigatoriedade, em alguns países como o Brasil, de se estar filiado a um partido político para que se adquira capacidade eleitoral passiva. Tais conceitos devem ser analisados sob a luz da noção de liberdade de associação como um direito fundamental, ao mesmo tempo que se deve partir da perspectiva de que, a princípio, o Estado não deve impor o ingresso de alguém em uma associação,¹⁹ mas deve assegurar o acesso à participação política de seus cidadãos. Segundo Jean Rivero, é a liberdade de associação uma liberdade pública, cujas prerrogativas para ser efetivada dependem muitas vezes da atuação estatal e, dentre as características gerais da liberdade de associação, está o respeito à liberdade dos indivíduos dentro das associações.

Partindo-se de uma análise por meio do Direito Eleitoral, ainda é possível observar outros princípios que seriam melhores observados a partir de uma liberdade na participação

¹⁶ MIGUEL, Luís Felipe. *Impasses da Accountability...*, p. 172.

¹⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1099.

¹⁸ RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. v. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1983. p. 23.

¹⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 347.

política. Primeiramente, cita-se o preceito constitucional da liberdade para o exercício do mandato, pelo qual se tem a inconstitucionalidade do mandato partidário, uma vez que não se pode reduzir o mandatário a um repetidor de uma vontade já formada no âmbito partidário, bem como a submissão dos mandatários às agremiações partidárias anularia o mandato livre e revelaria uma “partidocracia”.²⁰ Vale aqui ressaltar que na democracia brasileira o mandato é livre, pois, “fosse o representante vinculado a uma vontade anterior à sua atuação no parlamento, não teria sentido discutir, debater e ouvir opiniões divergentes”, devendo a representação ser pensada como o espaço de deliberação para que se chegue a uma decisão por meio da formulação de problemas.²¹

Outro princípio que pode ser destacado é o da autenticidade eleitoral, o qual parte da premissa que “a genuidade, a sinceridade da democracia exige um conjunto de direitos, liberdades e garantias que permitam a formação da vontade política sem vícios e sem distorções”, devendo os procedimentos serem envoltos de garantias de igualdade e de liberdade, visando à legitimidade do sistema representativo.²² Importante frisar, nesse âmbito, que além da igualdade de voto, deve-se prever a liberdade de expressão e de associação.²³

Derivada dessa ideia, encontra-se a necessidade de fidedignidade da representação política. Trata-se de buscar aproximar a maior identificação possível entre a vontade do eleitorado e a formação das casas legislativas, ratificando-se que o comportamento eleitoral não se mostra dirigido aos partidos, mas sim às pessoas em específico.²⁴ A liberdade de participação política, portanto, possui respaldo na Constituição, sendo um direito dos cidadãos, cuja autodeterminação é necessária, a fim de se materializar uma efetiva relação entre democracia e representatividade, as quais devem ser garantidas pelo Estado.

Assim, sob um viés principiológico, necessário averiguar a relação dessas candidaturas independentes com um possível aumento da liberdade de participação política. Percebe-se, no caso brasileiro, que o constituinte originário realizou restrições a tal ideia, ao se prever de forma mandatória a filiação partidária para concorrer às eleições. A despeito disso, o presente trabalho analisa se as candidaturas avulsas funcionariam como ferramenta para ampliação da liberdade de participação política, em detrimento do viés de hermenêutica constitucional, no qual se verificaria se isso seria ou não violação de cláusula pétrea. Nesse sentido, é preciso elucidar as restrições previstas no Brasil para essas candidaturas, a situação dos partidos políticos no âmbito representativo brasileiro, bem como se no atual cenário político-partidário brasileiro e mundial, elas seriam adequadas.

²⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 75; 95.

²¹ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 1101.

²² SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 33.

²³ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 36.

²⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 54; 66.

2. Revendo as restrições da liberdade política: são as condições de elegibilidade justas?

Os direitos políticos são qualificados como direitos fundamentais, previstos no Título II da Constituição Federal de 1988, que trata “Dos direitos e garantias fundamentais”. São considerados desdobramento do regime democrático;²⁵ é dizer, a “positivação e garantia dos direitos políticos é condição *sine qua non* da operatividade do princípio democrático”, bem como parâmetro de sua legitimidade.²⁶ A principal finalidade dos direitos políticos será, então, atribuir ao cidadão capacidade jurídica para intervir na gestão dos assuntos públicos, uma vez que há de se ter uma participação ativa dele para que o poder seja legitimamente exercido. Cumpre-se, assim, a função de materializar o princípio da soberania popular,²⁷ sendo que tais direitos políticos fecham o ciclo democrático, interligando todos os direitos fundamentais com base na ideia de sua indivisibilidade e interdependência.²⁸

Os direitos políticos comportam duas capacidades eleitorais: a ativa e a passiva. No que tange aos direitos políticos subjetivos passivos – ou seja, ao direito de ser votado – embora tenha status de direito fundamental, conforme determina a Constituição, deve submeter-se a certas condições para indicar seu nome à avaliação do eleitorado. Isto é, antes de apresentar-se à disputa eleitoral, o pretense candidato deverá ser elegível, para que possa validamente postular um mandato, retratando a elegibilidade aptidão para ser eleito e receber votos em um certame,²⁹ e, ainda, não poderá estar incurso nas hipóteses de inelegibilidade. Óscar Sánchez Muñoz adverte que os requisitos formais, normalmente previstos na legislação eleitoral, podem criar sérios problemas do ponto de vista da liberdade de acesso à competição eleitoral, devendo-se ter em vista a aplicação de condições de igualdade e que não impliquem de forma negativa na apresentação das candidaturas.³⁰

Para Rodolfo Viana Pereira, os atos do processo eleitoral podem ser divididos em três etapas (preparatória, constitutiva e integridade de eficácia), sendo que a primeira fase – preparatória – refere-se às operações que visam a “habilitar os atores políticos, informar o corpo eleitoral e criar a infraestrutura necessária à recolha da vontade popular, tendo como atos principais o alistamento eleitoral e atualização do cadastro de eleitores, o registro dos candidatos e a campanha eleitoral”³¹.

É necessário, desse modo, que o postulante reúna as condições de elegibilidade

²⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 743.

²⁶ SARLET, Ingo W.; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, v. 11, p. 381-424, 2013. Disponível em: <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_11_1_2013/los_derechos.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015. p. 383.

²⁷ SARLET, Ingo W.; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, v. 11, p. 381-424, 2013. Disponível em: <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_11_1_2013/los_derechos.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015. p. 383-384.

²⁸ MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 187.

²⁹ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135.

³⁰ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 159.

³¹ PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 24.

elencadas no art. 14, §3º da Constituição Federal, quais sejam: nacionalidade brasileira, pleno exercício dos direitos políticos, alistamento eleitoral, domicílio eleitoral na circunscrição, filiação partidária e idade mínima para postular o mandato relativo ao respectivo cargo que pretenda disputar. De acordo com José Jairo Gomes, a elegibilidade retrata as ideias de cidadania passiva e capacidade eleitoral passiva, demonstrando a aptidão de ser eleito para receber votos em um certame.³²

Na ausência de qualquer um desses requisitos, o cidadão não poderá concorrer a qualquer cargo eletivo, não se confundido, porém, como uma hipótese de inelegibilidade, pois para que alguém possa ser eleito precisa preencher os referidos pressupostos de elegibilidade.

José Afonso da Silva distingue as condições de elegibilidade das inelegibilidades. Segundo o autor, essas condições seriam requisitos gerais necessários para que o eleitor se torne elegível,³³ ou seja, seriam critérios objetivos para exercício de um direito na prática. Já em se tratando das inelegibilidades, seriam elas verdadeiras restrições aos direitos políticos do cidadão, um “impedimento à capacidade eleitoral passiva” (que seria o direito de ser votado). No entanto, são de grande importância por possuir suporte e fundamento ético, protegendo, dentre outras coisas, a probidade administrativa e a moralidade no exercício dos mandatos.³⁴

Nessa mesma linha de pensamento, Antônio Carlos Mendes faz uma separação entre condições de elegibilidade e inelegibilidades, ao ressaltar que “elegibilidade e inelegibilidade [...] são institutos jurídicos distintos e não podem ser tomados, segundo o significado literal, como o verso e o reverso da mesma realidade normativa”.³⁵ Para o autor, cumprindo a exigência do alistamento eleitoral, o brasileiro já pode ser considerado eleitor e goza da presunção ‘*juris tantum*’ de exercício pleno dos direitos políticos. Trata-se de uma presunção, portanto, passível de ser afastada pelas condições de elegibilidade, as quais ele toma como pressupostos, como uma reunião de categorias determinadas pelo Direito positivo, para formação de uma aptidão jurídica.³⁶

No caso das inelegibilidades, elas configurariam a existência de uma proibição que impossibilitaria a candidatura, assegurando o correto exercício do mandato eletivo. Consoante Jorge Miranda, a “averiguação da existência dos requisitos de elegibilidade precede logicamente a averiguação da existência de inelegibilidades, sendo uma de resultado contrário à outra. Os requisitos de elegibilidade são sempre absolutos e de natureza institucional, porque têm de estarem presentes em quaisquer eleições”.^{37 38}

Dessa forma, as inelegibilidades implicam na limitação de direitos fundamentais, contando com fundamento constitucional (art. 14, §§ 4º ao 9º), pois

³² GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135.

³³ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 224-225.

³⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 228.

³⁵ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 108.

³⁶ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p.102; 104.

³⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 306.

³⁸ MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 108; p.121.

sendo todos os direitos fundamentais iminentemente limitados, não apenas pela sua qualidade jurídica – e daí a exclusão da proteção liminarmente derivada da interpretação da respectiva previsão normativa –, mas também pela sua necessária compatibilização originária com os outros valores igualmente dignos de proteção constitucional.³⁹

Posto isso, percebe-se que as condições de elegibilidade não se confundem com as inelegibilidades como um direito político negativo, uma vez que importam em uma forma de impedimento, restringindo a participação de determinados cidadãos no processo político de forma passiva. Sobre as causas de inelegibilidade, a Constituição Federal prevê no art. 14, §§ 4º a 7º, as hipóteses de restrição que impedem determinados cidadãos de postularem mandato eletivo, além de, em seu §9º, delegar à lei complementar o estabelecimento de outros casos. As condições de elegibilidade, por seu turno, são “exigências ou requisitos positivos que devem, necessariamente, ser preenchidos por quem queira registrar candidatura e receber votos validamente”, como requisitos essenciais para que se possa ser candidato.⁴⁰

Outra faceta do direito político é a capacidade eleitoral ativa, na qual direitos da cidadania são adquiridos por meio do alistamento eleitoral. Trata-se de uma das condições de elegibilidade, por meio da qual há um processo em que o indivíduo é introduzido no corpo eleitoral, ou seja, quando seu nome é inscrito no rol dos eleitores. É, assim, uma forma para se alcançar a cidadania, outorgando ao cidadão aptidão para participar da vida política.⁴¹

O alistamento é feito mediante qualificação e inscrição da pessoa perante a Justiça Eleitoral, outorgando-lhe capacidade eleitoral ativa. É ato obrigatório, assim como o voto, para os brasileiros maiores de dezoito anos, e facultativo para os analfabetos, os maiores de setenta anos e os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (art. 14, § 1º, I e II, CF).⁴² Em relação aos inalistáveis, a própria Constituição descreve de forma expressa no §2º do artigo 14 quais indivíduos não podem se alistar: os estrangeiros e os conscritos.

Os conscritos, segundo o Regulamento da Lei do Serviço Militar, são definidos como “os brasileiros que compõem a classe chamada para a seleção, tendo em vista a prestação do Serviço Militar inicial”. Também, são equiparados aos conscritos os que se encontram cumprindo prestação alternativa; os médicos dentistas, farmacêuticos e veterinários que terão a incorporação adiada para depois da colação de grau e os residentes no exterior e os considerados temporariamente inaptos ao serviço militar.⁴³

Conforme o Ministro Nilson Naves “a proibição de o conscrito votar não é mais e nem menos que a suspensão temporal de direitos políticos”,⁴⁴ muito embora essa causa de sus-

³⁹ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 259.

⁴⁰ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 130.

⁴¹ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 150.

⁴² PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 151.

⁴³ BORN, Rogerio Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Revista Paraná Eleitoral TRE-PR*, n. 057, 2005. p. 2.

⁴⁴ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.165*. Ministro Relator Nilson Naves. Brasília, DF, 07 de abril de 1998.

pensão não esteja elencada no artigo 15 da Constituição Federal.⁴⁵ A Resolução n. 21.538/04 do Tribunal Superior Eleitoral ordena a suspensão do título de eleitor nessa hipótese, gerando uma crise de constitucionalidade.⁴⁶

José Joel Candido defende que não há razão para que se impeça o voto do conscrito, corroborando o entendimento de que “não se poderia tomar esse dispositivo (art. 14, § 2º) como substrato para impedir o voto dos conscritos alistados antes da incorporação, que, nessas circunstâncias, poderiam exercer o direito de voto”,⁴⁷ evidenciando que a doutrina aponta a inconsistência de tal leitura, em face da ausência de previsão expressa de suspensão dos direitos políticos dos conscritos na Constituição.⁴⁸ Essa seria a visão também de Marcos Ramayana, segundo o qual “não se justifica, no atual estágio de evolução democrática, qualquer restrição ao voto do conscrito [...] se não é vedada a candidatura do militar, não é crível se obstaculizar o voto do conscrito, nem o seu alistamento”.⁴⁹

Com relação aos estrangeiros, observa-se a ausência de outra condição de elegibilidade prevista na Constituição para que tenha uma cidadania plena: nacionalidade brasileira. Assim, por não possuírem nacionalidade brasileira, eles não preenchem os requisitos para o alistamento eleitoral, portanto, não possuem capacidade eleitoral ativa. Entretanto, depois de adquirida a nacionalidade brasileira, obtêm todos os direitos políticos inerentes aos cidadãos brasileiros, inclusive a elegibilidade, salvo para postular os cargos previstos no art. 12, §3º, da CF.

Assim sendo, embora inicialmente seja razoável exigir a nacionalidade como condição de elegibilidade, o que atende à finalidade constitucional de resguardar a soberania do país, tendo em vista que a nacionalidade é o vínculo jurídico existente entre a pessoa e o Estado,⁵⁰ cabe aqui levantar uma possível injustiça quanto a essa posição jurídica em que se encontram os estrangeiros. É cada vez mais comum que eles participem ativamente de atividades no país, bem como serem tributados, porém ainda não possuem direitos políticos, não correspondendo às transformações sociais das últimas décadas, ao tratar como cidadão somente o nacional.⁵¹

O pleno exercício dos direitos políticos também é previsto como condição de elegibilidade, não podendo se alistar aqueles cidadãos que incorram nas hipóteses de perda ou suspensão de direitos políticos, com previsão no art. 15 da CF, porquanto se encontram privados desses direitos. No caso de perda de direitos políticos, “o cidadão ficará afastado de suas

⁴⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.165*. Ministro Relator Nilson Naves. Brasília, DF, 07 de abril de 1998.

⁴⁶ BORN, Rogério Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Revista Paraná Eleitoral TRE-PR*, n. 057, 2005. p. 2.

⁴⁷ CÂNDIDO, JOEL J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Edipro, 2010. p. 101.

⁴⁸ SALGADO, Eneida Desiree. Os direitos políticos e os militares na Constituição de 1988. *Paraná Eleitoral TER-PR*, v. 2, n. 3. p. 353.

⁴⁹ RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 75.

⁵⁰ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*. p.97.

⁵¹ SARLET, Ingo W.; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, v. 11, p. 381-424, 2013. Disponível em: <http://www.cecocch.cl/docs/pdf/revista_11_1_2013/los_derechos.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015. p. 399. Para mais sobre os direitos dos estrangeiros ver o seguinte artigo presente nesta mesma obra: KLEIN, Érico Prado; KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. *Restrições às liberdades do imigrante e a injustiça institucional*.

capacidades ativas e passivas (direito de votar e ser votado) por absoluta impossibilidade de reversibilidade (reaquisição),⁵² não havendo previsão de cessação do cerceamento das capacidades eleitorais. Poderá ocorrer com o cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado ou como consequência da recusa de cumprir obrigação a todos imposta.⁵³

Neste último caso, consoante o artigo 5º, VIII, da Constituição, é permitido que o indivíduo deixe de cumprir uma obrigação legal a todos imposta, evocando escusa de consciência, com a condição de que cumpra uma prestação alternativa, sob pena de perda dos direitos políticos. Todavia, para que haja a perda de direitos políticos devem estar presentes dois requisitos, segundo Alexandre Moraes: o descumprimento de uma obrigação a todos imposta e a recusa à realização de uma prestação alternativa fixada em lei.⁵⁴ Veja-se que o legislador constituinte de 1988 quando inseriu no artigo 15 que o descumprimento da prestação alternativa aos deveres a todos imposta sujeitaria o objeto à perda ou suspensão dos direitos políticos, também deixou *in albis* se essas restrições possuem a natureza de sanção ou de medida coercitiva (poder de polícia).⁵⁵

Na hipótese de cancelamento da naturalização, após o trânsito em julgado da decisão, como consequência o indivíduo retornará à situação de estrangeiro, uma vez que, em tese, cometeu atividades nocivas ao interesse nacional, tornando-se novamente inalistável.⁵⁶ Por outro lado, no caso de suspensão dos direitos políticos, o cidadão somente terá restringido seus direitos políticos pelo prazo estabelecido pela lei ou com a reaquisição deles. Sendo que quem possui direitos políticos e vem a ser deles privado, com a possibilidade de novamente obter seu exercício, apenas tem suspenso o seu exercício, atuando a suspensão no plano da eficácia, e a perda no da existência.⁵⁷

A suspensão pode surgir como consequência da: condenação criminal transitada em julgado enquanto perdurarem seus efeitos, improbidade administrativa e incapacidade civil absoluta. Esta se refere aos menores de 16 anos, àqueles que, por moléstia ou deficiência mental, foram declarados incapazes por sentença judicial, porquanto não possuem discernimento para exercer os atos da vida civil, e também, aos que por não consigam exprimir sua vontade.

Em relação à condenação criminal transitada em julgado, de acordo com o entendimento do Tribunal Superior Eleitoral, ela “ocasiona a suspensão dos direitos políticos, en-

⁵² RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2010. p. 271.

⁵³ Consoante o art.5º, inciso VIII, da Constituição, é permitido que o indivíduo, uma vez que lhe é assegurado a liberdade de crença religiosa, convicção filosófica e política, deixe de cumprir uma obrigação legal a todos imposta, evocando escusa de consciência, com a condição de que cumpra uma prestação alternativa, sob pena de perda dos direitos políticos.

⁵⁴ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 248.

⁵⁵ BORN, Rogério Carlos. *A objeção de consciência e as privações aos direitos políticos fundamentais*. 2013. 124f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado Em Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Unibrasil, Curitiba, 2013. p. 75.

⁵⁶ “Art. 12. § 4º. Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que: I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional”. BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 maio 2015.

⁵⁷ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*, p.89.

quanto durarem seus efeitos, independentemente da natureza do crime”,⁵⁸ sendo efeito automático da condenação criminal transitada em julgado.⁵⁹ Portanto, nessa hipótese, tem-se que a suspensão é uma consequência automática e imediata da sentença condenatória e persiste até o cumprimento da pena ou extinção da punibilidade, consoante a Súmula n. 09 do TSE.⁶⁰

No mesmo sentido, prevê o artigo 37, parágrafo 4º, da CF, regulado pela Lei n. 8.429/92, que os atos de improbidade administrativa importam na suspensão dos direitos políticos, além de vislumbrar outras sanções aplicáveis ao agente público. Ainda, note-se que o pretense candidato condenado por ato doloso de improbidade administrativa, tipificado como lesivo ao patrimônio público e gerador de enriquecimento ilícito, ao contrário do que dispõe a Lei de Improbidade Administrativa, poderá ser declarado inelegível perante a Justiça Eleitoral bastando somente condenação por órgão colegiado, consoante preceitua o art. 1º, alínea “I” da Lei Complementar n. 64/90, com redação dada pela LC n. 135/10.

Quanto às outras condições de elegibilidade, é exigido domicílio eleitoral na respectiva circunscrição, no mínimo, um ano antes das eleições, consoante o parágrafo único do artigo 42 do Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1995). A legislação eleitoral equiparou, para fins de domicílio, a residência ou moradia, bastando habitualidade.⁶¹

Ademais, a Constituição exige idade mínima, de acordo com o cargo que se pretenda disputar, como última condição de elegibilidade. Para os cargos de Presidente e Vice-Presidente da República e Senador, exige-se que os candidatos possuam 35 anos de idade; para Governador e Vice-Governador de Estado e do Distrito Federal, 30 anos; Deputado Federal, Deputado Estadual ou Distrital, Prefeito e Vice-Prefeito, 21 anos; e, 18 anos para Vereador. Destaca-se que tramita no Congresso Nacional a proposta de Emenda à Constituição n. 113, de 2015, por meio da qual – além de outras mudanças – propõe a redução da idade mínima de senador e governador para 29 anos, deputado federal ou estadual para 18 anos.

Por fim, a filiação partidária também foi exigida como condição de elegibilidade pelo constituinte, sendo que para que um cidadão se filie ao partido político deve estar em pleno gozo dos direitos políticos. A Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/95), ainda, criou mais uma imposição: a necessidade de filiação partidária por determinado prazo antes da data fixada para as eleições, majoritárias ou proporcionais para que o eleitor possa concorrer a cargo eletivo, consoante previsto em seu artigo 18, *caput*, alterado pela Lei n. 13.165/15 que fixou o prazo em seis meses – que anteriormente era de um ano. Porém, como a filiação é ato de

⁵⁸ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 35.803*. Ministro Relator Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 15 de outubro de 2009.

⁵⁹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 35.803*. Ministro Relator Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 15 de outubro de 2009.

⁶⁰ “TSE. Súmula n. 9. A suspensão de direitos políticos decorrente de condenação criminal transitada em julgado cessa com o cumprimento ou a extinção da pena, independentemente de reabilitação ou de prova de reparação dos danos”. BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Súmula n. 9*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-09>>. Acesso em: 14 maio 2012.

⁶¹ O Tribunal Superior Eleitoral já decidiu que o conceito de domicílio no Direito Eleitoral é mais amplo do que no Direito Civil e satisfaz-se com a demonstração de vínculo político, social ou afetivo. Cf. Agravo de Instrumento n. 7.286 do Tribunal Superior Eleitoral.

responsabilidade das agremiações políticas, nada impede que o estatuto da agremiação exija um prazo maior de filiação como condição à participação na eleição.

Os Partidos comprovam para a Justiça Eleitoral a filiação de eleitores encaminhando na segunda semana dos meses de abril e outubro de cada ano, nos termos do art. 19 da Lei n. 9.096/95, a relação dos nomes de todos os seus filiados. As agremiações partidárias têm autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento, e seus estatutos devem conter normas de fidelidade e disciplina partidárias, em consonância com a referida lei, mediante a permissão do artigo 17 da Constituição Federal, que dispõe que “é livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”⁶².

Para Djalma Pinto, “o partido detém o monopólio da indicação dos postulantes aos cargos eletivos, cabendo aos eleitores a escolha dos nomes, entre os apontados pelas agremiações, para investidura na representação popular”⁶³. A filiação estabelece um vínculo entre o cidadão e a entidade partidária,⁶⁴ não sendo permitidas as candidaturas avulsas no sistema eleitoral brasileiro, podendo, em primeiro momento, justificar-se pelo fato de os Partidos Políticos possuírem a missão constitucional de intermediar a relação entre a população e os mandatários, dando condições para que as tendências preponderantes no Estado influam sobre o governo, sendo tidos como veículo natural de representação política.⁶⁵

Destaca-se que a filiação partidária, contudo, é matéria sujeita à regulamentação intrapartidária, devendo ser feita conforme as regras estabelecidas no estatuto partidário, ficando a mercê da autonomia das agremiações para fixarem as normas referentes ao seu funcionamento, organização, estrutura interna,⁶⁶ o que no Brasil esbarra com as dificuldades encontradas pela ausência de democracia interna partidária – realidade essa que será discutida mais adiante.

Nesse viés, salienta-se a situação dos militares, agentes públicos que integram as Forças Armadas, que quando são alistáveis são elegíveis, consoante o art. 14, §8º, da CF, ou seja, o militar não estando conscrito, possui capacidade eleitoral ativa e passiva, porém a própria Constituição prevê que o militar ativo, em serviço, não pode filiar-se a partido político, conforme dispõe o art. 142, §3º, inciso V.

É dizer, “aos militares é vedada a sindicalização e a filiação a partido político, em clara restrição ao direito fundamental de associação”.⁶⁷ Excluir genericamente toda uma classe de servidores do Estado do exercício da elegibilidade seria restringir demasiadamente seus direitos políticos.⁶⁸ Por um lado, tal restrição poderia justificar-se no sentido de manter as

⁶² BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 13 set. 2015.

⁶³ PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 164.

⁶⁴ GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 135.

⁶⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 163.

⁶⁶ COSTA, Adriano Soares da. *Instituições de Direito Eleitoral*, p.95.

⁶⁷ SALGADO, Eneida Desiree. Os direitos políticos e os militares na Constituição de 1988. *Paraná Eleitoral TER-PR*, v. 2, n. 3. p. 353.

⁶⁸ PIRES, Sergio Fernandes Senna; AMORIM, Miriam Campelo Melo. Alistamento eleitoral, filiação partidária e elegibi-

Forças Armadas e os militares da ativa desvinculados da militância político-partidária, o que pode ter sido considerado pelo legislador constituinte.⁶⁹

Em que pese essa aparente antinomia entre normas constitucionais, o Tribunal Superior Eleitoral optou por uma interpretação construtiva em nome do princípio da unidade da Constituição.⁷⁰ Entendeu-se que a filiação partidária contida no art. 14, § 3º, V, Constituição Federal não é exigível ao militar da ativa que pretenda concorrer a cargo eletivo, bastando o pedido de registro de candidatura após prévia escolha em convenção partidária.⁷¹

Destarte, em razão dessa situação excepcional, ao militar abre-se uma exceção, visto que para que ele seja candidato não necessita filiação partidária, apenas é necessário que o partido pelo qual ele pretende concorrer indique-o por meio da convenção partidária, com sua prévia aquiescência. Posteriormente, o militar deve pedir o registro de sua candidatura ao órgão competente da Justiça Eleitoral, e informar sua organização, sendo assim, atendidas essas exigências, supre-se a necessidade de filiação.

Todavia, a partir de então, para que adquira totalmente a elegibilidade, o militar deverá afastar-se do cargo, entretanto somente após “o deferimento do registro de candidatura é que se dará, conforme o caso, a transferência para inatividade ou a agregação”,⁷² de acordo com a Corte Eleitoral. Conforme dispõe a CF, o militar deverá afastar-se de suas atividades, se contar menos de dez anos de serviço, sendo desligado da organização que pertence. Por outro lado, de acordo com o art. 14, §8º, inciso II, da CF, se tiver mais de dez anos de serviço, o militar será agregado pela autoridade superior, sendo afastado temporariamente do serviço ativo.

Note-se, porém, que esse afastamento somente persistirá até ao ato de diplomação do candidato militar. Caso seja eleito, ele passará para a reserva, caso contrário, regressará às Forças Armadas. Contudo, frise-se que o militar inativo, que já estiver na reserva, deve filiar-se a partido político dentro do prazo legal, sendo-lhe exigível a condição de elegibilidade referente à filiação partidária, uma vez que os aludidos dispositivos constitucionais apenas abrangem os militares na ativa.⁷³

Não obstante, caso o militar passe para inatividade a menos de seis meses da escolha em convenção, ele deverá filiar-se a partido político no prazo de 48 horas, contado da entrada na inatividade, cumprindo, assim, a condição de elegibilidade relativa à filiação partidária, conforme entendimento do TSE. Em síntese, depois da escolha em convenção partidária, o pretenso militar candidato passará para a inatividade mediante a agregação, demissão ou licenciamento, providenciando, logo após, a filiação partidária independente do tempo de fi-

lidade dos militares. *Cadernos Aslegis, Brasília*, v. 9, n. 26, p. 11-30, 2005. p. 14.

⁶⁹ PIRES, Sergio Fernandes Senna; AMORIM, Miriam Campelo Melo. Alistamento eleitoral, filiação partidária e elegibilidade dos militares. *Cadernos Aslegis, Brasília*, v. 9, n. 26, p. 11-30, 2005. p. 21.

⁷⁰ SALGADO, Eneida Desiree. Os direitos políticos e os militares na Constituição de 1988. *Paraná Eleitoral TER-PR*, v. 2, n. 3, p. 353

⁷¹ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.787*. Ministro Relator Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 01 de junho de 2004.

⁷² BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 20.169*. Ministro Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de setembro de 2002.

⁷³ BORN, Rogério Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Revista Paraná Eleitoral TRE-PR*, n. 057, 2005. p. 7.

liação e, por fim, tempestivamente desincompatibilizado, efetuará o registro da candidatura.⁷⁴ Noutro passo, filiado a partido político que, posteriormente, torna-se militar “perde automaticamente a filiação, e, conseqüentemente, não pode ser eleito para cargo de direção partidária e praticar atos daí decorrentes”,⁷⁵ consoante precedente da Corte Superior Eleitoral.

No mais, ressalta-se que se aplica também aos magistrados e membros do Ministério Público a vedação à atividade político-partidária, desse modo, no ato de investidura, caso o servidor seja filiado a partido político, extingue-se a filiação, conforme o TSE a “Filiação partidária não impede a investidura; esta é que impedirá, sob pena de perda do cargo, a permanência daquela”.⁷⁶

Aos magistrados, essa limitação decorre do art. 95, parágrafo único, inciso III, da CF, devendo ser observados os prazos de desincompatibilização previstos por lei complementar. Nesse viés, as vedações previstas no referido artigo teriam por finalidade assegurar a imparcialidade do magistrado, evitando que exerça determinados cargos e funções, ou ainda, afastando-o de situações que possam criar embaraço no exercício de sua atividade jurisdicional.⁷⁷

Porém, em relação aos membros do Ministério Público existe uma peculiaridade, visto que anteriormente à promulgação da EC n. 45/2004, que modificou a redação do art. 128, §5º, da CF, era possível a candidatura, sendo que essa nova vedação passou a constituir causa absoluta de inelegibilidade – assim como já existente aos magistrados –, pois os membros do Ministério Público não poderão filiar-se a partidos políticos, nem tampouco disputar qualquer cargo eletivo, salvo se estiverem aposentados ou exonerados, independentemente do ingresso ter sido após a EC n. 45/04 ou entre essa e a promulgação do texto constitucional.⁷⁸ Desse modo, a partir da aludida emenda, restringiu-se o exercício de cargo eletivo sem o devido afastamento definitivo daqueles de suas funções, consoante entendimento da Corte Superior Eleitoral e do Supremo Tribunal Federal. O sistema eleitoral brasileiro não admite candidatos avulsos, desvinculados de um partido político, sendo exigido de todos os concorrentes a filiação a uma agremiação partidária.

As condições de elegibilidade acima expostas devem ser interpretadas, para Óscar Sánchez Muñoz, em sentido mais favorável ao exercício dos direitos fundamentais, no caso, direito de acesso à competição eleitoral.⁷⁹ Assim, se de um lado sua existência pode ser justificada, uma vez que a pretensão ao exercício de mandato eletivo, por constituir no ápice da caracterização do conceito de cidadania, implica no preenchimento de determinados requisitos constitucionais e legais, preservando os próprios cidadãos;⁸⁰ por outro, não se pode

⁷⁴ BORN, Rogerio Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Revista Paraná Eleitoral TRE-PR*, n. 057, 2005. p. 8.

⁷⁵ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 9.732*. Ministro Relator Torquato Jardim. Brasília, DF, 19 de setembro de 1992.

⁷⁶ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 10.137*. Ministro Relator Néri da Silveira. Brasília, DF, 08 de outubro de 1976.

⁷⁷ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 532.

⁷⁸ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 651.

⁷⁹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 160.

⁸⁰ ZILIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. p. 131.

deixar de repensar o grau de limitação e restrições impostas pelo Estado frente ao direito fundamental de votar e ser votado, influenciando diretamente na participação política do cidadão, sobretudo no que tange à filiação partidária.

Nesse viés, o Pacto de São José da Costa Rica,⁸¹ que dentre outros direitos humanos, prevê o direito de votar e ser eleito dos cidadãos, com status constitucional, elenca os casos que em que pode se restringir tais direitos, sem prever, contudo, a necessidade de vinculação a partido político. Sobre esse assunto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, no julgamento do caso *Yatama versus Nicarágua*, manifestou-se no sentido de que a convenção não autoriza o condicionamento do exercício da elegibilidade à filiação partidária pelos Estados, destacando que “qualquer exigência de que um cidadão deva ser membro de um partido político ou qualquer outra forma de organização política para exercer este direito claramente viola igualmente o espírito e o texto da norma em questão”.⁸²

Entretanto, destaca-se que a mesma corte, posteriormente, ao apreciar o caso *Castañeda versus México* entendeu pela necessidade de filiação partidária como uma necessidade social imperativa, fortalecendo os partidos políticos, organizando o processo eleitoral e tendo em vista o financiamento eleitoral predominantemente público. Concluindo que a filiação não representaria necessariamente a um obstáculo para o exercício dos direitos políticos.⁸³

A Constituição Federal assegura a convicção política garantindo a liberdade do exercício dos direitos políticos para eleger o candidato e o partido de sua preferência, concorrer aos cargos eletivos e apoiar as ideologias que entender apropriadas sem a interferência de qualquer pessoa ou organização que detêm o poder,⁸⁴ todavia, ao mesmo tempo instituiu determinadas condições de elegibilidade, inclusive, como visto, a necessidade de vinculação a alguma agremiação partidária.

Ressalta-se que as restrições aos direitos individuais levantam alguns questionamentos. Gilmar Mendes, observando o princípio da universalidade, assevera que em uma democracia a elegibilidade deve tender à universalidade, tanto quanto o direito de alistar-se eleitor, sendo que suas limitações não devem prejudicar a livre escolha dos eleitores, mas ser restringidas somente por considerações práticas, isentas de qualquer condicionamento político, econômico, social ou cultural.⁸⁵

A igualdade do sufrágio deve ser levada em conta tanto na capacidade eleitoral ativa como na passiva, em que se expressa com a igualdade de todos os indivíduos no acesso às candidaturas, devendo todos ter garantidas iguais oportunidades para lançarem seus nomes

⁸¹ Ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992.

⁸² COSTA RICA. Inter-American Court of Human Rights. *Case of YATAMA v. Nicaragua*. Judgment of June 23, 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_ing.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015. (Tradução livre).

⁸³ COSTA RICA. Inter-American Court of Human Rights. *Case of Castañeda v. México*. Judgment of August 6, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_ing.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015. (Tradução livre).

⁸⁴ BORN, Rogério Carlos. *A objeção de consciência e as privações aos direitos políticos fundamentais*, p. 4.

⁸⁵ MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 25.

na disputa eleitoral. E, de acordo com José Afonso da Silva, caracteriza a desigualdade do direito da elegibilidade o fato de serem criadas condições discriminatórias para que determinadas pessoas possam ser eleitas a certos cargos eletivos, pois todo eleitor deverá ser elegível para cumprimento de mandatos nas mesmas condições.⁸⁶ Porém note-se que o legislador constituinte, além de erigir as condições de elegibilidades expostas anteriormente, tornou inelegível o analfabeto (art. 14, §4º, CF).

Quanto à conexão dos princípios da igualdade e liberdade de sufrágio, necessário que seja garantido o direito de acesso à competição eleitoral aos indivíduos que assim desejem, caso contrário a oferta eleitoral estaria limitada, demonstrando possível violação ao direito dos eleitores de escolher livremente seus representantes.⁸⁷ Prevalece o princípio da plenitude do gozo dos direitos políticos positivos, de votar e ser votado, sendo que “a pertinência desses direitos ao indivíduo como vimos, é que o erige em cidadão. Sua privação ou a restrição do seu exercício configura exceção àquele princípio”⁸⁸, assim, a interpretação das normas constitucionais, bem como infraconstitucionais, deve ser feita no sentido de dar maior compreensão ao princípio, favorecendo-se as capacidades eleitorais passiva e ativa, “enquanto as regras de privação e restrição não de entender-se nos limites mais estreitos de sua expressão verbal, segundo as boas regras de hermenêutica”⁸⁹.

Possível observar, desse modo, que o legislador constituinte, ao mesmo tempo que erigiu a liberdade de participação política como uma garantia constitucional, por meio da capacidade eleitoral passiva, previu a necessidade de preenchimento de determinadas condições para que o cidadão pudesse se candidatar e postular seu voto. Todavia, diante da organização partidária atual e uma suposta crise de representatividade, envolvendo inclusive discussões doutrinárias acerca da fidelidade partidária e perda de mandato, bem como a crise de identidade entre os eleitores e partidos políticos é necessária uma análise mais profunda da real necessidade de todas essas condições.

3. Os partidos políticos na atualidade brasileira

No cenário político moderno, os partidos políticos se tornaram protagonistas do processo eleitoral em diversos países; contudo, essa nem sempre foi a realidade, nem permanece sendo em alguns casos. No pensamento clássico, existia a noção de que povo e seu soberano configuravam uma única existência, uma vez que a existência de um dependia da do outro.⁹⁰ Não havendo oposição entre eles, mas sim harmonia de vontades, instituídas pelas sínteses de ambas as partes.⁹¹

⁸⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 356.

⁸⁷ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 37.

⁸⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 359.

⁸⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 372.

⁹⁰ HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política: O experimento da Primeira República brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 49.

⁹¹ HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política: O experimento da Primeira República brasileira*.

Aos poucos, no entanto, a representação deixou de ser considerada como voltada aos interesses do povo enquanto unidade – como defendido por Edmund Burke⁹² – para se caracterizar enquanto representação de grupos específicos, particulares, na criação dos representantes estadunidenses.⁹³ Para os autores de *O Federalista* a representação possuía entre seus objetivos principais o de apaziguar a relação entre as diversas facções, pois garantindo-se uma esfera representativa plural seria menos provável que uma maioria se impusesse contra os demais.⁹⁴ Observa-se que não há uma unidade na concepção de “povo”, mas sim uma disputa na busca e concepção do “bem público”.⁹⁵

Em outras palavras, a insuficiência de representatividades do modelo típico da representação política liberal – desprovido de vínculos com a vontade dos representado – dá lugar à representação partidária, que visa aglutinar as vontades individuais.⁹⁶ É possível afirmar, portanto, que os partidos políticos nascem, em um primeiro momento, “para aperfeiçoar o próprio sistema de representação política”.⁹⁷

Segundo Orides Mezzaroba, haveria dois fatores que implicariam na adoção de partidos. O primeiro seria a massificação dos direitos democráticos, sobretudo a ampliação do sufrágio para os diversos grupos sociais. E o segundo derivaria da própria sustentação da sociedade contemporânea, que passa a ser estruturada em diferentes organizações, sejam nacionais ou transnacionais, utilizadas como mediações para alcance dos mais diversos objetivos.⁹⁸

O partido político surge, assim, como “lugar por excelência da tensão entre a totalidade do corpo político e o fragmento dos interesses particulares”, introduzindo-se o tema do conflito na política.⁹⁹ Ele passa a ser um elemento essencial da representação política, necessário para operacionalizar a democracia de massas, ao se tornar um canal entre a vontade do povo e a vontade do Estado.¹⁰⁰

Para Hans Kelsen, nas democracias parlamentares, há necessidade de associação dos indivíduos para obtenção de influência política, sendo o partido político veículo essencial para a formação da vontade pública.¹⁰¹ Aponta-se como características essenciais das

Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 65.

⁹² BURKE, Edmund. Speech on the reform of the representation of the commons in parliament. In: _____. *Miscellaneous Writings (Select Works)*. v. 4. Indianapolis: Liberty Fund, 1774. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/659>>. Acesso em: 15 maio 2015.

⁹³ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: Palavras, Instituições e Ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015. p. 34.

⁹⁴ Trata-se de uma noção que permeia vários textos de *O Federalista*, podendo-se destacar “MADISON, James. *Federalist* n. 10”.

⁹⁵ PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: Palavras, Instituições e Ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015. p. 35.

⁹⁶ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 83.

⁹⁷ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 84.

⁹⁸ MEZZAROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 156.

⁹⁹ HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política: O experimento da Primeira República brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 65.

¹⁰⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 87.

¹⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015. p. 421.

agregações partidárias a existência de um grupo social organizado, um acervo de ideias e princípios e, ainda, “um interesse básico em vista: a tomada do poder; e um sentimento de conservação desse mesmo poder ou de domínio do aparelho governativo quando este lhes chega às mãos”.¹⁰²

A melhor existência política não é uma realidade autoevidente, de forma que é por meio do “conflito entre concepções diversas acerca do bem comum que deverá resultar os parâmetros de organização da vida pública”, sendo a vida partidária o local para que isso se desenvolva, pois ela serviria “como disciplina moral, com grande ênfase no exercício da lealdade, da fidelidade, do patriotismo e da subordinação do indivíduo ao coletivo”.¹⁰³

Entretanto a dimensão atual de atuação dos partidos políticos no Brasil não se assemelha às noções deontológicas de sua criação. Na sociedade contemporânea atual, fragmentada e de baixa centralidade política, parece não haver espaço para partidos de forte conotação ideológica, de modo que eles passam a dissolver seus programas e sua imagem, buscando atingir o maior número de adeptos.¹⁰⁴ E, ainda, diante do sistema eleitoral brasileiro, que combina a proporcionalidade, o multipartidarismo e o presidencialismo, desenvolveu um “presidencialismo de coalizão”,¹⁰⁵ sendo que há tendência de centralização do sistema partidário, mediante o consenso entre as dinâmicas regionais e nacional.

Norberto Bobbio destaca o fenômeno de que a alternância das classes dirigentes leva ao centrismo político, existindo, em verdade, um partido de centro que pode governar, como no caso da Itália, em que “segundo as circunstâncias, ora tendendo para a direita, ora voltando-se a esquerda, ora sozinho. O que leva a consequência o caráter estático da classe política”.¹⁰⁶

Soma-se a isso a presença de uma certa crise de representatividade que assola a população brasileira, a qual poderia ser descrita como o descrédito com as instâncias representativas; a população não consegue ver o representante como defensor de seus interesses, sendo um dos motivos para tanta infidelidade partidária, em um cenário em que os partidos políticos não possuem uma identidade ideológica e isso se revela na alta troca de partidos por parlamentares.¹⁰⁷

Luís Felipe Miguel destaca três problemas fundamentais ligados à representação na sociedade atual, os quais seriam: (i) a separação entre governantes e governados, fazendo

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 346.

¹⁰³ HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política: O experimento da Primeira República brasileira*. Belo Horizonte: UFMG, 2009. p. 70.

¹⁰⁴ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 99.

¹⁰⁵ “A teoria empírica das coalizões, embora excessivamente descritiva e assentada na lógica das preferências individuais, permite identificar algumas questões que ajudam a compreensão da intrincada dinâmica política e institucional associada a governos de aliança. Em geral, a análise de estruturas políticas e sociais mais homogêneas e estáveis induz a uma ênfase maior em coalizões que minimizem o número de parceiros e maximizem as proximidades ideológicas entre eles. Esta estratégia teria por objetivo reduzir os riscos e contrariedades associados a alianças mais amplas e diversificadas mencionados acima”. ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. *Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro*. *Revista de Ciências Sociais*, IUPERJ, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1998. p. 27.

¹⁰⁶ BOBBIO, Norberto. *Qual Democracia?* Trad. Marcelo Perine. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010. p.32.

¹⁰⁷ SALGADO, Eneida Desiree. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan./mar. 2004. p. 55.

com que as decisões políticas sejam tomadas alheias à massa submetida a elas, por um pequeno grupo; (ii) a formação de uma elite política, que se encontra distante da massa da população e que tende a exercer permanentemente o poder, frutos da especialização funcional; e (iii) a ruptura de vínculo entre a vontade dos representados e a vontade dos representantes, pelo o fato de os governantes tenderem a possuir características sociais distintas das dos governados.¹⁰⁸

O problema na representatividade também atinge diretamente os partidos políticos. É fato que o eleitor escolhe seu representante muito mais pela pessoa do candidato do que pelas propostas de seus partidos políticos. Dessa forma, o Brasil não pode ser visto como um Estado de partidos, uma vez que eles “não protagonizam as decisões políticas, as construções e visões de mundo ou de projetos políticos”,¹⁰⁹ o que acaba corroborando para a noção de que a titularidade do mandato eletivo é do representante e não dos partidos políticos.¹¹⁰⁻

Alguns estudos sobre a competição político-eleitoral brasileira defendem que os partidos estão pouco enraizados na sociedade,¹¹¹ “boa parte desses trabalhos utiliza medidas empíricas de *surveys* baseados no conceito de identificação partidária, tal como formulado pela escola de Michigan” no caso brasileiro questiona-se aos entrevistados se possuem algum partido de preferência, demonstrando os resultados que os níveis de identificação partidária alcançam menos da metade dos eleitores.¹¹² Porém a média de identificação partidária nas democracias consolidadas vem diminuindo gradativamente nas últimas décadas, sobretudo em função do impacto crescente das mídias de massa e da centralização das campanhas dos candidatos, reduzindo dessa forma o papel ocupado pelos partidos no passado.¹¹³

Noutro passo, os partidos políticos atualmente são muito importantes para garantia ao acesso à competição eleitoral, uma vez que operacionalizam restrições quanto à elaboração das candidaturas – que não se deve confundir com requisitos legais de apresentação de uma candidatura, nem com os requisitos para ser elegível (observado no tópico anterior).¹¹⁴ Trata-se das disposições quanto aos procedimentos internos dos partidos para elaboração das candidaturas e das exigências relativas à própria configuração dessas candidaturas.¹¹⁵

É dizer, o comportamento intrapartidário repercute diretamente nas questões de representatividade, ou, mais precisamente no caso brasileiro, na crise de representatividade devido à ausência de uma democracia intrapartidária consolidada. A noção de representação quanto aos partidos políticos enfrenta duas dificuldades. Em primeiro lugar o conceito técnico

¹⁰⁸ MIGUEL, Luís Felipe. *Impasses da Accountability...*, p. 166.

¹⁰⁹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 101.

¹¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 102.

¹¹¹ BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JR., Jairo. Os partidos políticos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*, v. 17, n. 2, 2011. p. 279.

¹¹² BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JR., Jairo. Os partidos políticos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*, v. 17, n. 2, 2011. p. 279.

¹¹³ BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JR., Jairo. Os partidos políticos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*, v. 17, n. 2, 2011. p. 279.

¹¹⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 103-104.

¹¹⁵ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 104.

adotado, complicando sua relação com as agremiações, sendo controversa a possibilidade de que estas representem os seus eleitores, e não os seus membros. E, por último, a representação pode ser perfeitamente concebível e possível sem partidos, sendo assim, a função representativa dos partidos dificilmente pode ser destacada como a sua função principal e característica.¹¹⁶

A democracia intrapartidária é uma característica importante na formação da vontade do partido, podendo ser vista como um “mecanismo de combate dos interesses pessoais ou corporativistas no interior do Partido”.¹¹⁷ Dela derivam-se alguns direitos, tais como liberdade de expressão no interior da organização, garantia de alterações periódicas dos cargos de direção do Partido e direito de ampla defesa em caso de eventual aplicação de sanções internas.¹¹⁸

Não obstante a relevância de tais requisitos em um partido político, a Constituição Federal não se manifesta diretamente sobre a democracia interna dos partidos. Há a necessidade de que os estatutos partidários regulem a fidelidade e a disciplina partidária, sem maiores digressões sobre o assunto. Soma-se a isso o fato da Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.096/1995) também não estipular maiores regulações sobre o assunto e os tribunais propagarem a noção de não-ingerência externa nos assuntos *interna corporis*.¹¹⁹

O que acaba se observando na prática, então, é uma concentração grande dos poderes do partido político nos dirigentes partidários, os quais buscam manter seu poder e influência indeterminadamente, não havendo, como regra, disputa democrática interna. Contudo, devia-se haver uma defesa maior da alternância no poder na organização interna das agremiações partidárias, assim como se tem com relação à alternância nos cargos eletivos, visando um maior respeito ao regime democrático.¹²⁰

Pode-se visualizar, assim, um quadro negativo quanto à organização dos partidos políticos brasileiros, o que só contribui para agravar os problemas ligados à representação no país, visto que sua estrutura interna de perfil não comprometidos com os ditames democráticos podem vir a excluir os seus potenciais políticos.¹²¹

Essa insatisfação com o desempenho dos partidos restou em uma das causas principais para a viabilização em algumas sociedades de candidaturas que não dependessem de seu crivo, ou, em outras palavras, de candidaturas avulsas,¹²² as quais se passará a analisar.

¹¹⁶ SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Trad. Walternsir Dutra. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982. p. 49.

¹¹⁷ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 182.

¹¹⁸ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 182.

¹¹⁹ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 274.

¹²⁰ SALGADO, Eneida Desiree; PÉREZ HUALDE, Alejandro. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 63-83, abr./jun. 2015. p. 77.

¹²¹ MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 274.

¹²² LANDERA, Federico. Las candidaturas independientes. *Quid Iuris*, ano 7, v. 21, jun./ago. 2013. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Quidiuris/2013/vol21/3.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. p. 78; ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O monopólio dos partidos sobre a representação política. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 161, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15638-15639-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. p. 130.

4. A candidatura avulsas: limites e possibilidades

Foi possível observar, até então, as limitações que a filiação partidária no Brasil – ao mesmo tempo, critério de elegibilidade firmado pelo poder constituinte e requisito para apresentação de candidatura. A estrutura não democrática dos partidos políticos implica na restrição da liberdade de participação política do cidadão, de modo a, muitas vezes, dificultar a representação política desejada, o que faz suscitar as possibilidades de respostas para a superação desse problema. Em muitos países a ideia de expansão da participação política se deu por meio das chamadas candidaturas avulsas ou candidaturas independentes. Uma possível definição dessas candidaturas seria “postulações a cargos públicos, nas quais os partidos políticos não possuem uma intervenção parcial ou complementar, e, com elas os cidadãos exercem seus direitos políticos – sem o impedimento de apoio advindos de grupos de cidadãos, grupos políticos ou associações civis”.¹²³

Aproximadamente 43% dos países em geral (220 países pesquisados) possibilitam a utilização de candidaturas avulsas, tanto para eleições presidenciais, quanto legislativas; 33% somente para eleições no Poder Legislativo e 12% somente para eleições presidenciais. Por fim, a porcentagem de países que não permitem em nenhuma hipótese é de somente 9%, sendo tais países Angola, Argentina, Aruba, Brasil, Costa Rica, Guiné, Guatemala, Guiana, Israel, Camboja, Mônaco, Nigéria, Nicarágua, Suécia, Suriname, Tanzânia, Uruguai, Uzbequistão, África do Sul e Zanzibar.¹²⁴

Verifica-se, portanto, que a adoção de candidaturas avulsas está longe de ser uma ideia radical e totalmente inovadora, posto que já é largamente adotada em muitos países. Na América Latina, por exemplo, a Constituição colombiana possibilita a apresentação de candidaturas por grupos significativos de cidadãos e movimentos sociais.¹²⁵ Já a Constituição boliviana prevê a apresentação de candidaturas também por organizações dos povos indígenas e agrupamento de cidadãos.¹²⁶ A eles soma-se outros países como Chile, Equador, Honduras e Paraguai.

No Brasil, o Código Eleitoral de 1932 possibilitava o registro de candidatura daqueles candidatos apresentados por partidos políticos, alianças de partidos ou grupo de pelo menos cem pessoas, sendo que as agremiações partidárias datam da época do Brasil Império. Somente a partir de 1945 que se passou a exigir que os candidatos a cargos eletivos fossem apresentados pelos partidos (Decreto-Lei n. 7.586/45 – Lei Agamenon). No entanto isso não foi o suficiente para desviar o debate das candidaturas avulsas no país, haja vista que na

¹²³ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 14.

¹²⁴ Esses e outros dados disponíveis em: ACE PROJECT. *Can independent candidates compete in presidential or legislative elections?*. Disponível em: <<http://aceproject.org/epic-en/CDTable?question=PC008>>. Acesso em: 16 maio 2015.

¹²⁵ Artigo 108 da *Constitución Política de Colômbia* de 1991.

¹²⁶ Artigo 209 da *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia* de 2009.

convocação da Assembleia Nacional Constituinte de 1988 muitos defenderam essa possibilidade, por mais que ela tenha sido afastada no texto final.¹²⁷

A possibilidade de candidaturas avulsas encontra-se diretamente ligada ao princípio da igualdade de oportunidades nas eleições, mais precisamente quanto à liberdade de acesso à competição eleitoral, defendida por Óscar Sánchez Muñoz. A igualdade de oportunidades, pois, existiria para garantir um reflexo mais exato possível do pluralismo político nessa competição eleitoral. A liberdade em questão seria, assim, um direito subjetivo de acesso aos cargos eletivos em condição de igualdade, a partir dos requisitos previstos em lei.¹²⁸ Ainda, de acordo com o jurista, esses requisitos de apresentação de candidaturas possuiriam uma vertente positiva e outra negativa. Se por um lado a presença de requisitos pode ser tanta que impossibilita a diversidades de opções políticas e oportunidades diferenciadas de candidaturas; por outro, eles seriam uma forma de organizar o processo eleitoral, evitando confusões e contribuindo para diminuir influências negativas nas oportunidades entre os competidores.¹²⁹ Assim, torna-se importante saber sopesar a presença dessas exigências para uma prática satisfatória da representação política.

Para além de ser visto como um princípio, a liberdade de acesso à competição eleitoral também é um direito garantido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 23, que prevê o direito de votar e ser eleito em eleições periódicas, mas também o acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas do país, em cujas possíveis restrições cabíveis não se encontra a vinculação a partido político.¹³⁰

Apesar dessa previsão do artigo 23, privilegiando a liberdade de participação política nos Estados, a Corte Interamericana de Direitos Humanos julgou o caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (sentença de 6 de agosto de 2008) de forma contrária à expansão das candidaturas independentes nesse país.¹³¹ Mesmo diante da argumentação de suposta violação a diversos artigos da Convenção Americana – sobretudo o artigo 23 – a

¹²⁷ SALGADO, Eneida Desiree. O sistema eleitoral brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências ibero-americanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 139-172; p. 158.

¹²⁸ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 91.

¹²⁹ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 101.

¹³⁰ Artigo 23 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos: “1. Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a) de participar da direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; b) de votar e se eleitos em eleições periódicas autênticas, realizadas por sufrágio universal e igual e por voto secreto que garanta a livre expressão da vontade dos eleitores; e c) de ter acesso, em condições gerais de igualdade, às funções públicas de seu país. 2. A lei pode regular o exercício dos direitos e oportunidades e a que se refere o inciso anterior, exclusivamente por motivos de idade, nacionalidade, residência, idioma, instrução, capacidade civil ou mental, ou condenação, por juiz competente, em processo penal”.

¹³¹ Informações sobre o Caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*: CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica*: Castañeda Gutman Vs. México. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=298&lang=es>. Acesso em: 16 maio 2015. Maiores explicações sobre o caso podem ser obtidas no artigo: CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. El Caso Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. IX, p. 775-790, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v9/v9a29.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2015.

Corte Interamericana não reconheceu o direito de candidatura avulsa às eleições presidenciais, diferenciando essas candidaturas daquelas regionais (nas quais é possível a candidatura avulsa), bem como salientado a necessidade de fortalecer o sistema de partidos como uma resposta a uma realidade histórica e política do país e de organizar de maneira eficaz o processo eleitoral.¹³²

A principal argumentação da Corte se deu no sentido de elucidar que não seria possível de antemão afirmar se as candidaturas independentes seriam mais ou menos restritivas. Isso dependeria, sobretudo, da forma como seriam reguladas essas candidaturas, ou como já é regulamentada as candidaturas pelos partidos. Assim, a simples previsão da candidatura avulsa não garantiria, necessariamente, uma maior liberdade de participação. O essencial seria, no entanto, estabelecer um sistema eleitoral como um todo acessível, capaz de garantir a oportunidade de ser votado em condições de igualdade. Observa-se, pois, que analisar as vantagens das candidaturas avulsas dependeria de uma realidade concreta específica, e que, ao mesmo tempo, para a Corte Interamericana elas não possuíam um caráter principiológico libertador de antemão.

Contudo, não obstante essa decisão da Corte, as candidaturas avulsas a nível nacional passaram a ser permitidas no México, a partir de uma reforma constitucional ocorrida em 2012, a qual inclui a possibilidade de cidadãos requerem o registro de maneira independente, desde que cumpram os requisitos e condições previstos em legislação específica, ao lado da previsão de candidaturas partidárias.¹³³

Na mesma linha argumentativa de que as candidaturas avulsas não seriam, necessariamente, sinônimo de liberdade, Sánchez Muñoz afirma que a exigência de uma estrutura organizativa deve ser considerada uma limitação objetiva e razoável, pois faria parte do controle do processo eleitoral, o qual trata de questões como controle de gastos eleitorais e acesso aos meios de comunicação. Assim, em uma possível colisão entre regulação legal da apresentação de candidaturas e a liberdade de acesso à competição, deve-se observar somente se não há uma desproporcionalidade entre ambas as premissas permitidas e desejáveis.¹³⁴ Vale ressaltar, entretanto, que nesse caso o autor possui em mente o modelo espanhol de proposição de candidaturas, que ainda mais amplo que o brasileiro, visto que permite que, junto com os partidos ou coalizão de partidos, agrupamentos de eleitores possam propor uma candidatura.

De fato, é possível elencar algumas objeções práticas para a eleição de candidatos independentes, tais como “a participação no financiamento público de campanhas e no

¹³² Este caso é embasado no pedido de Jorge Castañeda Gutman para lançar sua candidatura às eleições presidenciais do México de 2006 de forma independente, o qual foi barrado em todas as instâncias jurídicas internas do país, uma vez que seu Código Federal de Instituições e Procedimentos Eleitorais prevê a necessidade de que os partidos políticos postularem tal candidatura. Trata-se de um caso relacionado diretamente com as eleições nacionais mexicanas, uma vez que, sendo o México uma federação, é possível que os Estados estabeleçam condições de elegibilidade diversas, havendo aqueles que permitem candidaturas avulsas.

¹³³ LANDERA, Federico. Las candidaturas independientes. *Quid Iuris*, ano 7, v. 21, jun./ago. 2013. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Quidiuris/2013/vol21/3.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. p. 80.

¹³⁴ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 105-106.

direito de antena, assim como sua atuação parlamentar sem estrutura de liderança e sem participação nas comissões legislativas”¹³⁵. Soma-se a esses argumentos a ideia defendida por Sánchez Muñoz de que não existiriam grandes problemas em uma ausência de possibilidades de candidaturas avulsas, tendo em vista que a apresentação de candidaturas por meio de partidos políticos não seria a única forma viável de participação política.¹³⁶ Ou seja, tal requisito não representaria necessariamente uma limitação desmedida da liberdade de participação política.

Porém há de se salientar que a maioria das objeções às candidaturas avulsas são de ordem prática e não ontológicas.¹³⁷ Como já foi aqui demonstrado, não é impossível a prática de uma democracia representativa sem o monopólio das candidaturas com os partidos políticos, como ocorre em muitos países. Seria necessário repensar as instituições políticas, haja vista que “no atual modelo em voga nos países democráticos ocidentais, os institutos políticos e jurídicos pressupõem a existência e o protagonismo dos partidos”¹³⁸.

As candidaturas avulsas poderiam ser tidas como uma possibilidade, ao menos e de início, nas eleições municipais, em que o candidato teria uma maior proximidade com seu eleitorado, bem como de maneira em que conseguisse respeitar as particularidades de cada região, sem depender das vontades dos partidos políticos. Em um julgamento atual, inclusive, o STF já reconheceu que a Constituição brasileira não instituiu uma democracia de partidos e que nas eleições majoritárias – pelo menos – o respeito à soberania popular estaria ligado à figura do candidato, não ao partido a que pertence, de forma que não se reconhece perda do mandato pela troca de partidos.¹³⁹

Algumas das questões que normalmente são levadas em consideração na hora de implementar essas candidaturas são: (i) o tipo de candidatura, se totalmente independente, ou se afiliada a grupos ou movimentos políticos; (ii) os requisitos, como por exemplo a exigência de assinaturas de apoio para firmar a candidatura; (iii) o tipo de eleição em que será implementada, se somente as majoritárias ou ambas; assim como (iv) as possíveis prerrogativas

¹³⁵ SALGADO, Eneida Desiree. O sistema eleitoral brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências ibero-americanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 143.

¹³⁶ SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007. p. 108.

¹³⁷ SALGADO, Eneida Desiree. O sistema eleitoral brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências ibero-americanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 143.

¹³⁸ SALGADO, Eneida Desiree. O sistema eleitoral brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências ibero-americanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 143.

¹³⁹ Entendimento unânime no julgamento da ADI 5.081. Ademais, necessário ressaltar que a discussão sobre a fidelidade partidária perpassa os debates sobre reforma política no Congresso Nacional. O atual texto da PEC 182/2007 (proposta base da reforma) traz a previsão de perda do mandato por infidelidade partidária, salvo em casos de grave discriminação pessoal, mudança substancial ou desvio reiterado do programa praticado pela legenda. Ao mesmo tempo, essa nova proposta torna prejudicada a antiga PEC 04/2007 sobre o mesmo assunto. Informações disponíveis em: PIOVESAN, Eduardo; SOUZA, Murilo. Câmara aprova reforma política em 2º turno; falta votar destaques. *Agência Câmara Notícias*, jul. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491873-CAMARA-APROVA-REFORMA-POLITICA-EM-2-TURNO-FALTA-VOTAR-DESTAQUES.html>>. Acesso em: 11 jul. 2015; BRASIL. Câmara dos deputados. *Projetos de Leis e Outras Proposições – PEC 4/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340741>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

estatais de auxílio no financiamento de campanha ou acesso a meios de comunicação.¹⁴⁰ Diante desses fatores, sobretudo deste último, há quem afirme que não haveria necessidade de garantir as mesmas prerrogativas às candidaturas independentes das candidaturas partidárias, pois se tratariam de formas de atuação distintas, podendo o Estado manifestar preferência pela implementação de um mais que de outro, garantindo-lhe, assim, maiores prerrogativas – o que poderia permitir que as candidaturas avulsas não alcancem os mesmos auxílios estatais que as demais candidaturas, ao se querer privilegiar mais os partidos políticos, tidos como instituições essenciais à política.¹⁴¹

Observa-se, então, que frente à realidade da democracia interna nos partidos políticos brasileiros e a ausência, até então, de perspectivas que alterem essa situação, uma outra resposta poderia ser mais viável: aquela que ampliasse a participação política por meio de candidaturas independentes. Contudo há de se indagar, ainda, se essa ampliação significaria um aumento da liberdade de participação política.

5. Liberdade de participação política para além das candidaturas avulsas

O “núcleo fundamental” dos direitos políticos é verificado essencialmente na garantia dos direitos eleitorais de votar (direito de sufrágio) e de ser votado (elegibilidade).¹⁴² Sempre que um direito é previsto, ele poderá ser imputado ao seu titular, ressalvando somente os casos em que ele necessita de condições específicas para ser exercido. Dessa forma, a ausência de pressupostos para seu exercício não deve ser confundida com a ausência de direito, mas sim seria a ausência de possibilidade atual de sua prática.

Os direitos políticos, como a capacidade eleitoral passiva, são enquadrados como direitos e garantias fundamentais, porém mesmo assim sofrem limitações impostas pelo próprio legislador constituinte, restringindo-se, assim, a plena liberdade de participação política. A Constituição Federal erigiu determinadas hipótese de condições de elegibilidade visando estabelecer supostamente maior qualificação do pretense candidato para que a candidatura venha a ser deferida, não existindo, necessária e evidentemente, um valor constitucional comum a ser protegido, dependendo de uma análise dos casos concreto e de cada condição de elegibilidade.

A filiação partidária é a condição em foco no presente artigo, pois seria aquela que tenderia a impossibilitar um suposto aumento na liberdade de participação política. De antemão é possível afirmar que não haveria por si só uma relação direta entre características democráticas mínimas e a existência de candidaturas independentes, o que significaria afirmar que não é somente porque um país as adota que ele seria democrático, existindo outros fatores que influenciariam nessa definição (como sufrágio universal, eleições livres competitivas

¹⁴⁰ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 33-42.

¹⁴¹ LANDERA, Federico. *Las candidaturas independientes*. *Quid Iuris*, ano 7, v. 21, jun./ago. 2013. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Quidiuris/2013/vol21/3.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. p. 88-89.

¹⁴² SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 212.

e periódicas, dentre outros).¹⁴³ Não obstante isso, Hernández Olmos afirma que essa adoção “ampliaria os direitos políticos, os espaços de participação e a expressão da vontade dos cidadãos”, o que nas palavras da jurista seria “dotar a democracia de maior qualidade”.¹⁴⁴ No entanto ainda resta a indagação se essa ampliação seria somente teórica ou prática também.

Na teoria, haveria uma ideia geral de que os partidos políticos surgem para possibilitar mais participação popular na política representando, em tese, diversas ideologias, opiniões, vontades e anseios da população.¹⁴⁵ O partido político se constitui em pessoa jurídica de direito privado com a finalidade de assegurar, no interesse do regime democrático, a autenticidade do sistema representativo e pluralismo político, possuindo um programa partidário, com ideias-força que unem os seus associados em torno de objetivos políticos e às quais são eles vinculados, sob pena de ferirem a fidelidade partidária.¹⁴⁶

Entretanto, apesar da importância dos partidos políticos, há de se ressaltar que, em decorrência da insuficiência de representatividades do modelo típico da representação política liberal, não estando sempre em consonância às vontades do representado e do representante eleito, eles vêm sendo enfraquecidos no Brasil. Isso ocorre tanto pelo fato de o eleitor escolher o representante muito mais pela pessoa do candidato do que pelas propostas de seus partidos políticos, bem como pela tendência deles cada vez mais se filiarem a ideologias de centro para atingirem o maior número de votos.

Nesse cenário, há descrença por parte dos eleitores, mas também por parte dos candidatos, que muitas vezes não conseguem garantir seus direitos mínimos como filiados, ficando totalmente dependentes das chefias partidárias. Assim, a possibilidade de candidaturas independentes surgiria na teoria como forma de ampliar a participação da população por outros meios, uma vez ser o desempenho dessa participação parte da implementação do direito político de ser votado.¹⁴⁷

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê como um princípio a liberdade de acesso à competição eleitoral, mediante, também, o direito de ser eleito, em condições de igualdade, não vinculando o candidato a partido político. A Corte Interamericana, por sua vez, preferiu não definir de antemão se seriam os monopólios partidários às candidaturas lesivos ou não.

Na prática, no entanto, é possível haver candidaturas avulsas, mas elas não ampliariam necessariamente a liberdade de participação – apesar de ampliarem as possibilidades de candidaturas. A título de exemplo, pode-se citar o requisito de apólice de seguro para os can-

¹⁴³ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 45-46.

¹⁴⁴ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 48.

¹⁴⁵ SALGADO, Eneida Desiree; BERNARDELLI, Paula. A inocuidade da reforma política a fórceps: ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução n. 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral: ou, ainda, como diria o poeta, “os lírios não nascem das leis”. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, jul./dez. 2011.

¹⁴⁶ “Art. 23. A responsabilidade por violação dos deveres partidários deve ser apurada e punida pelo competente órgão, na conformidade do que disponha o estatuto de cada partido”.

¹⁴⁷ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 17-18.

didatos independentes na Colômbia, necessária para garantir os gastos de campanha caso o candidato não obtenha a votação mínima para pleitear uma reposição monetária. Acontece, entretanto, que esses “seguros de seriedade” exigidos dificultam a participação e o registro, uma vez que muitas seguradoras não outorgam apólices, pois as garantias seriam poucas.¹⁴⁸ A realidade mexicana também traz certos obstáculos às candidaturas independentes. Por mais que elas tenham sido ampliadas para o âmbito federal, os requisitos impostos são tidos como desproporcionais e excessivos (por exemplo, a quantidade de assinaturas para se aspirar a uma vaga à Presidência é maior que para a formação de um partido político).¹⁴⁹

Há de se ressaltar que as candidaturas avulsas não só podem não ser bem efetivadas, com vias a possibilitar um aumento de liberdade de participação, mas também podem vir a debilitar ainda mais a situação dos partidos políticos, o que poderia ocorrer no Brasil, haja vista que uma das poucas funções que ainda caberiam aos partidos na atualidade nacional seria o monopólio legal para apresentação e registros de candidaturas.¹⁵⁰ Inclusive foi sob essa justificativa que a Comissão de Constituição e Justiça do Senado rejeitou a Proposta de Emenda à Constituição n. 1/2004, a qual pretendia excluir a filiação partidária como condição de elegibilidade. Restou assentado no parecer – de abril de 2009 – que, no momento histórico em que o país se encontrava, os partidos não teriam alcançado plena condição de representatividade e estabilidade, e que, portanto, não deveriam prosperar as propostas que visassem debilitar tais instituições essenciais à democracia.¹⁵¹

A recomendação de se investir nos partidos políticos demanda investigação mais precisa sobre o assunto, inclusive de cunho prático, o que escapa às pretensões principiológicas e à temática deste artigo. O que restou constatado até então é que os partidos brasileiros passam por um período que pode ser caracterizado por certa crise, o que influencia na representação política e abre espaço para os debates das candidaturas avulsas. Mas ao mesmo tempo, o que se conseguiu evidenciar foi que essas candidaturas por si só não são garantia de liberdade de participação política, posto que podem ser implementadas junto a um aparato de restrições que mais dificulta do que amplia essa liberdade. Assim, de antemão não é possível afirmar que uma candidatura independente está ampliando essa participação ou não, como afirma a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que faz necessária a busca por novas formas de fomentar tal liberdade.

Uma das respostas, a qual tenderia não debilitar mais os partidos políticos, seria a ênfase na necessidade de democracia intrapartidária,¹⁵² ou mesmo na liberdade dos filiados

¹⁴⁸ HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012. p. 36; 41.

¹⁴⁹ TORRES, Maurício. Ser candidato independente, posible pero con muchas trabas: especialistas. *CNN Mexico*, 2014. Disponível em: <<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/09/ser-candidato-independiente-posible-pero-con-muchas-trabas-especialistas>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

¹⁵⁰ ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O monopólio dos partidos sobre a representação política. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 161, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15638-15639-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015. p. 131.

¹⁵¹ SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 1, de 2004*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/65389>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

¹⁵² SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de

dentro de seus partidos. Nesse sentido, deveria se buscar respeito à autonomia do exercício do mandato político através de medidas que garantam os direitos dos filiados dentro dos partidos políticos de forma que eles consigam desempenhar da melhor forma possível as possibilidades de uma candidatura.

Tentar efetivar e ampliar a liberdade de participação política pode ser, portanto, realizada a partir de mais de uma perspectiva. De fato, as candidaturas avulsas podem não ser o caminho mais eficaz para tanto. Contudo, não se pode negar que seu estudo põe em evidência as mazelas do sistema representativo atual, impulsionando a busca por soluções e mudanças.

Referências

ABRANCHES, Sérgio Henrique Hudson de. Presidencialismo de Coalizão: O Dilema Institucional Brasileiro. *Revista de Ciências Sociais*, IUPERJ, Rio de Janeiro, v. 31, n. 1, 1998.

ACE PROJECT. *Can independent candidates compete in presidential or legislative elections?* Disponível em: <<http://aceproject.org/epic-en/CDTable?question=PC008>>. Acesso em: 16 maio 2015.

ARAÚJO, Caetano Ernesto Pereira de. O monopólio dos partidos sobre a representação política. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 41, n. 161, jan./mar. 2004. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15638-15639-1-PB.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

BOBBIO, Norberto. *Qual Democracia?* Trad. Marcelo Perine. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2010.

BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BORN, Rogério Carlos. *A objeção de consciência e as privações aos direitos políticos fundamentais*. 2013. 124f. Dissertação (Mestrado) – Programa de Mestrado Em Direito, Faculdades Integradas do Brasil, Unibrasil, Curitiba, 2013.

BORN, Rogerio Carlos. O Direito Eleitoral Militar. *Revista Paraná Eleitoral TRE-PR*, n. 057, 2005.

BRAGA, Claudio Mendonça. *O caráter nacional dos partidos políticos na federação brasileira*. 2009. 146f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

BRAGA, Maria do Socorro Sousa; PIMENTEL JR., Jairo. Os partidos políticos brasileiros realmente não importam? *Opinião Pública*, v. 17, n. 2, 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4578*. Ministro Relator Luiz Fux. Brasília, DF, 16 de fevereiro de 2012.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 13 set. 2015

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Agravo Regimental no Recurso Especial Eleitoral n. 35.803*. Ministro Relator Marcelo Henriques Ribeiro de Oliveira. Brasília, DF, 15 de outubro de 2009.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 9.732*. Ministro Relator Torquato Jardim. Brasília, DF, 19 de setembro de 1992.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 10.137*. Ministro Relator Néri da Silveira. Brasília, DF, 08 de outubro de 1976.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 20.165*. Ministro Relator Nilson Naves. Brasília, DF, 07 de abril de 1998.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Recurso Especial Eleitoral n. 20.169*. Ministro Relator Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 12 de setembro de 2002.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Resolução n. 21.787*. Ministro Relator Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 01 de junho de 2004.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Súmula n. 9*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/sumulas/sumulas-do-tse/sumula-nb0-09>>. Acesso em: 14 maio 2012.

BRASIL. Câmara dos deputados. *Projetos de Leis e Outras Proposições – PEC 4/2007*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=340741>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BURKE, Edmund. Speech on the reform of the representation of the commons in parliament. In: _____. *Miscellaneous Writings (Select Works)*. v. 4. Indianapolis: Liberty Fund, 1774. Disponível em: <<http://oll.libertyfund.org/titles/659>>. Acesso em: 15 maio 2015.

CÂNDIDO, JOEL J. *Direito Eleitoral Brasileiro*. 14. ed. São Paulo: Edipro, 2010.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises. El Caso Jorge Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, v. IX, p. 775-790, 2009. Disponível em: <<http://www.scielo.org.mx/pdf/amdi/v9/v9a29.pdf>>. Acesso em: 16 maio 2015.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Ficha técnica*: Castañeda Gutman Vs. México. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia/ficha.cfm?nld_Ficha=298&lang=es>. Acesso em: 16 maio 2015.

_____. *Case of YATAMA v. Nicaragua*. Judgment of June 23, 2005. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_ing.pdf>. Acesso em: 16 set. 2015.

_____. *Case of Castañeda v. México*. Judgment of August 6, 2008. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_ing.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2015.

DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Massachusetts: Harvard University Press, 2006.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *The Federalist Papers*. Public Domain, E-pub.

HERNÁNDEZ OLMOS, Mariana. *La importancia de las candidaturas independientes*. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2012.

HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Modos da representação política*: O experimento da Primeira República brasileira. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luís Carlos Borges. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

LANDERA, Federico. Las candidaturas independientes. *Quid Iuris*, ano 7, v. 21, jun./ago. 2013. Disponível em: <<http://132.248.9.34/hevila/Quidiuris/2013/vol21/3.pdf>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

MANIN, Bernard. *La democracia de los modernos*: los principios del gobierno representativo. Disponível em: <www.hacienda.go.cr/centro/datos/Articulo/La%2520democracia%2520de%2520los%2520modernos.doc&+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 10 maio 2015.

MARMELSTEIN, George. *Curso de Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MENDES, Antonio Carlos. *Introdução à teoria das inelegibilidades*. São Paulo: Malheiros, 1994.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

_____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito partidário brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIGUEL, Luís Felipe. Impasses da Accountability: dilemas e alternativas da representação política. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, n. 25, p. 165-178, jun. 2006. MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

PEREIRA, Rodolfo Viana. *Direito constitucional democrático*: controle e participação como elementos fundantes e garantidores da constitucionalidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PINTO, Djalma. *Direito Eleitoral, Improbidade Administrativa e Responsabilidade Fiscal*. São Paulo: Atlas, 2010.

PIOVESAN, Eduardo; SOUZA, Murilo. Câmara aprova reforma política em 2º turno; falta votar destaques. *Agência Câmara Notícias*, jul. 2015. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/491873-CAMARA-APROVA-REFORMA-POLITICA-EM-2-TURNO-FALTA-VOTAR-DESTAQUES.html>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

PIRES, Sergio Fernandes Senna; AMORIM, Miriam Campelo Melo. Alistamento eleitoral, filiação partidária e elegibilidade dos militares. *Cadernos Aslegis, Brasília*, v. 9, n. 26, p. 11-30, 2005.

PITKIN, Hanna Fenichel. Representação: Palavras, Instituições e Ideias. *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, p. 15-47, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n67/a03n67.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2015.

POST, Robert. Democracy and Equality. *Faculty Scholarship Series*, n. 17, 2005. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/177/>. Acesso em: 16 maio 2015.

RAMAYANA, Marcos. *Direito eleitoral*. 8. ed. Niterói: Impetus, 2010.

RIVERO, Jean. *Les libertés publiques*. v. 1. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

_____. *Les libertés publiques*. v. 2. Paris: Presses Universitaires de France, 1983.

SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia: tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

_____. O Referendo como Fase Legislativa das Emendas Constitucionais. *A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 4, n. 15, p. 55-77, jan./mar. 2004.

_____. O sistema eleitoral brasileiro. In: SALGADO, Eneida Desiree (Coord.). *Sistemas eleitorais: experiências ibero-americanas e características do modelo brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Os direitos políticos e os militares na Constituição de 1988. *Paraná Eleitoral TER-PR*, v. 2, n. 3.

_____. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin (Coord.). *Direito Constitucional Brasileiro: Teoria da Constituição e Direitos Fundamentais*. v. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____; BERNARDELLI, Paula. A inocuidade da reforma política a fórceps: ou a escolha do eleitor antes e depois da Resolução n. 22.610 do Tribunal Superior Eleitoral: ou, ainda, como diria o poeta, “os lírios não nascem das leis”. *Revista Brasileira de Direito Eleitoral*, Belo Horizonte, v. 3, n. 5, jul./dez. 2011.

_____; PÉREZ HUALDE, Alejandro. A democracia interna dos partidos políticos como premissa da autenticidade democrática. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 63-83, abr./jun. 2015.

SÁNCHEZ MUÑOZ, Óscar. *La igualdad de oportunidades en las competiciones electorales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

SARLET, Ingo W.; CASTRO, David Almagro. Los derechos políticos en España y Brasil: una aproximación en perspectiva comparada. *Centro de Estudios Constitucionales de Chile*, v. 11, p. 381-424, 2013. Disponível em: <http://www.cecocoh.cl/docs/pdf/revista_11_1_2013/los_derechos.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

SARTORI, Giovanni. *Partidos e Sistemas Partidários*. Trad. Walternsir Dutra. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar; Brasília: Universidade de Brasília, 1982.

SENADO FEDERAL. *Proposta de Emenda à Constituição n. 1, de 2004*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/65389>>. Acesso em: 23 ago. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

TORRES, Maurício. Ser candidato independente, posible pero con muchas trabas: especialistas. *CNN Mexico*, 2014. Disponível em: <<http://mexico.cnn.com/nacional/2014/06/09/ser-candidato-independiente-posible-pero-con-muchas-trabas-especialistas>>. Acesso em: 22 ago. 2015.

ZILIO, Rodrigo Lopez. *Direito Eleitoral*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.

Regulação do serviço público de radiodifusão no Direito brasileiro e suas implicações à liberdade de comunicação

CAROLINE DA ROCHA FRANCO

Mestra em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná
Advogada Sócia no escritório Franco & Robl Advogadas Associadas

THIAGO PRIESS VALIATI

Mestre em Direito do Estado na Universidade Federal do Paraná
Advogado Sócio no escritório de advocacia RBGV Advogados

SUMÁRIO. 1. O atual contexto da imprensa brasileira; 2. O serviço público de radiodifusão no direito brasileiro; 3. A concessão do serviço público de radiodifusão a agentes políticos; 4. Regulação da mídia em outros países; 5. Controle social da mídia *versus* regulação econômica.

1. O contexto da imprensa brasileira

A regulação do serviço público de radiodifusão sempre configurou um tema de grandes controvérsias. Em janeiro de 2015, o então Ministro das Comunicações, Ricardo Bezoini, informou à imprensa que o governo federal, durante o mandato de Dilma Rousseff (PT), possuía a pretensão de elaborar proposta de regulação da mídia. No entanto houve diversas e incisivas manifestações contrárias realizadas publicamente por parlamentares.

Nesse cenário, o presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha (PMDB-RJ), eleito para o período 2015-2016, expôs de forma contundente sua oposição à ideia. Em sua conta pessoal do *Twitter*, afirmou que o PMDB era contra a proposta e que não aceitaria “nem discutir o assunto”.¹ O Deputado federal Fábio Sousa (PSDB-GO), Presidente da Comissão de Ciência e Tecnologia (CCT) da Câmara dos Deputados, também demonstrou opinião contrária em relação ao tema. De acordo com a notícia da Teletime, o Deputado, que é radialista e evangélico, inclui o aluguel de horários na televisão como uma das formas de liberdade de

¹ COELHO, Mario. Eduardo Cunha: PMDB é contra regulação da mídia. *Congresso em Foco*, jan. 2015. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/eduardo-cunha-pmdb-e-contra-regulacao-da-midia/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

expressão.² O Senador Aécio Neves (PSDB-RJ) é igualmente crítico da proposta e asseverou: “é incrível que o PT, defensor da volta da democracia, queira trazer a agenda da censura para a discussão”. Segundo o Senador mineiro, “a liberdade de imprensa é inegociável, é um valor inalienável” e não pode ser usada por um governo como “instrumento” de manutenção do poder.³

Há, portanto, inúmeras controvérsias imbricadas no debate pela regulação do serviço de radiodifusão. Uma delas envolve a propagada ideia de que a publicidade na mídia é forma de liberdade de expressão, como defende Silas Malafaia.⁴ A referida prática – subconcessão no setor de radiodifusão – difundiu-se amplamente nos últimos anos mediante a locação de horários na grade televisiva por parte dos concessionários, constatando-se o amplo crescimento de programas religiosos e exclusivamente comerciais, como os de televidua. Conforme levantamento realizado pelo Coletivo Intervozes, determinadas emissoras chegam ao limite de ter 92% da sua programação vendida, como ocorre com o Canal 21 (do Grupo Bandeirantes).⁵ Os críticos da prática alegam, por exemplo, que as emissoras que veiculam programas de cunho confessional (por meio da locação dos horários televisivos em contraste ao originariamente disposto no edital de licitação e no contrato de concessão), concedem um privilégio ilegítimo a um determinado particular ou a uma certa religião, ofendendo o interesse público.⁶ Autores como Joana Zylberztajn preocupam-se com a ofensa à laicidade do Estado e com a configuração de proselitismo.⁷ Portanto, o problema da locação de horários não somente seria simplesmente jurídico (legal), mas principalmente de caráter ético-constitucional.

Nesse contexto, Bráulio Santos Rabelo de Araújo salienta que as poucas informações publicamente disponíveis destacam que os valores envolvidos nas transferências de outorgas e de comercialização do tempo de programação são de alta monta. Sendo assim, os titulares

² BERBET, Lúcia. “Regulação de mídia é controle remoto”, diz novo presidente da CCT da Câmara. 2015. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/04/03/2015-regulacao-de-midia-e-controle-remoto--diz-novo-presidente-da-cct-da-camara/tt/406023/news.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2015. O deputado salientou o seguinte: “eu acho que não deve regulamentar coisa nenhuma, porque a liberdade de imprensa é algo muito sério e jamais deve ser combatida.” E ainda que: “regulação da mídia para mim é o uso do controle remoto, é pai desligando a televisão em programas não apropriados para seus filhos, é você decidindo o que vai assistir.”

³ Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/aecio-ataca-lula-e-responsabiliza-dilma-por-medidas-impopulares-8e5yjr0wrqh1n7peb4l5ys5zi>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁴ SILAS Malafaia fala sobre a proibição de aluguel de horários na TV. *Youtube*, 19 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=do5s4aZ2Yyl>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁵ INTERVOZES, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara. *Intervozes: Coletivo Brasil de Comunicação Social*, ago. 2014. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁶ Fábio Konder Comparato defende que a prática é flagrantemente inconstitucional: “[...] o direito de prestar serviço público em virtude de concessão administrativa não é um bem patrimonial suscetível de negociação pelo concessionário no mercado. Não se trata de um bem *in commercio*. O concessionário de serviço público não pode, de forma alguma, arrendar ou alienar a terceiro sua posição de delegatário do Poder Público” (COMPARATO, Fábio Konder. *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 15 jul. 2015. p. 3-4).

⁷ ZYLBERSTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. p. 130).

das outorgas obtêm um indiscutível e considerável lucro com tais operações, observando-se a diferença entre os valores pagos na licitação e os valores obtidos pelas duas formas de comercialização de outorgas.⁸ O autor, ainda, lembra que até o ano de 1995 a regulamentação do serviço de radiodifusão não exigia a realização de licitação e nem a necessidade do pagamento para a outorga de concessões e permissões. Logo, considerando que é provável que as empresas que receberam as outorgas antes de 1995 não tenham se sujeitado a processo licitatório e nem tenham pago pela outorga de suas concessões, percebe-se que o lucro obtido com a transferência das outorgas ou com o aluguel do tempo de programação é ainda mais patente.⁹

Outro grande percalço no debate relacionado à regulação do serviço de radiodifusão no Brasil trata-se da obtenção de outorga por parte de políticos eleitos, tornando a imprensa uma forma de (polêmica) renda, parte de seu negócio familiar e fator essencial à sua manutenção no poder estatal.¹⁰ Nesse contexto, lembre-se que o artigo 54 da Constituição Federal declara explicitamente que Deputados e Senadores não podem, desde a expedição do diploma, “firmar ou manter contrato com pessoa jurídica de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes” e, desde a posse, “ser proprietários, controladores ou diretores de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoas jurídicas de direito público, ou nela exercer função remunerada”.¹¹ E o dispositivo seguinte da Constituição da República, artigo 55, dispõe que: “perderá o mandato o Deputado ou

⁸ ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 253.

⁹ ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 254. Segundo o autor, “esse pode ter sido o caso do Grupo Abril que, em 1985, obteve outorga para explorar um canal de televisão na cidade de São Paulo e, em dezembro de 2013, segundo informações do próprio Grupo, transferiu essa outorga por R\$ 290 milhões. O mesmo pode ter ocorrido com a TV Manchete Ltda. que, em 1981, recebeu concessões para explorar o serviço de televisão em São Paulo, Rio de Janeiro, Belo Horizonte, Recife e Fortaleza e, em 1999 transferiu as outorgas para a TV Ômega Ltda. de pagar R\$ 7,5 milhões aos acionistas da TV Manchete Ltda., bem como a assunção de dívidas trabalhistas e fiscais até o limite de R\$ 234,5 milhões, o que perfaz um valor total de R\$ 242 milhões oferecido pelas outorgas” (ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 255).

¹⁰ Como destaca Tzvetan Todorov: “hoje é possível – se a pessoa tiver muito dinheiro – comprar uma emissora de tevê, ou cinco, ou dez, mais estações de rádio, mais jornais, e fazer todas essas mídias dizerem o que se deseja, para que, por sua vez, os consumidores, leitores, ouvintes e espectadores pensem o que se espera que eles pensem. Claro, o magnata das mídias também deve preocupar-se com a rentabilidade do seu império, não pode limitar-se unicamente à difusão de propaganda; mas nada o impede de, habilmente, misturar a esta última outros conteúdos vendáveis (escândalos, sexo, violência). De qualquer modo, o resultado final é que ele não tenta persuadir, mas manipular; e já não se trata de uma democracia, mas de uma plutocracia: não é mais o povo quem tem o poder, é simplesmente o dinheiro” (TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Edição Kindle. Posição 1961).

¹¹ Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Dierle Nunes ao comentarem o artigo 54 da Constituição, concluem o seguinte: “percebe-se claramente que as incompatibilidades estabelecidas no dispositivo sob comento possuem, em comum, o escopo de evitar que o congressista exerça tráfico de influência, utilizando a importância que decorre do mandato legislativo que exerce, para aferir benefícios particulares, inclusive, em detrimento do interesse público, violando o princípio da igualdade” (STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentários ao artigo 54. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1079).

Senador que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior”. Além disso, no plano infraconstitucional, o Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117, de 27 de agosto de 1962), declara expressamente em seu artigo 38, parágrafo único, o seguinte: “nas concessões, permissões ou autorizações para explorar serviços de radiodifusão, serão observados, além de outros requisitos, os seguintes preceitos e cláusulas: [...] *não poderá exercer a função de diretor ou gerente de concessionária, permissionária ou autorizada de serviço de radiodifusão quem esteja no gozo de imunidade parlamentar ou de foro especial*”.

Por outro lado, denota-se que, na prática, o dispositivo constitucional em comento é flagrantemente desrespeitado pelos parlamentares. Como órgão diretamente responsável pela fiscalização das outorgas de radiodifusão, o Ministério das Comunicações já justificou publicamente a prática relativizando a interpretação em torno artigo 54, da Constituição Federal. Em audiência pública realizada em abril de 2007, Marcelo Bechara, então assessor jurídico do Ministério das Comunicações, declarou o seguinte: “esse dispositivo constitucional proíbe que tenham contratos com empresas prestadoras de serviço público, e não que sejam proprietários. Diz que eles não podem ser proprietários de empresas que tenham favores do Poder Público. O serviço de radiodifusão não é um favor, é um serviço público constitucionalmente outorgado”.¹²

Nesse mesmo sentido, em entrevista de José Sarney à Revista Carta Capital, o Senador afirmou que “a única participação em empresas [feita pela família Sarney] é relativa à atividade política: jornal, rádio e televisão”. Ao ser perguntado se isso “não faz diferença”, o Senador respondeu: “Isso não é ter grupo econômico. Temos uma pequena televisão, uma das menores, talvez, da Rede Globo. E por motivos políticos. Se não fôssemos políticos, não teríamos necessidade de ter meios de comunicação.”.¹³

Exemplos de posicionamentos como esse evidenciam a deturpação da função da imprensa na democracia atual. No plano ideal, ela deveria propiciar o controle e a fiscalização do Poder Público e da iniciativa privada, além de chamar a atenção do governo quanto às demandas e expectativas da sociedade civil. Inclusive, pela sua contundente influência perante a opinião pública ela costuma ser classificada como “o quarto poder”.¹⁴ A Constituição Federal, inclusive, reconhece esse papel fundamental da imprensa na democracia, por meio da garantia ao direito à liberdade de imprensa (artigos 5º, inciso IX e 220 do texto constitucional), a liberdade de pensamento (artigo 5º, inciso IV), do direito de resposta (artigo 5º, inciso V), do direito à informação e o direito de sigilo da fonte (artigo 5º, incisos XIV e XXXIII), além de conferir-lhe tratativa específica por meio do capítulo “Da Comunicação Social” (Capítulo V do Título III).

Todavia, essa atribuição é conflitante ao interesse de alguns, que embora a reco-

¹² ORGANIZAÇÕES acionam MP para proibir outorgas a políticos. *Revista Fórum*, fev. 2012. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/2012/02/08/organizacoes_acionam_mp_para_proibir_outorgas_a_politicos/>. Acesso em: 17 jul. 2015. Acesso em:

¹³ CARTA Capital. “Não tenho culpa” – entrevista com José Sarney. *Revista Carta Capital*, ano XII, n. 369, nov. 2005.

¹⁴ ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 1. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 1040.

nheçam no discurso, são contrários a mecanismos que possam concretizá-la. É notória a concentração das frequências de radiodifusão em algumas poucas famílias. Segundo Vilson Vieira Junior, nos últimos anos verificou-se um movimento ascendente de concentração da mídia nacional e, como consequência, uma enorme redução de grupos no comando dos principais veículos de comunicação do Brasil. Verifica-se que atualmente o número de mandatários da grande mídia de abrangência nacional encolheu para seis grupos apenas, que comandam o oligopólio midiático no Brasil.¹⁵

Embora existam os chamados “donos da mídia”, de acordo com o Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação (Epcm),¹⁶ a regulação do serviço público de radiodifusão não é vista como um tema sequer para a discussão, na visão de alguns parlamentares. A difusão de informação feita dessa forma, pelo detentor exclusivo do capital, a torna parte da plutocracia, conforme aduz Tzvetan Todorov. Para o referido autor, “os inimigos íntimos adotam atitudes que se referem à democracia, mas, na realidade, a traem, forçados a tomar suas escolhas absolutas e a ignorar a limitação mútua que deve se estabelecer entre os diferentes princípios democráticos.”¹⁷

O ex-Ministro das Comunicações, Paulo Bernardo, chegou a afirmar publicamente que “[é] mais fácil fazer o impeachment do presidente da República do que impedir a renovação de uma concessão de rádio ou TV”.¹⁸ Assim, em prol do aprimoramento da democracia brasileira, cabe avaliar as palavras de Tzvetan Todorov, para o qual “estabelecer limites à liberdade de expressão não significa solicitar a instauração da censura. Trata-se antes de apelar para a responsabilidade dos que têm o poder de difundir informações e opiniões”.¹⁹

Contudo, paralelamente a essa descrição, os grupos econômicos de mídia defendem a sua ampla autonomia e se demonstram satisfeitos com tal realidade. Defendem piamente os seus direitos constitucionais inerentes à liberdade de iniciativa, de opinião, de imprensa, entre várias outras liberdades. Não obstante, é raro observar os protagonistas de tais atividades, como jornalistas, comentaristas, atores, diretores, diretores e demais agentes dos meios de comunicação, discutindo os seus deveres como prestadores do serviço público de radiodifusão.

Parece inexistir crítica quanto à necessária difusão do interesse público em tais

¹⁵ VIEIRA JR, Vilson. *Oligopólio na comunicação: um Brasil de poucos*. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=342&Itemid=99999999>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹⁶ Sobre o grupo de pesquisa, vide: <http://donosdamidia.com.br/historia>.

¹⁷ ROUDEN, Celine. Uma liberdade sem limites não seria legítima. Entrevista com Tzvetan Todorov. Trad. Moises Sbardelott. *Revista IHU Online*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/538992-uma-liberdade-sem-limites-nao-seria-legitima-entrevista-com-tzvetan-todorov>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

¹⁸ LOBATO, Elvira. Ministro defende proibição de que políticos tenham TV. *Folha de São Paulo*, jan. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0701201102.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

¹⁹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Edição Kindle. Posição 2007. Tzvetan Todorov ainda salienta que: “a palavra pública, um poder entre outros, deve às vezes ser limitada. Onde encontrar o critério que permita distinguir as boas limitações das más? Entre outras coisas, na relação de poder entre aquele de quem se fala. Não se tem o mesmo mérito, segundo se ataquem os poderosos do dia ou se designe ao ressentimento popular um bode expiatório” (*TODOROV, Tzvetan. Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Edição Kindle. Posição 1976).

atividades, como estabelece expressamente o artigo 221 do texto constitucional. O referido dispositivo aduz que a produção e a programação das emissoras de rádio e de televisão deverão atender a alguns princípios; como exemplo, a preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. Todavia, seria mesmo possível – investigando as atividades atualmente exercidas pelas empresas de radiodifusão no Brasil – observar o cumprimento dessas finalidades?

Em verdade, é raro observar a promoção de outros direitos fundamentais no setor, salvo quando a questão for exatamente a quebra desse regime, na defesa (inconstitucional) da descaracterização da atividade como serviço público e sua consequente configuração como atividade econômica em sentido estrito, nos termos do artigo 173 da Constituição. Por outro lado, o ambiente regulatório brasileiro em termo de radiodifusão sonora e de sons e imagens tradicionalmente é muito restrito e confuso. Recentemente, o Poder Público tem enveredado esforços de criação de um ambiente institucional adequado; entretanto, com o aparecimento das novas tecnologias e, particularmente, da internet, torna-se complicado para os órgãos estatais adquirirem uma eficiência regulatória que nunca tiveram e, simultaneamente, desenvolverem uma expertise a respeito do inusitado. Há, portanto, uma problemática institucional e, também, jurídica a respeito da questão.

Posto isso, pretende-se, na sequência, analisar algumas questões concretas sobre a regulação do serviço público de radiodifusão no Brasil. Primeiramente, será feita uma análise dogmático-jurídica do serviço de radiodifusão e sua configuração como um serviço público no ordenamento jurídico brasileiro. Após, utilizando-se da premissa de que a radiodifusão configura um serviço público, será analisada a constitucionalidade da concessão da radiodifusão a agentes políticos, mormente parlamentares em exercício de mandato eletivo. Ainda, será realizada uma exposição de como é feita a regulação da mídia em outros países, a fim de demonstrar que mesmo em países liberais, conhecidos por valorizar o direito à liberdade de expressão, ela é pautada. Finalmente, tratar-se-á das diferenças entre as demandas de controle social da mídia, em contraposição à defesa do governo pela necessidade de regulação econômica.

2. O serviço público de radiodifusão no direito brasileiro

Antes de se iniciar efetivamente o debate acerca da regulação da radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão) e suas consequências à liberdade de comunicação, é interessante tecer alguns comentários no tocante à constituição das atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens como um serviço público.

As atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens constituem um serviço público. Contudo essa afirmação não se encontra imune de críticas (ainda que improcidentes), tendo em vista a significativa diferença entre tais atividades e os demais serviços públicos privativos de Estado. Apesar da Constituição incluir tais atividades na categoria “serviço público”, cada vez mais torna-se complicado o seu enquadramento, seja em razão das

peculiaridades formais trazidas na legislação específica de radiodifusão, seja pela realidade prática do setor.

Limitando-se à questão jurídico-dogmática – que é o objetivo principal deste tópico –, cabe repisar que os serviços públicos constituem atividades econômicas *lato sensu* “que não tem insita em si a integração à esfera pública ou privada”. Vale dizer que tais atividades poderiam pertencer tanto a uma esfera como outra, mas, em razão da imposição de um interesse da coletividade em certo momento histórico, entendeu o legislador como sendo necessário tomar a atividade como competência do Poder Público.²⁰ Portanto, o serviço público nada mais é do que uma atividade econômica em sentido estrito – e aqui se emprega a clássica distinção realizada por Eros Roberto Grau²¹ –, que, por meio de uma ação imperativa do Poder Público, teve o seu regime jurídico alterado, tornando-o típico.²² Nesse contexto, é clássica a lição de Dinorá Grotti: “cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel”.²³ Essa perspectiva da noção de serviço público possui um viés, por assim dizer, mais formalista, em oposição a uma perspectiva mais essencialista do referido conceito.²⁴

Nesse contexto, para Celso Antônio Bandeira de Mello são dois os elementos primordiais que definem o conceito de serviço público no direito brasileiro: o elemento formal – isto é, o serviço público como atividade circunscrita ao regime específico de direito público – e o elemento material, que diz respeito à prestação de uma atividade de utilidade pública.²⁵ O

²⁰ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 132.

²¹ O referido autor entende que o serviço público, ao lado da atividade econômica em sentido estrito, como espécies, integram o mesmo gênero, qual seja, a atividade econômica em sentido amplo: “pretende o capital reservar para sua exploração, como atividade econômica em sentido estrito, todas as matérias que possam ser, imediata ou potencialmente, objeto de profícua especulação lucrativa. Já o trabalho aspira atribua-se ao Estado, para que este as desenvolva não de modo especulativo, o maior número possível de atividades econômicas (em sentido amplo). É a partir deste confronto – do estado em que tal confronto se encontrar, em determinado momento histórico – que se ampliarão ou reduzirão, correspectivamente, os âmbitos das atividades econômicas em sentido estrito e dos serviços públicos. Evidentemente, a ampliação ou retração de um ou outro desses campos será função do poder de reivindicação, instrumentado por poder político, de um e outro, capital e trabalho. A definição, pois, desta ou daquela parcela da atividade econômica em sentido amplo como serviço público é – permanecemos a raciocinar em termos de modelo ideal – decorrência da captação, no universo da realidade social, de elementos que informe adequadamente o estado, em um certo momento histórico, do confronto entre interesses do capital e do trabalho”. (GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 108-109).

²² “Como uma atividade econômica qualquer, submetia-se ao regime jurídico de Direito privado, caracterizado pela autonomia da vontade, capacidade universal, vinculação negativa ao Direito, disponibilidade de direitos e interesses e igualdade das partes. Diferentemente, como serviço público propriamente dito, será conduzido pelo regime jurídico de Direito público, cujos adjetivos fundamentais são, *mutatis mutandis*, a heteronomia, a capacidade por atribuição legal, a vinculação positiva ao Direito, a indisponibilidade de direitos e interesses e a desigualdade entre as partes”. (GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 134).

²³ GROTTI, Dinorá. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. Malheiro, 2003. p. 87.

²⁴ Determinados autores identificam em algumas atividades uma certa vocação para o serviço público. Cesar Guimarães Pereira, por exemplo, salienta que – a partir de uma consideração de natureza essencialista do serviço público – algumas características levam o ordenamento jurídico a considerar determinada atividade como pública, submetendo-a, portanto, ao regime de serviço público (PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 254).

²⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 688.

primeiro elemento relaciona-se à previsão expressa da atividade como serviço público no ordenamento jurídico, enquanto o elemento material diz respeito ao oferecimento aos cidadãos, por parte do Estado, de utilidades ou comodidades materiais singularmente fruíveis pelos administrados, reputadas como imprescindíveis e necessárias.²⁶ O autor, assim, reconhece a dualidade de elementos que configuram a noção de serviço público, todavia, tende a uma concepção formal, tendo em vista que somente o elemento formal traduziria um conceito verdadeiramente jurídico (o serviço público é aquele ao qual o legislador atribuiu o regime administrativo).²⁷

Por seu turno, Marçal Justen Filho identifica também, além dos supracitados e tradicionais elementos (formal e material), um terceiro elemento crucial para a caracterização do serviço público: o aspecto subjetivo.²⁸ Da mesma forma, Adriana Schier identifica esse terceiro traço no conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello: o aspecto da subjetividade como elemento autônomo e configurador da noção de serviço público.²⁹ Ou seja, relaciona-se ao vínculo orgânico da atividade com o Poder Público. Trata-se de uma atuação pública, desenvolvida pelo Estado ou “por quem lhe faça as vezes”. Para Bandeira de Mello, os serviços públicos “pertencem, por definição, ao setor público e estão nele inamovivelmente sediados [...] Significa, entretanto, que o titular deles é o Estado: que a senhoria sobre eles fica permanentemente retida em mãos do Poder Público.”³⁰

Ademais, não se pode perder de vista um relevante acréscimo a esse conceito, que diz respeito a uma determinada função do serviço público, capaz até mesmo de alterar a sua própria definição. Para Romeu Felipe Bacellar Filho, essa função consiste na satisfação e proteção dos direitos fundamentais, da cidadania e da dignidade humana.³¹ Dessarte, como leciona Marçal Justen Filho, serviço público consiste na “prestação de utilidades destinadas a satisfazer direta e imediatamente o princípio da dignidade da pessoa humana ou quando

O conceito de Celso Antônio Bandeira de Mello acerca de serviço público é consagrado no direito brasileiro. Para o mencionado autor, serviço público “é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de direito público – portanto consagrador de prerrogativas e de restrições especiais – instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido no próprio sistema normativo”. (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 689).

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 690. O autor, a propósito, menciona que é por isso que o Estado presta os serviços públicos sob o regime de Direito público.

²⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1968. p. 167-168.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 697. O autor pontua que: “sob o ângulo material ou objetivo, o serviço público consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais ou transindividuais de cunho essencial. Sob o ângulo subjetivo, trata-se de atuação desenvolvida pelo Estado (ou por quem lhe faça as vezes). Sob o ângulo formal, configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público”.

²⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social*. 2009. 224f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. p. 30.

³⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. *Revista trimestral de serviço público*, São Paulo, n. 22, 172-180, 1998. p. 173.

³¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 173-174.

forem reputadas como instrumentos para satisfação de fins essenciais eleitos pela República brasileira.”³².

Realizada esta breve exposição acerca do conceito de serviço público, retoma-se o debate em relação ao serviço de radiodifusão e a sua configuração como serviço público. No ordenamento jurídico brasileiro, a primeira referência ao conceito de radiodifusão encontra respaldo na Lei n. 4.117/1962, que aprovou o Código Brasileiro de Telecomunicações. Tal diploma legal ainda vale para o setor de radiodifusão, mas não mais para o setor de telecomunicações, agora regido pela Lei Geral de Telecomunicações (Lei n. 9.742/1997), novo diploma legal do setor, que acabou por trazer inovações.³³ A Lei n. 4.117/1962, que ainda disciplina o setor de radiodifusão, ao realizar a classificação dos serviços de telecomunicações em seu artigo 6º, letra “d”, em função dos fins a que destinam, aduziu que o serviço de radiodifusão consiste naquele “destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, compreendendo radiodifusão sonora e televisão”.³⁴

Com a edição da Emenda Constitucional n. 08/1995, promoveu-se a reorganização dos serviços de telecomunicações e radiodifusão no Brasil.³⁵ Porém essa alteração não implicou em alteração no regime de titularidade, uma vez que permanecem titularizados pela União Federal (ainda que possam ser prestados pela iniciativa privada).³⁶ Na sequência, com a chamada Lei Geral de Telecomunicações, inaugurou-se um novo modelo de mercado de telecomunicações: teve início o processo de privatização, no qual se implantou um regime baseado na prestação da atividade de telecomunicação pela iniciativa privada, restando o Estado, assim, com as funções de agente normativo e regulador, funções essas exercidas pela Agência Nacional de Telecomunicações (Anatel), criada pelo referido diploma legal.³⁷ O Poder Público, que prestava diretamente os serviços de telecomunicações, passou, então, a regular sua prestação, já que transferiu a obrigação de prestá-lo, mas conservou a responsabilidade pelo cumprimento da obrigação transferida. Antônio Carlos Cintra do Amaral afirma

³² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 44.

³³ Ericson Meister Scorsim destaca que, no que diz respeito ao ponto de vista técnico, o serviço de radiodifusão é uma forma de telecomunicação. Entretanto, do ponto de vista jurídico, ocorreu a separação entre a disciplina do setor de telecomunicações em face do setor de radiodifusão, a partir da aprovação da Emenda Constitucional n. 08/95, que originou a edição da Lei Geral de Telecomunicações. O referido diploma legal, todavia, é inaplicável aos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens (SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 71).

³⁴ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 71.

³⁵ “Art. 21. Compete à União: XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: ~~a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações;~~ a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 8, de 15/08/95)”.

³⁶ MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 32.

³⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 269. Para Floriano de Azevedo Marques Neto, “essa substituição do Estado pelos particulares na prestação do serviço se deu em razão do fato de o Poder Público não possuir capacidade de investir de 25 a 30 bilhões de Reais na ampliação das rede telefônica, imputando o ônus dessa ampliação a quem tenha condições de fazê-la, sob perspectivas muito bem concatenadas de prazo, objetivos e metas” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Direito das telecomunicações e ANATEL*. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002. p. 306).

que o serviço continuou a ser público, de titularidade da União, no entanto o seu exercício foi privatizado, embora regulado pelo Estado.³⁸

O serviço de radiodifusão, todavia, em oposição aos serviços de telecomunicações, ainda pode ser explorado diretamente pela União ou mediante autorização, concessão e permissão, nos termos literais do artigo 21, inciso XII, alínea “a”, da Constituição da República. Em verdade, as outorgas de radiodifusão são concretizadas por meio de contratos administrativos de concessão da União Federal. De acordo com Cristiano Aguiar Lopes, a Constituição Federal consagrou o entendimento do *trustship model*, modelo em que é fixada a responsabilidade governamental em organizar racionalmente o espectro radioelétrico, considerado um bem público, estando, assim, autorizado o Estado em operar os serviços de radiodifusão ou, por outro lado, transferir essa responsabilidade a um sujeito particular, mediante outorga pública.³⁹

Nesse cenário, destaque-se a classificação do serviço de televisão por radiodifusão, realizada por Ericson Meister Scorsim, que utiliza, como critério diferenciador, o sujeito/emissor, classificando o serviço em setor privado, setor público, e setor estatal.⁴⁰ Primeiramente, o setor privado, que, como já destacado, recebe a outorga da União mediante contrato de concessão. Tal setor possui existência garantida expressamente pela Constituição Federal, fundando-se na proteção do regime democrático, na liberdade de expressão, informação e comunicação, propriedade privada e livre iniciativa. Segundo Bráulio Santos Rabelo de Araújo, no caso da transferência da prestação do serviço público de radiodifusão ao setor privado, mediante contrato de concessão, a realização da licitação não se trata de uma mera opção, mas sim uma obrigação do Poder Público.⁴¹ O autor ainda assevera que a licitação para os serviços de radiodifusão é realizada sob a modalidade de concorrência e sob o tipo de técnica e preço.⁴²

Com efeito, a concessão de serviço público supõe a adesão voluntária de um sujeito particular, o concessionário, à relação jurídica de concessão, para a prestação de um serviço, prestado em nome da coletividade.⁴³ Lembre-se, nesse particular, que, apesar de as atividades serem repassadas aos particulares mediante a concessão, elas não perdem, no entanto, a sua concepção originária de serviço público.⁴⁴ Portanto, a atividade, mesmo que executada

³⁸ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012. p. 158.

³⁹ LOPES, Cristiano Aguiar. *Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011. p. 11.

⁴⁰ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social...*, p. 109.

⁴¹ ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 259.

⁴² ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 261.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 142.

⁴⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 181-182.

por um sujeito particular, continua submetida ao regime de Direito Público, devendo ainda atender, por óbvio, o interesse público.

Mas há alguns detalhes que merecem atenção no tocante ao contrato de concessão dos serviços de radiodifusão. Por exemplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro define a concessão de serviço público como o contrato administrativo em que o Poder Público delega a outrem a execução de um serviço público (e não a titularidade), para que o execute em seu próprio nome, por sua própria conta e risco, mediante uma tarifa paga pelo usuário ou, ainda, outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.⁴⁵

Entretanto, um aspecto marcante do serviço de radiodifusão consiste na ausência do recebimento de tarifa por parte do concessionário, razão pela qual o conceito de serviço público de Di Pietro mostra-se insuficiente. É preciso, assim, recorrer ao conceito utilizado por Celso Antônio Bandeira de Mello para solucionar o impasse, ao definir concessão como a atribuição do exercício de um serviço público, pelo Estado, àquele que aceita realizar tal prestação por sua conta e risco, com a garantia de um equilíbrio econômico financeiro em face do fato da execução do contrato se dar nas condições fixadas e alteráveis pelo Poder Público de forma unilateral, “remunerando-se pela própria exploração do serviço, *em geral e basicamente* mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”.⁴⁶ Por seu turno, Romeu Felipe Bacellar Filho destaca que “o concessionário é remunerado, *de um modo geral*, por intermédio das tarifas pagas pelos usuários do serviço”.⁴⁷ E, também no mesmo sentido, Cristiana Fortini leciona que a remuneração da empresa se faz basicamente por meio do pagamento de tarifas, entretantes outras fontes podem ser utilizadas.⁴⁸ Desse modo, ao destacar a forma de remuneração como realizada, em geral e basicamente, por meio de tarifas, abrindo-se espaço para outras fórmulas de remuneração, o conceito parece se adequar melhor ao caso da radiodifusão, cuja remuneração indireta torna o regime jurídico aplicável significativamente peculiar, afastando-o do que seria compreendido como uma teoria geral dos serviços públicos – a menos do ponto de vista formal (e apesar da includente redação constitucional).⁴⁹

⁴⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 77). A autora faz referência à concessão de serviço público como uma forma de privatização, considerada esta no seu sentido amplo; isto é, abarcando não apenas a privatização em si mesma como uma das formas de mudança do Estado, mas também outras ferramentas para a sua transformação (como as parcerias público-privadas, a própria concessão de serviço público e a desburocratização). (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7-8). Fernando Dias Menezes de Almeida, por seu turno, lembra que a concessão

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 720.

⁴⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 143.

⁴⁸ FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquias, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 41.

⁴⁹ Vera Monteiro destaca que no Brasil têm-se admitido várias fórmulas para a remuneração dos concessionários, além da tarifa. Segundo a autora, a Constituição não veda nenhum instrumento remuneratório em específico e aceita qualquer solução prevista no direito nacional, em sede infraconstitucional (MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 160). Como bem destaca Benedicto Porto Neto, basta que as partes estipulem expressamente a fórmula da remuneração no contrato de concessão: “na concessão é fundamental apenas que as partes – concessionária e poder concedente – estipulem contratualmente a retribuição da concessionária pela prestação do serviço”

Retomando a classificação de Ericson Meister Scorsim quanto ao sujeito/emissor do serviço de radiodifusão por televisão, destaque-se, ainda, a existência do setor estatal e do setor público não-estatal, ao lado do setor privado. Em primeiro lugar, o setor estatal diz respeito às emissoras de televisão gerenciadas diretamente por um ente federativo ou por uma entidade por ele criada. Já o chamado setor público não-estatal – ou também denominado de setor público de televisão –, consiste naquele reservado à esfera da sociedade civil, para fins de utilização do espectro eletromagnético e oferecimento do serviço de televisão por radiodifusão pelos próprios cidadãos. Para o autor, esta última modalidade (setor público não-estatal) é aquela independente do poder econômico (não visa o lucro) e do poder político (porquanto não beneficia e nem prejudica o governo, candidatos ou partidos políticos).⁵⁰

Nesse contexto, nota-se que o *caput* do artigo 223 do texto constitucional impõe, de forma concomitante à competência da União para outorgar as concessões, para o serviço de radiodifusão, a observância do princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal. Acerca do referido princípio, Luciana Raso Sardinha salienta que os serviços de radiodifusão são prestados pelo particular em substituição à União “sob a orientação político-filosófica das finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas, obrigando-se à promoção da cultura nacional e à regionalização, ao respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família”.⁵¹ Já para Alexandre Faraco, a complementariedade dos sistemas estatal, público e privado traduz a noção de que a titularidade da União em relação aos serviços de radiodifusão “não permite a opção por organizar essa atividade exclusivamente a partir de entidades de direito público interno.”⁵²

Com efeito, no tocante ao serviço de radiodifusão de sons e imagens (televisão), Ericson Scorsim Meister destaca o que chama de elementos normativos para a conceituação do serviço: i) a natureza técnica do meio de difusão que utiliza o espectro eletromagnético; ii) a atividade de emissão e de transmissão de sons e de imagens; e, por fim, iii) o alcance da prestação referente à recepção direta e livre pelo público em geral.⁵³

No que diz respeito ao primeiro elemento elencado por Ericson Meister, cumpre desta-

(PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/1995*. Conceitos e princípios. São Paulo: Malheiro, 1998. p. 81).

⁵⁰ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 111-117. Segundo o autor, “tradicionalmente, a operação do serviço de televisão por radiodifusão é realizada pelos setores privado e estatal, sendo o primeiro hegemônico na comunicação social brasileira, e o segundo atravessa uma crise crônica. São, por assim dizer, os setores clássicos da radiodifusão brasileira. Ocorre que, a par desses dois setores, há o setor público não-estatal ou sistema público de televisão (que não se confunde com a ideia convencional de televisão pública) identificado à esfera da sociedade civil, para a qual deve ser reservada parcela do uso do espectro eletromagnético, para fins de oferecimento do serviço de televisão por radiodifusão” (SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 116).

⁵¹ PARDINHO, Luciana Raso. *Radiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004. p. 113.

⁵² FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 86.

⁵³ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social...*, p. 72.

car que, como característica essencial do serviço de radiodifusão, que esse serviço depende necessariamente da utilização do espectro eletromagnético de frequências para a difusão de sinais de áudio e de vídeo para o público em geral. E, considerando que o espectro eletromagnético é tido como um recurso limitado, é classificado juridicamente como um bem público.⁵⁴ Nesse sentido, Jónatas Eduardo Mendes Machado aduz que a noção de radiodifusão compreende, de forma genérica, toda a comunicação dirigida a um número indeterminado de pessoas por meio das ondas eletromagnéticas, utilizando-se ou não de cabos.⁵⁵ Acerca do alcance da prestação, o próprio Código Brasileiro de Telecomunicações afirma que o serviço de radiodifusão é destinado a ser recebido direta e livremente pelo público em geral, conforme já se destacou.

Com efeito, Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes aponta dois motivos fundamentais para a caracterização do serviço de radiodifusão como um serviço público. Primeiro, a indiscutível importância desses serviços na sociedade, face à enorme penetração dos meios de comunicação de massa na sociedade e seu poder de formação da opinião pública. E, em segundo lugar, a autora aponta a escassez do espectro eletromagnético, tendo em vista que se trata de um bem público, nos termos do artigo 157 da Lei n. 9.472/97, conforme já se destacou.⁵⁶ Do mesmo modo, Bráulio Santos Rabelo de Araújo leciona que a radiodifusão consiste em atividade essencial à coesão e à interdependência social, reconhecida pela Constituição como um serviço público.⁵⁷

Guilherme Fernandes Neto, da mesma forma, destaca que um dos princípios básicos da Comunicação Social consiste, exatamente, na sua função social. O autor ressalta que a função social da comunicação de massa é evidenciada em virtude da sua capacidade em alterar comportamentos e do impacto causado por ela na sociedade. Com efeito, Fernandes

⁵⁴ SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social...*, p. 71.

⁵⁵ MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade de expressão: dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social*. Coimbra: Coimbra Ed., 2002, p. 601. No mesmo sentido, a lição de Vera Maria de Oliveira Nusdeo Lopes: “[...] o espectro por onde se transmitem as ondas é um bem natural e limitado. Em outras palavras, poucos (em comparação com o tamanho da população) poderão ter acesso à utilização desse meio de comunicação e expressão, enquanto muitos ou quase todos têm acesso para ouvir e receber as mensagens, sem oportunidade de estabelecer uma verdadeira Comunicação de ‘mão dupla’” (LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 148-150).

⁵⁶ LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 142-150.

⁵⁷ ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 256; 277. Nas palavras do autor: “a Constituição assim o determinou por reconhecer que o rádio e a televisão não possuem importância meramente econômica. Ao integrarem o sistema de comunicação social, espaço em que se realiza o debate público, as emissoras de rádio e de televisão desempenham um papel fundamental na democracia. Destinam-se a acompanhar e divulgar (i) as informações relativas ao exercício do poder público, (ii) as demais informações socialmente relevantes, tais como as relativas às atividades da iniciativa privada, à economia, política nacional e internacional, ciência, tecnologia e cultura, e (iii) as opiniões e os interessantes de representantes de distintos setores sociais. Além disso, constituem dois dos principais canais de distribuição da produção cultural ao público. Não é por outra razão que a Constituição dedicou todo um capítulo aos meios de comunicação social e atenção diferenciada à atividade de radiodifusão” (ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015. p. 277).

Neto salienta que “em razão dos serviços de radiodifusão existirem em virtude de concessão estatal, reforça-se a função social”.⁵⁸

Ao lado de tudo isso, repise-se que o próprio Supremo Tribunal Federal já decidiu que as atividades de radiodifusão sonora e de sons e imagens constituem um serviço público.⁵⁹ E, constituindo, então, um serviço indiscutivelmente público, a atividade deve ser sempre prestada em benefício da coletividade, isto é, em prol do interesse público, sem ocorrer a sobreposição de eventuais interesses privados. Trata-se, portanto, de um ideal republicano, que deve prevalecer na Administração Pública: a prevalência do bem comum e da satisfação coletiva – valores estes que, ao serem positivados, tornam-se “interesse público no sentido restrito”, como esclarece Daniel Wunder Hachem.⁶⁰

Sendo assim, no contexto do serviço público de radiodifusão tem-se que o atendimento ao interesse público primário e do bem comum está intimamente conectado à prestação do serviço, de forma adequada, e em nome do povo.⁶¹ Nesse vértice, tem-se disposição expressa no artigo 221, incisos I e II, da Constituição, que destaca que, dentre os princípios a que a programação das emissoras de rádio e televisão devem se submeter, estão a “preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas” e a “promoção da cultura nacional e regional”.⁶²

⁵⁸ FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 78-81.

⁵⁹ No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3944, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em face de dispositivos do Decreto n. 5.820/2006, o Ministro Relator Carlos Ayres Britto, ao votar pela improcedência da ADIn, entendeu que a “consignação de canal de radiofrequência (ou autorização de uso de espectro de radiofrequência) não se confunde com concessão ou autorização do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. A primeira (consignação), regulada pela Lei 9.472/97, é acessória da segunda (concessão ou permissão). 4. A norma inscrita no art. 7º do Decreto 5.820/2006 (e também nos arts. 8º a 10) cuida de autorização de uso do espectro de radiofrequências, e não de outorga de concessão do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. O que se deu, na verdade, foi o seguinte: diante da evolução tecnológica, e para a instituição no país da tecnologia digital de transmissão de sons e imagens, sem interrupção da transmissão de sinais analógicos, fez-se imprescindível a consignação temporária de mais um canal às atuais concessionárias do serviço de radiodifusão de sons e imagens.”. No referido acórdão, o STF entendeu que a televisão digital não se trata de um novo serviço público, mas sim de uma adaptação tecnológica, isto é, uma atualização para fins de melhoramento na prestação do serviço.

⁶⁰ HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 181.

⁶¹ COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). *A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000. p. 193.

⁶² Marcos Alberto Sant’Anna Bitelli, por seu turno, destaca que: “neste diapasão, o art. 221 estabelece agora princípios que incidem sobre o conteúdo da informação que transita pelo ar através das ondas eletromagnéticas dos serviços de radiodifusão. Assim, o inc. I determina aos difusores a concessão de preferências a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas. O inciso seguinte (II) fala em promoção da cultura nacional, primeiramente, o que combina nas tintas com o estabelecido na primeira parte do *caput* do art. 215 da mesma CF, quando determina que o Estado garantirá a todos o acesso às fontes da cultura nacional”. (BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 271). Nesse exato sentido, veja-se a lição de J. C. Mariense Escobar: “Quanto à programação, segundo o Decreto nº 88.066, de 26.1.83, que deu nova regulamentação à Lei nº 5.785, de 23.6.72 (e legislação consolidada), as prestadoras deverão: subordinar os programas de informação, divertimento, propaganda e publicidade às finalidades educativas e culturais inerentes à radiodifusão [...]”. (ESCOBAR, J. C. Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. p. 122-123).

3. A concessão do serviço público de radiodifusão a agentes políticos

Após a efetiva análise dogmática do serviço público de radiodifusão no ordenamento jurídico brasileiro e expostos alguns conceitos essenciais, passa-se, então, ao debate de alguns problemas concretos em relação ao tema.

Com efeito, os principais percalços relativos à regulação da mídia podem ser resumidos em uma tese maior, que é a da transformação do espaço público de informação,⁶³ representado pela imprensa, em um verdadeiro ambiente privado de interesses, como já descrito. É exatamente por isso que um dos mais graves vícios existentes no atual sistema brasileiro de radiodifusão parece ser a (polêmica e duvidosa) possibilidade de um agente político, em exercício de mandato eletivo e democrático, obter a outorga de uma emissora de televisão ou rádio. Nesse cenário, já seria possível afirmar que, constituindo um serviço público (e configurando, além disso, o espectro eletromagnético como um bem público), a participação de parlamentares em concessões de radiodifusão sonora e de sons e imagens configuraria uma frontal ofensa ao princípio constitucional da impessoalidade, previsto no artigo 37, caput, da Constituição.

Essa assertiva até gera perplexidade, porquanto a Constituição da República é bastante clara ao estabelecer em seu artigo 54 as proibições inerentes ao mandato eletivo. Por consequência, considerando-se a natureza da radiodifusão como um serviço público – conforme análise do tópico precedente –, vislumbra-se com certa nitidez o impedimento constitucional para que Deputados e Senadores firmem ou mantenham contrato com empresas concessionárias de serviço público, ou ainda que participem de pessoas jurídicas concessionárias do serviço público de radiodifusão. Por outro lado, o projeto “Donos da Mídia” contabilizou, no ano de 2008, o número de 271 parlamentares que são sócios ou diretores em 324 veículos de comunicação.⁶⁴ Além do mais, como já destacado, o Ministério das Comunicações também já justificou publicamente essa prática relativizando a interpretação em torno do artigo 54, do texto constitucional.

Visando a coibir a participação de políticos em outorgas do serviço de radiodifusão, a campanha “Fora Coronéis da Mídia” elaborou um dossiê de notícias monitorando a atuação dos parlamentares ligados aos meios de comunicação. A campanha em questão evidenciou que dos atuais quarenta parlamentares que controlam diretamente emissoras de radiodifusão, somente sete tentaram e não conseguiram se reeleger, o que representa um evidente indício de conflito de interesses.⁶⁵ Nas palavras da Deputada Federal Luiza Erundina: “como você detém um cargo público e ainda dispõe do privilégio das concessões? Isso permite que algu-

⁶³ Afinal, repise-se que o espectro eletromagnético configura um bem público, nos termos do artigo 157 da Lei n. 9.472/97.

⁶⁴ PROJETO Donos da Mídia. *Políticos*. Disponível em: <<http://donosdamidia.com.br/levantamento/politicos>>. Acesso em 20 jul. 2015.

⁶⁵ BARBOSA, Bia. Coronéis eletrônicos continuam no congresso. *Site Carta Capital*, 04/11/2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/coroneis-eletronicos-continuam-no-congresso-5968.html>>. Acesso em: 23 out. 2015.

mas lideranças e partidos tenham um espaço de comunicação de massa que outros não têm. Compromete o princípio de igualdade de direitos e a própria democracia.”⁶⁶.

O Relatório dos trabalhos da Subcomissão Especial da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática (CCTCI), da Câmara dos Deputados, criada para analisar as normas de radiodifusão, concluiu pela manifesta incompatibilidade entre a natureza do cargo político e a existência de uma concessão de radiodifusão, aduzindo que “[...] como o Congresso Nacional é responsável pela apreciação dos atos de outorga e de renovação de outorga de radiodifusão, a propriedade e a direção de emissoras de rádio e televisão são incompatíveis com a natureza do cargo político e o controle sobre concessões públicas, haja vista o notório conflito de interesses”.⁶⁷ Por outro lado, denota-se, ainda, a existência de um argumento de que a regulação da mídia constitui censura, amplamente propagado pelos que dizem agir em prol da democracia. A deputada federal Luiza Erundina, por seu turno, destaca que a dificuldade no Congresso em regular o serviço de radiodifusão é obviamente gigantesca, porquanto ainda existe um número elevado de parlamentares que – de forma ilegal e inconstitucional – são detentores de concessão de rádio e televisão.⁶⁸

O controle da mídia por parlamentares eleitos gera algumas situações absurdas, tal como a descrita por Carlos Augusto Yoda; o autor relata que no início da década de 1980, um repórter da Rádio Rural, de Concórdia (SC), abria espaço para o depoimento do ex-Senador Atilio Fontana: “Senador, o microfone é todo seu”. O Senador, ciente de suas propriedades, respondeu-lhe publicamente: “Não só o microfone, meu rapaz, mas a rádio toda”. Conta que o episódio foi narrado em matéria do *Jornal do Brasil* que, naquela época, já denunciava o uso eleitoral de cento e quatro estações de rádio e televisão, espalhadas por dezesseis estados, de propriedade de deputados, governadores, senadores ou ministros.⁶⁹

Cumprе ressaltar que tramita no Supremo Tribunal Federal desde o ano de 2012 uma Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) proposta pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), objetivando discutir a outorga e renovação de concessões, permissões e

⁶⁶ PENA NETO, Mair. Câmara tenta dar fim a coronelismo eletrônico. G1 Notícias: Política, jan. 2009. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL953976-5601,00-ESPECIALCAMARA+TENTA+DAR+FIM+A+CORONELISMO+ELETRONICO.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁶⁷ CCTCI, Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática. Subcomissão especial de radiodifusão. Relatório dos trabalhos da Subcomissão Especial da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, criada para analisar mudanças nas normas de apreciação dos atos de outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. *Centro de Documentação e Informação*. Brasília: Edições Câmara, 2009. p. 54.

⁶⁸ Conforme destaca a Deputada Luiza Erundina: “claro que tem dificuldade no Congresso [de se regular a radiodifusão] porque ainda se tem um número elevado de parlamentares que, de forma ilegal e inconstitucional, são detentores de concessão de rádio e TV. E eles têm seus prepostos, seus representantes na Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática da Câmara e do Senado e isso explica a dificuldade que há em se avançar minimamente em relação a esse marco legal”. OLIVEIRA, José Carlos de. Parlamentares comentam declaração de ministro sobre concessão de emissoras. *Rádio Câmara*, Brasília, jan. 2011. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/391729-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARA%C3%87%C3%83O-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESS%C3%83O-DE-EMISSORAS-\(3'43''\).html](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/391729-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARA%C3%87%C3%83O-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESS%C3%83O-DE-EMISSORAS-(3'43'').html)>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁶⁹ YODA, Carlos Gustavo. Coronelismo, antena e voto: a apropriação política das emissoras de rádio e TV. *Carta Capital*, set. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/coronelismo-antena-e-voto-a-apropriacao-politica-das-emissoras-de-radio-e-tv-5044.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

autorizações de radiodifusão a empresas que possuam políticos titulares de mandato eletivo como sócios ou associados. Na ação em questão, o PSOL requereu a concessão de medida liminar proibindo a outorga ou renovação de concessões para empresas que possuam políticos como sócios e, no mérito, ordene que políticos que exerçam mandato eletivo se retirem das empresas concessionárias e permissionárias de radiodifusão no prazo de trinta dias.⁷⁰ O argumento principal da referida ação é o de que, de forma a resguardar a autonomia da imprensa, não pode ela ser controlada por aqueles que integram o governo, pois se uma das suas funções é fiscalizar os que exercem os poderes estatais, configura-se, assim, um verdadeiro contrassenso; afinal, não pode a imprensa ser controlada por quem ela deve controlar. Se assim ocorre, ela perde ser caráter de instrumento de fiscalização, passando a mecanismo de manipulação.⁷¹

Nesse sentido, Jürgen Habermas estabelece uma importante relação entre a Justiça e a imprensa, pois para o referido autor a organização de uma imprensa livre coincide com o conceito de política deliberativa, a saber: “os meios de massa devem situar-se como mandatários de um público esclarecido, capaz de aprender e de criticar; devem preservar sua independência frente a atores políticos e sociais, imitando nisso a justiça.”. Com efeito, Habermas entende que a mídia deve aceitar imparcialmente as preocupações e sugestões do público, obrigando o processo político a se legitimar à luz desses temas. Com isso, neutraliza-se

⁷⁰ STF, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 256. Consulta realizada em 20 jul. 2015. Até a data da elaboração deste artigo, o processo em questão, todavia, encontrava-se ainda concluso, sem apreciação da liminar com o Relator, Ministro Gilmar Mendes. O Ministério Público Federal e a Advocacia Geral da União manifestaram-se pela improcedência da referida ADPF.

⁷¹ PSOL, Partido Socialismo e Liberdade. *Petição Inicial* ADPF n. 256. Além da referida ação em trâmite no STF, no ano de 2007 o Ministério Público Federal do Distrito Federal (MPF/DF) propôs ações civis públicas visando a anulação da renovação e/ou concessão de outorga de cinco empresas de rádio e TV de deputados federais. Segundo o MPF, em tais casos teria ocorrido favorecimento pessoal nas concessões, vez que os deputados, mesmo sendo sócios das concessionárias, participaram das votações em que foram analisados e deferidos os pedidos de outorga e de renovação dessas concessões (isto é, a discussão em relação à ofensa do princípio constitucional da impessoalidade, como já apontado anteriormente). Porém, a discussão em tela trata de apenas um dos vícios presentes no sistema de outorgas de radiodifusão (ao contrário da ADPF do PSOL) e não chega a discutir o mérito principal da controvérsia: a participação de parlamentares em empresas concessionárias de serviços de radiodifusão. Nos referidos casos, o MPF/DF analisou todas as atas da Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, de janeiro de 2003 a dezembro de 2005 e, ao final, concluiu que diversos deputados utilizaram a função exercida para beneficiar, direta ou indiretamente, interesses pessoais relativos à renovações ou a outorgas de serviços de radiodifusão. Sendo assim, foram denunciados alguns parlamentares que eram sócios, cotistas ou diretores de empresas concessionárias do serviço de radiodifusão à época em que essas mesmas empresas tiveram os pedidos de renovação e/ou concessão aprovados na Comissão. Os casos analisados pelo MPF/DF deram origem aos seguintes processos judiciais no Tribunal Regional Federal – 1ª Região (TRF-1): 1) Alagoas Rádio e Televisão (Maceió-AL) – *Processo nº 2007.34.00.026698-1*; 2) Emissoras Reunidas (Caxias do Sul-RS) – *Processo nº 2007.34.00.026697-8*; 3) Rádio Continental FM (Campinas-SP) – *Processo nº 2007.34.00.026700-0*; 4) Rádio Renascerça (Ribeirão Preto-SP) – *Processo nº 2007.34.00.026702-7*; 5. Sociedade Rádio Atalaia de Londrina (Londrina-PR) – *Processo nº 2007.34.00.026699-5*. Nas aludidas ações, o MPF/DF requereu, primeiramente, medida liminar suspendendo imediatamente as concessões e, no mérito, pediu a anulação definitiva das outorgas de radiodifusão. Além do mais, segundo o MPF/DF, caberia, ainda, a condenação das concessionárias ao pagamento de multa por dano moral coletivo, e os deputados poderiam ser processados por improbidade administrativa. Destes processos, um deles resultou em julgamento em sede de primeira instância (*Processo nº 2007.34.00.026699-5*), confirmado pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Em acórdão publicado em 29 de outubro de 2013, a 6ª Turma do aludido Tribunal manteve a decisão da juíza federal Ivani Silva da Luz. Em 2010 ela havia determinado a anulação da sessão da Câmara dos Deputados na qual havia sido renovada a concessão da rádio Atalaia, de Londrina (PR).

o poder da mídia e se impede que o poder administrativo ou social seja transformado em influência político-publicitária.⁷² É o que José Afonso da Silva aponta como a função social da imprensa, visto que ela constitui poderoso instrumento de formação da opinião pública, constituindo uma defesa contra todo excesso de poder e um forte controle sobre a atividade político administrativa e sobre não poucas manifestações ou abusos de relevante importância para a coletividade.⁷³

Tendo em vista a concentração das outorgas de radiodifusão, em especial as obtidas por parlamentares eleitos, vislumbra-se que esse serviço efetivamente demanda uma regulamentação por parte do Poder Público. Há que se considerar, principalmente, que a radiodifusão representa um serviço público escasso, cujo mercado contempla contundentes barreiras de funcionamento, sobretudo em razão dos altos investimentos necessários à entrada e à sua permanência. De forma diversa dos meios de comunicação impressos ou da Internet, que permitem com maior facilidade a publicação independente, na radiodifusão, por outro lado, não há possibilidades técnicas nem condições financeiras para que todos os interessados atuem. Com a finalidade de coibir essa concentração de mídia e estimular a difusão de informação é que inúmeros outros países contam com sistemas regulatórios já estruturados, como se verá no tópico subsequente.

4. Regulação da mídia em outros países

Exposto o problema da (polêmica e inconstitucional) relação entre mandato de parlamentares e a concessão do serviço público de radiodifusão, abordar-se-á, ainda que brevemente, alguns dispositivos de regulação do serviço de radiodifusão de países escolhidos por sua importância geopolítica. O objetivo consiste em apresentar alguns elementos que contribuam para esclarecer parte dos equivocados argumentos arguidos em contrário à regulação da mídia no Brasil, notadamente o de que a regulamentação de tal serviço implicaria em restrições injustas à liberdade de expressão. Não se fará, portanto, abordagem exaustiva do tema, o qual demandaria, no mínimo, um trabalho específico em direito comparado.

Nas palavras do Deputado federal Eduardo Cunha (PMDB-RJ): “Regulamentação de mídia jamais. Eu colocaria na gaveta. Não faz parte do meu propósito. Eu sou muito claro, transparente para que todos saibam que eu eleito presidente da Câmara não darei curso a um projeto de regulamentação de mídia”.⁷⁴ Seu posicionamento, assim como o de tantos outros sujeitos que poderiam ser citados em igual sentido, é condizente à ideia de que “a melhor legislação de comunicação social é não existir legislação alguma.”⁷⁵

⁷² HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 112.

⁷³ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 247.

⁷⁴ “VOU engavetar a regulamentação da mídia”, promete Eduardo Cunha. *Pragmatismo político*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/vou-engavetar-regulamentacao-da-midia-promete-eduardo-cunha.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁷⁵ LINS, Bernardo F. E. *Análise comparativa de políticas públicas de comunicação social*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2002. p. 4.

Essa linha de raciocínio utiliza como paradigma o caso dos Estados Unidos, tido como país que impede seu Congresso de legislar em restrição à liberdade de expressão, por meio de interpretação da Primeira Emenda constitucional.⁷⁶ Entretanto essa exegese literal da Constituição estadunidense mostra-se totalmente rasa, consistindo em respaldo equivocado ao posicionamento dos defensores da ausência de regulamentação de mídia.⁷⁷ Em verdade, de forma diversa a essa hermenêutica, verifica-se que foram justamente os Estados Unidos que deram origem à justificativa para a regulação da radiodifusão, tendo-se em vista um argumento de mercado, decorrente da escassez de frequências disponíveis para o serviço. Assim, desde 1934, o país em questão conta com o “Federal Communications Commission” (FCC) como ente regulador da área de telecomunicações e do serviço de radiodifusão.

Com efeito, o entendimento que autoriza a intervenção estatal nesse serviço foi confirmado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “Red Lion Broadcasting vs. FCC”,⁷⁸ no qual se concluiu que a limitação natural do espectro eletromagnético atuava como fundamento para a regulação dos serviços de radiodifusão. Entendeu-se que tal intervenção não afeta a liberdade de expressão, eis que a limitação do espectro autoriza restrições aos licenciados em favor de outras pessoas. Para a Suprema Corte, a Primeira Emenda protege o direito do público em ver e ouvir, conseqüentemente de saber e participar, e não o direito dos radiodifusores em exibir o conteúdo que lhes interessa, sem qualquer limitação.⁷⁹

Ademais, a regulação da mídia nos Estados Unidos não é realizada apenas pela FCC. A “National Telecommunications and Information Agency” (NTIA) é a agência governamental que regulamenta as questões relacionadas à infraestrutura do setor de telecomunicações, atuando como principal conselheiro do Presidente da República nas políticas tecnológicas de difusão de informação.⁸⁰ Ainda, a FCC não detém competência para tratar de questões

⁷⁶ “O Congresso não deverá fazer qualquer lei a respeito de um estabelecimento de religião, ou proibir o seu livre exercício; ou restringindo a liberdade de expressão, ou da imprensa; ou o direito das pessoas de se reunirem pacificamente, e de fazerem pedidos ao governo para que sejam feitas reparações de queixas”. (United States Congress. Constitution of the United States. Tradução livre).

⁷⁷ A Primeira Emenda foi objeto de discussão em inúmeros casos da Suprema Corte dos Estados Unidos. A sua interpretação literal é, portanto, bastante polêmica, não sendo válida para alegações descontextualizadas da democracia estadunidense. Acerca das controvérsias enfrentadas pela Suprema Corte, indica-se a leitura do artigo: VIEIRA, Lucas Pacheco. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa sob a perspectiva da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1., 2012, Santa Maria. *Anais...* Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/10.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

⁷⁸ US Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/367/case.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁷⁹ “A Primeira Emenda é relevante para a radiodifusão pública, mas é o direito do público de visualização e de escuta, e não o direito das empresas de radiodifusão, que é fundamental.” (US Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, US 395 367 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/367/case.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015. Tradução livre).

⁸⁰ “NTIA é a agência do Poder Executivo responsável por assessorar o Presidente em questões de política de informação e de telecomunicações. Parte representativa das políticas públicas elaboradas pela NTIA tem como foco a expansão do acesso à Internet de banda larga nos Estados Unidos, a fim de incrementar o uso do espectro por todos os usuários e garantir que a Internet continue sendo um motor para a inovação contínua e crescimento econômico” (NATIONAL Telecommunications and Information Agency. *Home page*. Disponível em: <<http://www.ntia.doc.gov/>> Acesso em: 16 jul. 2015. Tradução livre).

sobre concorrência, cabendo à “Federal Trade Commission” (FTC) lidar com esses casos, e também com os que tratam de denúncias por publicidade enganosa.⁸¹

O modelo de regulação estadunidense foi, portanto, construído com base na fiscalização e na regulamentação de empreendimentos privados de comunicação, a fim de se possibilitar justa concorrência e participação social. Contudo, mesmo em países cujo modelo de radiodifusão prevaiente é o estatal, a regulação também não deixou de ser fixada. Há importantes veículos de comunicação estatais, como a RAI na Itália, a Grã-Bretanha com a BBC, a Espanha com a TVE, a França com a France Télévisions, a RTP em Portugal, a ARD e a ZDF na Alemanha, a NHK no Japão, dentre outras emissoras públicas, que figuram como principais veículos de telecomunicação em seus países.⁸²

Observa-se, assim, que o mercado mundial de radiodifusão comporta três formas de organização, nos moldes do sistema brasileiro: a) sistema de radiodifusão privada, que pode vir a comportar pequeno mercado de radiodifusão estatal oficial e de emissoras com finalidade pública; b) o sistema de monopólio estatal da radiodifusão, com pouca atuação de operadoras independentes; c) e um sistema intermediário, em que emissoras estatais fortes competem com grupos privados.⁸³ Em cada um desses sistemas há diferentes meios de regulação, seja ela praticada por uma agência reguladora independente, ou ainda de forma direta pelo Estado.

Um exemplo de fiscalização direta do serviço de radiodifusão é o modelo adotado no Brasil, posto ser o Ministério das Comunicações (Poder Concedente) o ente público responsável para tanto, que é integrante da Administração Pública Direta. O Chile também a exerce diretamente, por meio da Subsecretaria de Telecomunicações (Subtel), que é um organismo dependente do Ministério de Transportes e Telecomunicações. A Subtel acaba por acumular diversas outras funções, como a fiscalização de infraestrutura das prestadoras, inclusive telefonia e internet. O país contempla, no entanto, um órgão autônomo para “velar pelo correto funcionamento dos serviços de televisão.” O Conselho Nacional de Televisão (CNTV) foi criado pela Constituição Chilena e possui dentre suas funções, a capacidade de outorgar, modificar ou pôr fim às concessões de radiodifusão televisiva de livre recepção.⁸⁴ Também lhe compete o pronunciamento acerca da transferência, cessão, arrendamento ou outorga do

⁸¹ “A Lei Federal afirma que o anúncio destinado aos consumidores, seja veiculado na Internet, rádio ou televisão, ou em qualquer outro lugar, deve ser verdadeiro e não enganoso, e, quando apropriado, apoiado por evidências científicas. A Comissão Federal de Comércio (FTC) impõe essas leis de verdade na publicidade, e aplica os mesmos padrões independentemente do meio em que ele é publicado- seja em jornais e revistas, on-line, no e-mail, ou em outdoors ou ônibus. A FTC fiscaliza especialmente a publicidade produtos que podem afetar a saúde dos consumidores, tais como alimentos, remédios que podem ser adquiridos sem prescrição médica, suplementos alimentares, álcool e tabaco, bem como os relacionados a produtos de alta tecnologia e da Internet. A FTC também monitora e grava os relatórios sobre as práticas da indústria de anúncios relativos à comercialização de álcool e tabaco.” (FTC, Federal Trade Commission. *Truth In Advertising*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/truth-advertising>>. Acesso em: 16 jul. 2015. Tradução livre).

⁸² EBC, Empresa Brasil de Comunicação. *TV Pública no Mundo*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/tv-publica-ebc/tv-publica-no-mundo>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁸³ LINS, Bernardo F. E. *Análise comparativa de políticas públicas de comunicação social*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2002. p. 6.

⁸⁴ Disponível em: <<http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30214>> Acesso em: 20 jul. 2015.

seu direito de uso. Ainda, possui competência sancionatória de controle de conteúdo, podendo sancionar as emissoras com advertências, multas, suspensão e até mesmo decretar a caducidade da concessão (art. 33, Ley 18838).⁸⁵

Além disso, é possível constatar que a Argentina também pratica controle direto de certa maneira, pois, embora tenha constituído em 2010 uma autarquia específica para a tarefa, a Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual (AFSCA), na prática verifica-se que o órgão é um tanto alinhado às expectativas do governo, tendo inclusive sua Diretoria integralmente composta por Diretores nomeados pelo Poder Executivo.⁸⁶

Por outro lado, como exemplo de regulação praticada por agências independentes, pode-se citar (além dos Estados Unidos) o Canadá, a Grã-Bretanha, França e Austrália. No Canadá, a tarefa recai sobre a “Canadian Radio-television and Telecommunications Commission” (CRTC), estabelecida em 1976,⁸⁷ com o objetivo inicial de promover a cultura nacional.

⁸⁵ “Artículo 33° Ley 18838.- Las infracciones a las normas de la presente ley y a las que el Consejo dicte en uso de las facultades que se le conceden, serán sancionadas, según la gravedad de la infracción, con:

1.- Amonestación; 2.- Multa no inferior a 20 ni superior a 200 unidades tributarias mensuales, en caso de tratarse de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión regionales, locales o locales de carácter comunitario. Para el caso de concesionarias de servicios de radiodifusión televisiva o permisionarios de servicios limitados de televisión de carácter nacional, las multas podrán ascender hasta un máximo de 1.000 unidades tributarias mensuales. En caso de reincidencia en una misma infracción, se podrá duplicar el máximo de la multa; 3.- Suspensión de las transmisiones, hasta por un plazo de 7 días, tratándose de infracción grave y reiterada; 4.- Caducidad de la concesión. Esta sólo procederá en los siguientes casos: a) no iniciación del servicio dentro del plazo y con la cobertura señalados en la resolución que otorga la concesión, salvo caso fortuito o fuerza mayor; b) incumplimiento de las exigencias establecidas en los incisos primero y final del artículo 18; c) resolución de liquidación ejecutoriada; d) suspensión de transmisiones, impuesta como sanción por resolución ejecutoriada del Consejo, por tres veces dentro de un mismo mes o por cinco veces dentro del año calendario, por alguna de las siguientes infracciones: 1) interrupción, injustificada o no autorizada previamente por el Consejo, de las transmisiones por más de cinco días; 2) incumplimiento de las normas técnicas por las cuales se rija la respectiva concesión, y 3) infracción de lo establecido en el artículo 1° de esta ley; e) Transferir, ceder, arrendar u otorgar el derecho de uso a cualquier título de una concesión de radiodifusión televisiva otorgada por concurso público, sin la previa autorización del Consejo, autorización que deberá ser otorgada una vez recibido el informe correspondiente por parte de la Subsecretaría de Telecomunicaciones. La referida autorización no podrá ser denegada sin causa justificada. Las permisionarias de servicios limitados de televisión sólo podrán ser sancionadas en virtud de infracción a lo dispuesto en el artículo 1° de esta ley, en la letra l) de su artículo 12, en el artículo 14 y en el inciso segundo del artículo 15 quáter.”.

⁸⁶ “Según establece el artículo 14 de la Ley N° 26.522, la conducción y administración de la Autoridad Federal de Servicios de Comunicación Audiovisual deben ser ejercidas por un Directorio integrado por siete miembros nombrados por el Poder Ejecutivo Nacional. Estos deben ser: un presidente y un director designados por el Poder Ejecutivo Nacional; tres directores propuestos por la Comisión Bicameral de Promoción y Seguimiento de la Comunicación Audiovisual –que serán seleccionados por esta a propuesta de los bloques parlamentarios, correspondiendo uno a la mayoría o primera minoría, uno a la segunda minoría, y uno a la tercera minoría parlamentarias–; y dos directores propuestos por el Consejo Federal de Comunicación Audiovisual, debiendo uno de ellos ser un académico representante de las facultades o carreras de ciencias de la información, ciencias de la comunicación o periodismo de universidades nacionales.”

⁸⁷ “A Comissão Canadense de Radiotelevisão e Telecomunicações (CRTC) foi criada para apoiar e promover a cultura canadense e para alcançar objetivos sociais e econômicos fundamentais. A CRTC cumpre este objetivo ao regular e fiscalizar a radiodifusão e as telecomunicações canadense consoante o interesse público. Ela é regida pela Lei da Radiodifusão de 1991 e pela Lei das Telecomunicações de 1993. Desde 1928, quando o Governo do Canadá criou a primeira Comissão Real sobre a radiodifusão, ele tem procurado desenvolver políticas para atuar em consonância com as mudanças de tecnologia. Hoje, a CRTC é uma autoridade pública independente e se reporta ao Parlamento por meio do Ministro do Patrimônio Canadense.” (CRTC, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Info Source: Sources of Federal Government and Employee Information*. Disponível em: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/about/sources.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2015. Tradução livre).

Atualmente a CRTC é uma autoridade pública governamental independente. É interessante registrar que o país ainda conta com a “Canadian Broadcast Standards Council” (CBSC),⁸⁸ que é um conselho composto pelas empresas radiodifusoras, que além de possuir diversas normas internas de conduta, toma decisões vinculativas em situações de não consenso entre as empresas. Há, portanto, também uma forma de autorregulação desse setor.⁸⁹

A Grã-Bretanha, por seu turno, conta com o “The Office of Communications” (OfCOM), que configura a autoridade reguladora independente de telecomunicações, a qual estabelece normas em prol da qualidade dos serviços de radiodifusão e também regulamenta a concorrência da indústria de comunicação. É importante diferenciar a atuação do OfCOM e da BBC. A BBC é uma emissora estatal custeada por uma taxa de licença que é paga por todos os que possuem televisores, empregando cerca de 19 mil pessoas, com orçamento de quase 5 bilhões de libras esterlinas referente ao período 2014/15.⁹⁰ Embora o OfCOM regule o mercado de comunicações britânico, a BBC tem sua própria regulação interna, que é paralela à atuação do OfCOM.⁹¹

Nota-se que os países citados são conhecidos pela sua posição economicamente liberal; contudo isso não significa que permitam aos seus grupos de comunicação a atuação

⁸⁸ “O Conselho Canadense de Padrões para Radiodifusão (Broadcast) (CBSC) é uma organização independente não-governamental criada pela Associação Canadense de Radiodifusores (CAB) para administrar padrões estabelecidos pelos seus membros, que são as emissoras privadas do Canadá. A composição do Conselho inclui estações de rádio e televisão de mais de 790 empresas privadas de rádio e televisão, com serviços e redes em todo o Canadá, cuja programação é em Inglês, francês, dentre outras linguagens”. (CBSC, Conselho de Padrões de difusão canadense. *CBSC Decisions*. Disponível em: <<http://www.cbsc.ca/english/decisions/index.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015. Tradução livre).

⁸⁹ “Quando uma demanda não for resolvida pelo diálogo entre o queixoso e o operador televisivo em questão, a CBSC irá analisar o tema e emitir uma determinação.” (CBSC, Conselho de Padrões de difusão canadense. *CBSC Decisions*. Disponível em: <<http://www.cbsc.ca/english/decisions/index.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015. Tradução livre). Sobre a autorregulação, Floriano de Azevedo Marques Neto aduz que ela se trata da “forma de regulação que surge a partir do interesse dos atores econômicos atuantes num dado subsistema, buscando a preservação das condições de exploração econômica, o fechamento deste sistema a novos entrantes ou a anulação ou absorção das interferências externas, de origem estatal ou não. A autorregulação tem caráter quase exclusivamente de regulação econômica. Seu caráter de regulação social é nulo ou meramente residual. Ela é bastante ineficiente para coibir externalidades ou para implementar políticas públicas”. O autor destaca, ainda, que ela configura um “mecanismo de regulação que se estabelece pela adesão e observância consensual de normas e padrões de atuação por agentes econômicos, com vistas a preservar as condições ideais de exploração de uma atividade econômica, sujeitando-os a mecanismos de incentivo, sanções premiais, censuras comportamentais ou exclusão associativa” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011. p. 83 -84).

⁹⁰ Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/entertainmentNews/idBRKCN0PQ1L920150716>> Acesso em 20 jul. 2015.

⁹¹ 596 “Se a sua reclamação se refere a questões relacionadas à observância de imparcialidade, rigor, ou referências comerciais adequadas na programação da BBC (com exceção das relativas às regras de inserção de produto relevantes: ver Seção Nove de Código de Radiodifusão da Ofcom), por favor, faça uma reclamação diretamente à BBC. O BBC Trust regula essas áreas, em vez de Ofcom. A Ofcom Código Broadcasting contém regras relativas a essas matérias sobre os serviços comerciais, contudo, sob os termos da Lei de Comunicações, a BBC não é licenciada pela Ofcom da mesma forma como os organismos de radiodifusão comerciais. Esta situação é retratada pelo Memorando de Entendimento existente entre Ofcom e o BBC Trust. Assim, a BBC é responsável perante o BBC Trust no que diz respeito a estas áreas. A BBC tem um processo formal para reclamações e por isso elas devem ser retratadas diretamente à emissora, em primeira instância, conforme procedimento descrito pela BBC em seu site.” (OfCOM. *Accuracy or bias on the BBC*. Disponível em: <<http://consumers.ofcom.org.uk/complain/tv-and-radio-complaints/accuracy-or-bias-on-the-bbc/>>. Acesso em: 21 jul. 2015. Tradução livre).

irrestrita, sem qualquer controle sobre sua programação, sobre captação de recursos com publicidade, ou ainda permitam a propriedade cruzada dos meios de comunicação (possibilidade de o mesmo grupo econômico controlar mídias de televisão, rádio e jornal impresso). De forma diversa, todos eles contemplam entes reguladores estruturados, que controlam não apenas a concorrência entre as empresas emissoras, mas também o conteúdo que é exibido pelos canais.

Destarte, exposto o cenário da regulação da mídia em tais países, passa-se a analisar na sequência a relação entre o controle social da mídia e a regulação econômica.

5. Controle social da mídia *versus* regulação econômica

As recentes declarações do governo foram contundentes no sentido de se contrapor à regulação de *conteúdo* da mídia, defendendo-se apenas a ideia de uma regulação *econômica* do setor, tal como ocorre às demais concessões, como energia elétrica, telecomunicações, transporte etc. É possível, por consequência, identificar que os atores políticos e sociais envolvidos na questão são divididos entre três posições acerca da necessidade de regulação do serviço de radiodifusão: a) o setor deve permanecer como está, pois qualquer norma regulatória intervirá na liberdade de imprensa e de expressão; b) deve ser feita a sua regulação econômica, a fim de se evitar monopólios e oligopólios de comunicação; c) é necessário democratizar os meios de comunicação, ampliando-se a influência da população por meio de um controle social da mídia.

A própria posição do governo federal, negando fiscalização de conteúdo em prol da mera regulação econômica acaba por favorecer o argumento das grandes emissoras de que o conteúdo não pode sofrer intervenção, pois isso retiraria a liberdade da emissora em determinar a sua própria programação.⁹² A ex-ministra-chefe da Secretaria de Comunicação Social (Secom), Helena Chagas, resumiu a tática do Executivo Federal em uma entrevista publicada pela revista *Meio e Mensagem*: “A imprensa é livre, não há controle de conteúdo, a própria Constituição proíbe isso. Mas precisamos regular os meios de comunicação, até por uma necessidade de acompanhar as mudanças que o tempo trouxe.”. E ainda que “‘Controle social da mídia’ virou uma espécie de clichê, uma expressão maldita. Tem gente que ouve e sai correndo. Não se pode ter controle de conteúdo. Isso não existe. Mas temos de regulamentar e elaborar uma legislação de proteção ao cidadão que se sentir atingido na sua honra e dignidade por acusações da mídia.”⁹³

Nesse contexto, é necessário conhecer a proposta de controle social da mídia para se esclarecer devidamente a propagada ideia de que ela corresponda à censura. Para tanto, cabe uma breve análise do projeto proposto pelos defensores da democratização da mídia:

⁹² O que significa regular a mídia? *BBC Brasil*, nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141128_regulacao_midia_lab>. Acesso em: 20 jul. 2015.

⁹³ COSTA, Sylvio; HAUBERT, Mariana. Ministra-chefe da Secom defende regulamentação dos meios de comunicação. *Congresso em foco*. Disponível em: <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/ministra-chefe-da-secom-defende-regulamentacao-dos-meios-de-comunicacao/> Acesso em: 20 jul. 2015.

trata-se de iniciativa da sociedade civil, mobilizada por diversas entidades reunidas no Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação (FNDC), que está colhendo assinaturas para um projeto de lei de iniciativa popular, que tem como mote a diversidade, pluralidade e um efetivo exercício da liberdade de expressão do conjunto da população brasileira.

Com efeito, o Fórum Nacional pela Democratização da Comunicação surgiu da mobilização de dezenas de entidades do movimento social brasileiro, reunidas em São Paulo, no dia 4 de maio de 2012, durante o Seminário Desafios da Liberdade de Expressão. Contudo, pode-se dizer que o marco zero desse processo social para a reconstrução democrática da mídia ocorreu em 2009, com a realização da I Conferência Nacional de Comunicação (Confecom).

O intuito do FNDC é o de instituir um novo marco legal para regular as concessões de radiodifusão, chamadas pelo projeto de serviços de comunicação social eletrônica. Ou seja, ele é destinado a canais abertos de TV e rádio, TV por assinatura e TV de internet e não trata da comunicação individual, como canais de internet feitos por cidadãos (YouTube, blogs etc.), e nem impressa, como jornais e revistas de papel (artigo 2º).⁹⁴

Assim sendo, o FNDC inova ao subdividir a outorga para o serviço de radiodifusão em três sistemas, à luz do princípio da complementariedade dos sistemas de radiodifusão, que seriam: I) sistema público: compreendendo as emissoras de caráter público ou associativo-comunitário, geridas de maneira participativa, a partir da possibilidade de acesso dos cidadãos a suas estruturas; dirigidas e submetidas a regras democráticas de gestão, desde que sua finalidade principal não seja a transmissão de atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; II) sistema privado: abrangendo as emissoras de propriedade de entidades privadas em que a natureza institucional e o formato de gestão sejam restritos, sejam estas entidades de finalidade lucrativa ou não; III) sistema estatal: abrangendo as emissoras cuja finalidade principal seja a transmissão de atos dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e aquelas controladas por instituições públicas vinculadas aos poderes do Estado nas três esferas da Federação que não atendam aos requisitos de gestão definidos para o sistema público.

⁹⁴ Consoante afirma esse projeto de lei de iniciativa popular: "Rege-se pelos seguintes princípios e objetivos: a) garantia da estrita observação das normas constitucionais, em especial os artigos 5º, 21, 22 e os artigos 220 a 224; b) promoção e garantia dos direitos de liberdade de expressão e opinião, de acesso à informação e do direito à comunicação; c) promoção da pluralidade de ideias e opiniões na comunicação social eletrônica; d) promoção e fomento da cultura nacional em sua diversidade e pluralidade; e) promoção da diversidade regional, étnico-racial, de gênero, orientação sexual, classe social, etária, religiosa e de crença na comunicação social eletrônica, e o enfrentamento a abordagens discriminatórias e preconceituosas em relação a quaisquer desses atributos, em especial o racismo, o machismo e a homofobia; f) garantia da complementariedade dos sistemas público, privado e estatal de comunicação; g) estímulo à competição e à promoção da concorrência entre os agentes privados do setor; h) garantia dos direitos dos usuários; i) estímulo à inovação no setor; j) proteção e promoção dos direitos das crianças e adolescentes de forma integral e especial, assegurando-lhes, com prioridade absoluta, a defesa de toda forma de exploração, discriminação, negligência e violência e da erotização precoce, conforme estabelecido no art. 227 da Constituição Federal; k) garantia da universalização dos serviços essenciais de comunicação; l) otimização do uso do espectro eletromagnético e de todos os recursos técnicos necessários para a execução dos serviços de comunicação social eletrônica; m) promoção da transparência e do amplo acesso às informações públicas; n) proteção da privacidade dos cidadãos, ressalvados os casos de preservação do interesse público; o) garantia da acessibilidade plena aos meios de comunicação, com especial atenção às pessoas com deficiência; p) promoção da participação popular nas políticas públicas de comunicação."

Ao sistema público é reservado 33% dos canais ou capacidade de espectro destinados à televisão terrestre e rádio, dos quais metade deve ser prestados por entes de caráter associativo-comunitário. Além disso, institui que os canais públicos não comunitários devem chegar ao menos em 80% das cidades brasileiras. Para financiar o sistema público, prevê a criação do Fundo Nacional de Comunicação Pública, constituído de 25% da Contribuição para o Fomento da Radiodifusão Pública (prevista pela Lei n. 11.652/2008), verbas dos governos federais e estaduais, 3% dos recursos obtidos com propaganda pelos canais privados, bem como do pagamento das licenças para se utilizar um canal privado e por doações de pessoas ou empresas. Pelo menos 25% desse Fundo devem ser destinados para os canais comunitários.

O projeto também cria a figura do “operador de rede”,⁹⁵ uma nova forma de comunicação com outorga da Anatel para a difusão dos sinais de comunicação. Com isso, a concessão de um canal não demandaria o requisito da estrutura para transmissão dos programas. As emissoras de TV ou rádio deverão se valer dos operadores de rede para a transmissão do seu sinal até os usuários.

O texto do Projeto em questão exclui o acesso das concessões de canais de TV ou Rádio a determinados sujeitos, como instituições religiosas e políticos eleitos, bem como de seus parentes em primeiro grau. Também proíbe a cessão onerosa ou o arrendamento das prestadoras de serviços de comunicação social eletrônica, ou de horários de sua grade de programação e ainda a veiculação de conteúdo editorial ou artístico em troca de vantagens pecuniárias diretas para a prestadora de serviços de comunicação audiovisual, a fim de evitar “matérias pagas”.

Ademais, o referido Projeto institui mecanismos com a finalidade de romper o oligopólio de comunicação, proibindo a propriedade cruzada dos meios de comunicação, tais como a vedação de que o mesmo grupo econômico detenha mais do que cinco canais; que ocupem mais de 3% do espaço reservado a esse serviço na mesma localidade; ou ainda o impedimento de que o mesmo grupo opere cumulativamente canais de TV, rádio e jornal impresso, em cidades com mais de 100 mil habitantes.⁹⁶

Além do mais, o Projeto pretende incentivar a diversidade e a pluralidade ao aplicar limites mínimos de programas que incentivem a cultura local, instituindo que as afiliadas a uma rede deverão ocupar com produção cultural, artística e jornalística regional no mínimo 30% de sua grade transmitida entre 7h e 0h com produção cultural, artística e jornalística regional, sendo pelo menos sete horas por semana em horário nobre; as emissoras consideradas locais devem ocupar no mínimo 70% de sua grade com produção regional; e os canais de TV

⁹⁵ Conforme o projeto de lei de iniciativa popular denominado como “Lei da mídia democrática”:

Art. 2º, V: “Operação de rede: atividades de transmissão, distribuição ou difusão dos sinais contendo programação de uma ou mais de uma emissora realizada por pessoa jurídica de direito privado ou público detentora de outorga para essas atividades; (Disponível em: <<http://www.paraexpressaraliberdade.org.br/projeto-de-lei-de-iniciativa-popular-da-comunicacao-social-eletronica/>> . Acesso em: 21 jul 2015.)

⁹⁶ Art. 16 § 1º Nas cidades com 100 mil habitantes ou menos, um mesmo grupo poderá explorar mais de um serviço de comunicação social eletrônica ou manter o serviço e a publicação de jornal diário desde que um dos veículos de comunicação não esteja entre os três de maior audiência ou tiragem.

deverão veicular no horário nobre pelo menos 10% de programação feita por produtora brasileira independente, sendo no mínimo a metade desse tipo de conteúdo feito na própria região. Ainda, dispõe que os canais de TV devem transmitir, no mínimo, 70% de programas brasileiros e duas horas de programas jornalísticos e pelo menos a metade dos canais de rádio, em cada cidade, deve ser de canais que passem no mínimo 70% de programação nacional.

Além do que – e este elemento é crucial para afastar argumentos em sentido contrário –, o Projeto em análise ressalta em seu artigo 24, §1º, a proibição a qualquer tipo de censura prévia, seja ela do Poder Executivo, Legislativo, Judiciário ou de parte privada. Porém adverte a respeito da vedação à veiculação de propaganda a favor da guerra; apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência ou qualquer outra ação ilegal similar contra qualquer pessoa ou grupo de pessoas, por nenhum motivo, inclusive os de raça, cor, etnia, gênero, orientação sexual, religião, linguagem ou origem nacional.

Finalmente, o Projeto ressalta a necessidade da adoção de políticas públicas de estímulo à programação de qualidade específica para o público infantil e infanto-juvenil, em âmbito nacional e local, como o fomento à leitura e à prática críticas de comunicação, ao mesmo tempo em que coíbe a publicidade direcionada a crianças de até 12 anos.

Como autoridade reguladora do serviço de radiodifusão, institui o Conselho Nacional de Políticas de Comunicação, uma entidade independente, mantida pelo Poder Executivo Federal, que deve fiscalizar e ajudar o governo a criar políticas para a comunicação democrática. Prevê a participação nesse conselho de um Defensor dos Direitos do Público, além de representantes do governo, do Ministério Público, das emissoras, dos trabalhadores, de instituições científicas e da população em geral.

Por isso, é um Projeto que, embora não promova censura às ideias a serem transmitidas pelas emissoras (como frequentemente manifestam-se aqueles que rejeitam qualquer possibilidade de regulação da mídia), causa alguns problemas aos grandes grupos de mídia ao prever a reformulação do sistema, sobretudo por incluir limites mínimos de programação nacional e proibir a concessão às igrejas e aos políticos eleitos. Com efeito, e este talvez configure o aspecto mais positivo do referido Projeto, a proposta soluciona definitivamente a controvérsia em relação à interpretação do artigo 54 da Constituição Federal (que proíbe a outorga do serviço de radiodifusão a parlamentares).

Trata-se, pois, de uma iniciativa positiva, que se propõe contrária à maioria dos percalços impostos pelos sujeitos contrários à regulação da mídia no Brasil. O debate em torno do tema (controle social da mídia) deve existir, não se limitando meramente à regulação puramente econômica: não é prudente reprimi-lo com base em argumentos de que o controle, social ou econômico, configure uma espécie de censura prévia. O Projeto parece, inclusive, estar em consonância com o entendimento adotado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso “Red Lion Broadcasting vs. FCC” (1969) que, conforme visto, concluiu que a intervenção do Poder Público não afeta a liberdade de expressão, tendo em vista que a limitação do espectro eletromagnético autoriza restrições aos licenciados em favor de outras pessoas. Assim, não

configura, de modo algum, qualquer tipo de censura prévia (e, sem dúvidas, essa hipótese deve ser combatida pelos defensores da liberdade de expressão); repise-se que o próprio projeto do FNDC afasta essa possibilidade em seu artigo 24, §1º. Destarte, a regulação da mídia mostra-se necessária, no contexto nacional, tendo em vista que o serviço é público (e o bem, espectro eletromagnético, é escasso) – encontrando limites, porém, na liberdade de comunicação e expressão, direitos fundamentais consagrados na Constituição da República.

Referências

“VOU engavetar a regulamentação da mídia”, promete Eduardo Cunha. *Pragmatismo político*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.pragmatismopolitico.com.br/2015/01/vou-engavetar-regulamentacao-da-midia-promete-eduardo-cunha.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

AÉCIO ataca Lula e responsabiliza Dilma por ‘medidas impopulares’. *Gazeta do Povo*, maio 2014. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/aecio-ataca-lula-e-responsabiliza-dilma-por-medidas-impopulares-8e5yjr0wrqh1n7pab4l5ys5zi>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de serviços públicos: novas tendências*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Bráulio Santos Rabelo de. A transferência de outorgas de radiodifusão e a comercialização de tempo de programação. *Revista de Direito Administrativo*, v. 268, p. 249-292, 2015.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Concessões, permissões e autorizações de serviço público. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Reflexões sobre direito administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito administrativo*. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BERBET, Lúcia. “Regulação de mídia é controle remoto”, diz novo presidente da CCT da Câmara. 2015. Disponível em: <<http://www.teletime.com.br/04/03/2015/-regulacao-de-midia-e-controle-remoto--diz-novo-presidente-da-cct-da-camara/tt/406023/news.aspx>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

BITELLI, Marcos Alberto Sant’anna. *O direito da comunicação e da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

CARTA Capital. “Não tenho culpa” – entrevista com José Sarney. *Revista Carta Capital*, ano XII, n. 369, nov. 2005.

CBSC, Canadian Broadcast Standards Council. *CBSC Decisions*. Disponível em: <<http://www.cbsc.ca/english/decisions/index.php>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

CCTCI, Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática. Subcomissão especial de radiodifusão. Relatório dos trabalhos da Subcomissão Especial da Comissão de Ciência, Tecnologia, Comunicação e Informática, da Câmara dos Deputados, criada para analisar mudanças nas normas de apreciação dos atos de outorga e renovação de concessão, permissão ou autorização de serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens. *Centro de Documentação e Informação*. Brasília: Edições Câmara, 2009.

COELHO, Mario. Eduardo Cunha: PMDB é contra regulação da mídia. *Congresso em Foco*, jan. 2015. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/eduardo-cunha-pmdb-e-contra-regulacao-da-midia/>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. A democratização dos meios de comunicação de massa. In: BUCCI, Eugênio (Org.). *A TV aos 50: criticando a televisão brasileira no seu cinquentenário*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2000.

COMPARATO, Fábio Konder. *Parecer sobre ato, formal ou informal, de cessão ou arrendamento a terceiros de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, efetuado por um concessionário*. Disponível em: <www.observatoriodaimprensa.com.br/news/view/_ed673_omissao_do_congresso_desprezo_dos_concessionarios>. Acesso em: 15 jul. 2015.

CRTC, Canadian Radio-television and Telecommunications Commission. *Info Source: Sources of Federal Government and Employee Information*. Disponível em: <<http://www.crtc.gc.ca/eng/about/sources.htm>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. São Paulo: Atlas, 2012.

EBC, Empresa Brasil de Comunicação. *TV Pública no Mundo*. Disponível em: <<http://memoria.ebc.com.br/tv-publica-ebc/tv-publica-no-mundo>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

ESCOBAR, J. C. Mariense. *Serviços de telecomunicações: aspectos jurídicos e regulatórios*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e Internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FERNANDES NETO, Guilherme. *Direito da comunicação social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FNDC, Fórum Nacional de Democratização da Mídia. *Projeto de Lei de iniciativa popular da comunicação social e eletrônica*. 2014.

FORTINI, Cristiana. *Contratos administrativos: franquia, concessão, permissão e PPP*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FTC, Federal Trade Commission. *Truth In Advertising*. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/news-events/media-resources/truth-advertising>>. Acesso em 16 jul. 2015

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição Federal de 1988*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. Malheiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HACHEM, Daniel Wunder. *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

INTERVOZES, FNDC e MPF criticam arrendamento das grades de programação de TV em audiência pública realizada na Câmara. *Intervozes: Coletivo Brasil de Comunicação Social*, ago. 2014. Disponível em: <<http://intervozes.org.br/intervozes-fndc-e-mpf-criticam-arrendamento-das-grades-de-tv-em-audiencia-publica-na-camara/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

LINS, Bernardo F. E. *Análise comparativa de políticas públicas de comunicação social*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2002.

LOPES, Cristiano Aguiar. *Subsídios – a prática da subconcessão, arrendamento ou alienação a terceiros promovida por concessionários de serviços públicos de radiodifusão*. Brasília: Consultoria Legislativa da Câmara dos Deputados, 2011. LOBATO, Elvira. Ministro defende proibição de que políticos tenham TV. *Folha de São Paulo*, jan. 2011. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/poder/po0701201102.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

LOPES, Vera Maria de Oliveira Nusdeo. *O direito à informação e as concessões de rádio e televisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Direito das telecomunicações e ANATEL. In: SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. Regulação estatal e autorregulação na economia contemporânea. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 9, n. 33, p. 73-88, jan./mar. 2011.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *Direito das telecomunicações*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Natureza e regime jurídico das autarquias*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1968.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Privatização e serviços públicos. *Revista trimestral de serviço público*, São Paulo, n. 22, 172-180, 1998.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010.

NATIONAL Telecommunications and Information Agency. *Home page*. Disponível em: <<http://www.ntia.doc.gov/>> Acesso em: 16 jul. 2015.

O que significa regular a mídia? *BBC Brasil*, nov. 2014. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/11/141128_regulacao_midia_lab>. Acesso em: 20 jul. 2015.

OLIVEIRA, José Carlos de. Parlamentares comentam declaração de ministro sobre concessão de emissoras. *Rádio Câmara*, Brasília, jan. 2011. Disponível em: <[http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/391729-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARA%C3%87%C3%830-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESS%C3%830-DE-EMISSORAS-\(3'43''\)](http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/radio/materias/ULTIMAS-NOTICIAS/391729-PARLAMENTARES-COMENTAM-DECLARA%C3%87%C3%830-DE-MINISTRO-SOBRE-CONCESS%C3%830-DE-EMISSORAS-(3'43''))>. Acesso em: 17 jul. 2015.

ORGANIZAÇÕES acionam MP para proibir outorgas a políticos. *Revista Fórum*, fev. 2012. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/2012/02/08/organizacoes_acionam_mp_para_proibir_outorgas_a_politicos/>. Acesso em: 17 jul. 2015.

PARDINHO, Luciana Raso. *Rádiodifusão: o controle estatal e social sobre suas outorgas*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

PEREIRA, Cesar A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PENA NETO, Mair. Câmara tenta dar fim a coronelismo eletrônico. G1 Notícias: Política, jan. 2009. Disponível em <<http://g1.globo.com/Noticias/Politica/0,,MUL953976-5601,00-ESPECIALCAMARA+TENTA+DAR+FIM+A+CORONELISMO+ELETRONICO.html>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de serviço público no regime da Lei 8.987/1995*. Conceitos e princípios. São Paulo: Malheiro, 1998.

PROJETO Donos da Mídia. *Políticos*. Disponível em: <<http://donosdamidia.com.br/levantamento/politicos>>. Acesso em 20 jul. 2015.

PSOL, Partido Socialismo e Liberdade. *Petição Inicial* ADPF n. 256.

ROUDEN, Celine. Uma liberdade sem limites não seria legítima. Entrevista com Tzvetan Todorov. Trad. Moises Sbardelott. *Revista IHU Online*, jan. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/noticias/538992-uma-liberdade-sem-limites-nao-seria-legitima-entrevista-com-tzvetan-todorov>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição do retrocesso social*. 2009. 224f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. SCORSIM, Ericson Meister. *TV digital e comunicação social: aspectos regulatórios: TVs pública, estatal e privada*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

SILAS Malafaia fala sobre a proibição de aluguel de horários na TV. *Youtube*, 19 jun. 2012. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=do5s4aZ2Yyl>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

STF, Supremo Tribunal Federal. ADPF n. 256. Consulta realizada em 20 jul. 2015.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Comentários ao artigo 54. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. Edição Kindle.

USA, United States Congress. Constitution of the United States.

US Supreme Court. *Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/395/367/case.html>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

VIEIRA JR, Vilson. *Oligopólio na comunicação*: um Brasil de poucos. Disponível em: <http://www.direitoacomunicacao.org.br/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=342&Itemid=99999999>. Acesso em: 17 jul. 2015.

VIEIRA, Lucas Pacheco. A liberdade de expressão e a liberdade de imprensa sob a perspectiva da jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos. In: CONGRESSO INTERNACIONAL DE DIREITO E CONTEMPORANEIDADE, 1., 2 012, Santa Maria. *Anais...*. Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2012/10.pdf>>. Acesso em: 06 jul. 2015.

YODA, Carlos Gustavo. Coronelismo, antena e voto: a apropriação política das emissoras de rádio e TV. *Carta Capital*, set. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/intervozes/coronelismo-antena-e-voto-a-apropriacao-politica-das-emissoras-de-radio-e-tv-5044.html>>. Acesso em: 20 jul. 2015.

ZANONE, Valério. Quarto Poder. In: BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 1. ed. v. 1. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

ZYLBERSZTAJN, Joana. *O princípio da laicidade na Constituição Federal de 1988*. 2012. 248f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

A política da tolerância zero: uma concepção de segurança pública que ameaça a liberdade

DIEGO NOGUEIRA

Mestre em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná
Docente na Escola Superior de Segurança Pública

GUSTAVO MIRANDA LOURES

Graduando em Direito na Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. O Estado e a manutenção da ordem pública: o controle da liberdade. 2. A Constituição brasileira e sua ordem pública concretizada pela polícia militarizada 3. A política de tolerância zero e o combate à violência urbana: justiça para quem? 4. O combate aos inimigos da ordem: etiquetamento e seletividade penal. 5. Em busca de um modelo de política pública de segurança justo: o tripé liberdade, diferença e solidariedade.

1. O Estado e a manutenção da ordem pública: o controle da liberdade

A ordem pública, função imanente ao Estado, reflete o desejo da sociedade pela pureza e a obsessão pela guerra contra o que é “sujo”. Os modelos de pureza e os padrões a serem conservados mudam de uma época para a outra, de uma cultura para a outra, mas cada época e cada cultura tem seu modelo e um certo padrão ideal a serem mantidos intactos e incólumes às disparidades.¹

As preocupações do homem com a limpeza e a pureza tem, portanto, semelhanças, e ações humanas como varrer o assoalho e estigmatizar os traidores ou expulsar os estranhos parecem provir do mesmo motivo de preservação da ordem, de tornar ou conservar o ambiente compreensível e propício à ação humana.²

¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 16.

² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 16.

Na atual ordem socioeconômica global o sistema penal tem sido sacralizado para manter o controle dos padrões estabelecidos pelo mercado, afrontando a democracia e o direito à liberdade. A rede de segurança caritativa é substituída por um aparelhamento da rede disciplinar do Estado, traduzido em políticas de criminalização das consequências da miséria.³

Sob o pretexto de “preservação da ordem” diversas atrocidades são cometidas pelos Estados atuais num desvirtuamento conveniente da expressão para manutenção do *status quo*. Ordem, rememorando o conceito de Zygmunt Bauman, significa um meio regular e estável para os nossos atos; um mundo em que as probabilidades dos acontecimentos não estejam distribuídas ao acaso, mas arrumadas numa hierarquia estrita – de modo que certos acontecimentos sejam altamente prováveis, outros menos prováveis, alguns virtualmente impossíveis.⁴

Pedro Rodolfo Bodê de Moraes expressa que a manutenção da ordem é uma questão de grande interesse para todo e qualquer cidadão. Processo este que está presente nas atividades públicas e privadas de todos: a organização de rotinas domésticas e o comportamento no trânsito são exemplos disso.⁵

Na forma *stricto sensu*, a mesma manutenção da ordem pode ser vista como responsabilidade de agentes especializados, e em qualquer lugar do mundo é uma das funções da polícia. Num simplório exercício lógico, pode-se dizer que ordem é ausência de desordem. O sinônimo de organização pode ser entendido como a ausência de conflito ou do que se possa entender como comportamentos inapropriados. O sentido do termo, porém, é muito mais profundo e encerra para cada um desde elementos individuais e referidos à construção de nossas identidades até elementos históricos.⁶

O uso da força é a principal característica do poder político contra aqueles que não se comportam de acordo com as regras ou modelos vigentes, e é em virtude da força que as pessoas normalmente aceitam, sem resistir, às imposições do Estado. A manutenção da ordem pública é uma função tão fundamental para o bom funcionamento da sociedade, tão intrínseca à sua dignidade, que tradicionalmente é confiada apenas a pessoas contratadas e pagas por todos, coletivamente, em nome do bem comum.⁷

Essa busca pela pureza se espalha, portanto, ao mundo político e social, e quando desvirtuada por uma ação duvidosa do Estado, pode revelar enorme gravidade de suas consequências para o convívio humano. Entre as inúmeras corporificações da sujeira capaz de contrariar os padrões, um caso “é de importância muito especial e, na verdade, única: a sa-

³ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 19-20.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 15.

⁵ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *O Largo da (Des)Ordem*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=8>. Acesso em: 29 maio 2015.

⁶ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *O Largo da (Des)Ordem*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=8>. Acesso em: 29 maio 2015.

⁷ SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 193.

ber, aquele em que são outros seres humanos que são concebidos como um obstáculo para a apropriada ‘organização do ambiente’, em que, em outras palavras, é uma outra pessoa ou, mais especificamente, uma certa categoria de outra pessoa, que se torna ‘sujeira’ e é tratada como tal”.⁸

Nesse passo, o poder político vai se identificando com o uso da força para obter efeitos desejados em última instância, dentre eles a busca pela pureza. Desse modo, se o uso da força é condição basilar ao poder político, apenas seu uso também pode lhe ser suficiente para sua legitimação.⁹

Como assevera Max Weber, o Estado se fundamenta na força, e a busca pelo poder político visa influir na distribuição de poder. A força, embora não seja o meio normal de ação, nem o único do Estado, é seu meio específico. É, assim, a única fonte do “direito” de usar da violência. Deriva dessa afirmativa a “política”, forma de participação no poder ou na luta para influir na distribuição de poder.¹⁰

O monopólio estatal existe somente até onde ele possa se afirmar efetivamente, mas certamente uma coerção estatal por si só não cria direito algum.¹¹ A violência, distinta do poder, necessita sempre de instrumentos, pois em sua própria substância foi sempre a de que os fins correm perigo, desse modo serão justificados os meios para alcançar um objetivo, contudo, a violência como meio pode abrigar em seu seio um elemento adicional de arbitrariedade.¹²

O Estado naturaliza tratar tudo aquilo que abala o *status quo* como “sujeira”, aquilo que destoa da ordem. “Numa ordem durável e resistente, que se reserve o futuro e envolva ainda a proibição de mudança, até a ocupação de limpeza e varredura são partes da ordem”.¹³

Esses atos de eliminação da desordem acabam por pertencer à rotina diária, tendente a repetir-se monotonamente, de forma a ser transformada em hábito e que torna a reflexão redundante. “O que alcança o nível da consciência e desperta atenção não é tanto a rotina de eliminar a sujeira quanto prevenir uma não-habitual e fortuita interrupção da rotina”.¹⁴

Num atual Estado Democrático de Direito, no qual supostamente o Brasil se encontra, os indivíduos, contudo, não são meros destinatários, como sujeitos passivos, são estes titulares do poder político. O Estado, então, é representante do povo, desse modo, há eventuais confrontos entre *autoridade x liberdade, Estado x indivíduo, ordem x liberdade*.¹⁵

⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 17.

⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 20-36.

¹⁰ WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Orgs.). *Max Weber: Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1967. p. 55-56.

¹¹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 155-162.

¹² ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Cláudia Drummond. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015. p. 09-11.

¹³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 20.

¹⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 20.

¹⁵ SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 109-118.

Nesse paradoxo de representantes/detentores do poder, há naturalmente problemas intrínsecos, pois, segundo Hannah Arendt, a política é uma luta pelo poder e o Estado é tido como um domínio de homens por homens, caracterizado pela violência supostamente legítima. Se a essência do poder é a efetividade do domínio, não há um poder maior que o contido no cano de uma arma, e seria difícil dizer que uma ordem dada por um policial é diferente da emanada pelo bandido.¹⁶

Richard Sennett expressa que “o vínculo de autoridade constrói-se a partir de imagens de força e fraqueza; é a expressão emocional do poder”¹⁷. Revela o “ingrediente essencial da autoridade: alguém que tem a força e a usa para guiar os outros, disciplinando-os e modificando seu modo de agir, através da referência a um padrão superior”.¹⁸

Na atualidade fica claro como “os poderes formalmente legítimos das instituições dominantes inspiram um forte sentimento de ilegitimidade entre os que estão submetidos a ela”.¹⁹ As pessoas, porém, por mais que considerem algumas figuras de poder como ilegítimas, podem sentir-se atraídas e se submeterem a elas pela busca de uma pretensa ordem.

Faz-se exatamente o contrário do que se espera. Deprecia-se constantemente e explicitamente a pessoa que representa a autoridade ou se fantasia que não haveria mais problemas sem tal figura, mas ao mesmo tempo não se revela nenhum movimento verdadeiro no sentido do rompimento dessa relação. O que aparece é um medo da força da autoridade, que vai desde o mau uso dessa força pela autoridade, até o desaparecimento dela, causando uma perda grave de referências que pode dar ensejo à desordem.

Poder, força, autoridade e violência nada mais são que palavras para indicar os meios pelos quais o homem governa o homem e se tornam, em alguma medida, sinônimos, por terem a função última de dominar.²⁰

Os processos de legitimação da dominação espraiam-se para a legislação. A contemplação nas constituições modernas de um conjunto de normas que estabelecem uma ordem econômica, ainda que como tal não formalmente expressa, infere marcante transformação no direito, operada no momento em que essa ciência “deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação de poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas (no que, de resto, opera-se o reforço da função de legitimação do poder)”.²¹

2. A Constituição brasileira e sua ordem pública concretizada pela polícia militarizada

É evidente que a Constituição de 1988, tida como documento humano e

¹⁶ ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Claudia Drummont. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015. p. 20-21.

¹⁷ SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 13.

¹⁸ SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 30.

¹⁹ SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001. p. 42.

²⁰ ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Claudia Drummont. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015. p. 22-24.

²¹ GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 15.

“compromissório por excelência, apresenta vários problemas, particularmente na parte estatutária”. “Se a principiologia e o título consagrado aos direitos fundamentais fazem dela um dos mais avançados documentos constitucionais, a parte orgânica, dispendo sobre a organização do Estado, deve, com tempo ser melhorada”²².

Não há como questionar os avanços democráticos pós-ditadura de 1964, muito menos a estabilidade das instituições que fazem parte desse regime que é, pelo menos formalmente, democrático. Por outro lado, seria um erro considerar que: (1) a democracia atinge igualmente todas as classes e grupos sociais e, (2) a ideologia contida no art. 144 da Constituição²³ não seja claramente antidemocrática, inclusive, conflitando com outros artigos da mesma Carta.²⁴

A Constituição traz as marcas de um legado autoritário, que chamam atenção: alguns ditames como os previstos no Título V (Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas) estão sempre disponíveis para serem manipulados por pulsões ou psicologias de massas, ao tratarem de “garantia dos poderes constitucionais” e “da lei e da ordem”. A recente Constituição traz em si o paradoxo da convivência de normas liberais e procedimentos que dificultam as relações civis-militares, no que se refere às cláusulas relativas às Forças Armadas, Polícias Militares Estaduais, Sistema Judiciário Militar e Segurança Pública em geral, que foram mantidas basicamente idênticas às da Constituição de 1967 e sua emenda de 69.²⁵

No Brasil, o processo de redemocratização revelou-se “lento e gradual”, controlado pelo próprio regime ditatorial, fazendo com que o modelo de policiamento permanecesse intocado em suas características principais. Mesmo diante da intensa transformação da sociedade brasileira, duas polícias estaduais – uma civil, investigativa e judiciária, e outra militar, ostensiva e fardada – permaneceriam como as principais organizações de segurança pública, revelando a tendência de militarização das políticas públicas de segurança, em especial na preservação da ordem pública.²⁶

A militarização da sociedade e a policialização das políticas públicas continua estatuida, e são visíveis quando a polícia ou o próprio Exército são chamados para resolver problemas sociais ou “quando a retórica oficial repete *ad nauseam*: a polícia vai na frente e depois fazemos ocupação social”.²⁷

Desde o início da República as Forças Armadas, bem como suas forças auxiliares (polícias), têm o poder constitucional de garantir o funcionamento dos poderes, da lei e da

²² CLÈVE, Clèmerson Merlin. 25 anos de constituição: há o que comemorar? *Gazeta do povo*: Justiça e Direito [online], Curitiba, out. 2013.

²³ Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: [...]

²⁴ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Em defesa do Estado ou da sociedade*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=13>. Acesso em: 1 maio 2014.

²⁵ AMARAL, Augusto Jobim do. Ódio à democracia: no rastro da exceção brasileira. *Empório do direito*, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/odio-a-democracia-no-rastro-da-excecao-brasileira-por-augusto-jobim-do-amaral>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

²⁶ MEDEIROS, Mateus Afonso. A desmilitarização das polícias e a legislação ordinária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.p. 239-240.

²⁷ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Em defesa do Estado ou da sociedade*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=13>. Acesso em: 1 maio 2014.

ordem, quando num sistema democrático, talvez a ordem dos fatores deveria ser reversa, pois elas podem se colocar fora da lei, deixando de se tornar meio, para se tornarem fim do Estado, ou este próprio.²⁸

Na primeira república, a polícia, em defesa da política, era medida basilar, pois movimentos operários e anarquistas começavam a se irradiar – ensejados pela crise do início da República – e estes não deveriam deturpar a ordem imposta. A atividade de *polícia política* era desempenhada para identificar a atuação desses grupos, e reprimir a oposição ao governo vigente, usando dos meios necessários para alcançar aqueles fins: “garantir a ordem pública”.²⁹

Fato é que todas as sociedades produzem estranhos, mas cada sociedade em determinado tempo histórico produz sua própria espécie de estranhos (pessoas que não se encaixam no mapa cognitivo, moral ou estético proposto pelas instituições). “Uma das mais inquietantes impurezas na versão moderna da pureza eram os revolucionários”.³⁰

A pós-modernidade, de outro norte, “vive num estado de permanente pressão para se despojar de toda interferência coletiva no destino individual, para desregular e privatizar”.³¹ Para exemplificar essa impressão, Loic Wacquant cita o discurso proferido pelo presidente norte-americano Franklin Delano Roosevelt (1935) durante a reforma do Estado de assistência social para o “vigiar e punir”: “A assistência do Estado por longos períodos vai administrando um narcótico no espírito do povo. Esta dependência vai minando sua humanidade e torna as pessoas reféns do Estado”.³²

No plano ideológico essa política adapta os mais gastos estereótipos malthusianos dos “maus pobres”, reafirmando a ficção de que basta reavivar os valores familiares e o entusiasmo pelo trabalho para vencer a miséria e a dependência dos afligidos.³³ Portanto, os descompromissados e os indiferentes, os que desrespeitam a lei ou as fazem com as próprias mãos à livre competição, passam a ameaçar a pureza social. “A busca da pureza social pós-moderna expressa-se diariamente com a ação punitiva contra os moradores das ruas pobres e das áreas urbanas proibidas, os vagabundos e indolentes”.³⁴

Aquele sentimento de guerra de controle aparece agora numa sociedade marcada pela violência e seu fruto, o medo. Essa “pedagogia do medo” é maximizada pelos meios de

²⁸ AMARAL, Augusto Jobim do. Ódio à democracia: no rastro da exceção brasileira. *Empório do direito*, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/odio-a-democracia-no-rastro-da-excecao-brasileira-por-augusto-jobim-do-amaral>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

²⁹ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 64-65.

³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26-27.

³¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26-27.

³² WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 39.

³³ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 49.

³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 26.

comunicação de massa que exploram o crime como um problema latente, e impõem a ordem e a segurança como uma solução, dada pela mídia e pela política.³⁵

Sobre as polícias se voltam as esperanças e os clamores de quem deseja a segurança diuturna, mas também o desejo de ordem e de justiça. Desde o século XVIII a ciência da época dizia que a polícia seria a infraestrutura de tudo aquilo que pertencia à necessidade de conforto dos particulares. Contudo, no Estado moderno, não há uma convergência entre liberdade e ameaça à liberdade, sem que se envolva as instituições policiais, que iram determinar a sua justa medida.³⁶

Não há dúvidas, que a missão da polícia é a defesa do perigo e a proteção dos bens jurídicos, desse modo, há que se ter a ciência que isso demanda, de certa forma, lidar com essas limitações de liberdade do cidadão, o que por vezes ameaça a liberdade individual. Há que se ter em linha de conta, que num Estado de Direito, qualquer limitação da liberdade e da privacidade que não seja justificada é uma lesão às garantias inerentes e indisponíveis, que são bases para nosso sistema.³⁷

David Bayley define as instituições policiais como “aquelas organizações destinadas ao controle social com autorização para utilizar a força, quando necessário”.³⁸ O que caracteriza a atividade policial, então, é a possibilidade do uso da força. Tal definição, no entanto, não marca a diferença entre as instituições policiais e as Forças Armadas.

A diferença principal, segundo o autor, recai na situação de emprego. Enquanto as Forças Armadas são empregadas no controle social em situações excepcionais, e no caso dos regimes democráticos dentro de determinados limites, as polícias realizam essa tarefa quotidianamente.³⁹

Jerome Skolnick destaca o caráter conflitivo da atividade de controle social por parte das instituições policiais num regime democrático, inferindo que se as polícias pudessem manter a ordem sem se preocupar com os aspectos da legalidade, suas dificuldades diminuiriam consideravelmente. Entretanto, elas estão inevitavelmente preocupadas em interpretar a legalidade, uma vez que usam a lei como instrumento da ordem.⁴⁰

O papel das polícias na realização do controle social varia de Estado para Estado. Quanto mais central for esse papel, maior a possibilidade de conflito entre a lei e a ordem. Isso se deve ao fato de que o instrumento de atuação das polícias, e seu traço diferenciador, é o uso da força para garantia da lei e da ordem.⁴¹

Doutro lado, a ordem jurídica como um todo, controlada pelo Estado, irá contribuir

³⁵ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a policias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 70-71.

³⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 162-165.

³⁷ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 164-172.

³⁸ BAYLEY, David. The police and political development in Europe. In: TILLY, Charles. *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1975. p. 328.

³⁹ BAYLEY, David. The police and political development in Europe. In: TILLY, Charles. *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1975. p. 328.

⁴⁰ SKOLNICK, Jerome. *Justice without a trial*. New York: Macmillian, 1994. p. 06.

⁴¹ COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Estado, Polícia e Democracia*. 2001. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2001.

para a formação dos direitos de intervenção, para harmonizar a liberdade individual com a necessidade social, que terá sua medida determinada em casos concretos, nos quais serão fixados a utilidade ou lesividade, a licitude ou ilicitude de um comportamento por parte do Estado.⁴²

O direito penal, manejado por essas instituições, será colocado à frente de pretensões excusas, com risco de perder sua tarefa de protetor dos valores de nossa vida cultural, pois poderá ser utilizado por poderes arbitrários, servindo como um degradado e injusto meio de repressão a interesses contrários aos detentores desse poder.⁴³

Faz dos estranhos úteis: sua estranheza deve ser “protegida” e “cuidadosamente preservada”. A crescente tipificação – comportamentos humanos classificados como crime – não é um obstáculo no caminho para a sociedade consumista, mas seu natural acompanhamento e pré-requisito. As margens incriminadas servem de esgoto para as pessoas que não conseguem permanecer no jogo do consumismo.⁴⁴

A posição desse direito penal, manejado pelas instituições que garantem o poder do Estado, se encontra no campo do controle social, pois a norma irá definir qual comportamento é desviante, ou seja, contra suas normas que visam doutrinar a sociedade a seu bel-prazer. Desse modo, o direito penal irá garantir expectativas comportamentais, circunscrevendo os limites da ação humana. O Estado punitivo, precisa de processos de controle social diários, sobre os quais se enquadram determinadas manifestações humanas como desviantes.⁴⁵

3. A política de tolerância zero e o combate à violência urbana: justiça para quem?

Algumas parcelas da sociedade são notadamente marcadas pela ausência do Estado, nas quais se observam a omissão de políticas sociais e econômicas que pudessem lhes favorecer. Com esse descaso estatal, as classes empobrecidas foram expostas a toda sorte de criminosos, devido à quebra dos pactos sociais e o sentimento de estar à margem da sociedade instituída. Com o abandono de populações imensas, que não tinham condições mínimas de cidadania como salários dignos, educação, saúde e habitação, a criminalidade se disseminou e encontrou um terreno fértil para se arraigar. Essa sombra estatal que prestou obséquio à marginalização de milhares de pessoas, destacando-as das oportunidades de adentrar à sociedade que realmente é englobada ao Estado.⁴⁶

Os estranhos pós-modernos são, conforme expressa Bauman, o refugio do zelo da organização do Estado e na visão da ordem eles não se ajustam à sociedade. Eles exalam

⁴² ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 52-53.

⁴³ ASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 163-164.

⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 57.

⁴⁵ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 212-220.

⁴⁶ BIRMAN, Joel. Sociedade sitiada e discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. *Revista*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, 2004. p. 127-130.

incertezas em que a certeza e a clareza deve imperar. Constituir a ordem, portanto, é empreender uma guerra de atrito contra os estranhos e diferentes.⁴⁷

Nessa pretensa guerra foram desenvolvidas e adotadas duas estratégias alternativas, mas também complementares: (1) a antropofágica, que consistia em aniquilar os estranhos “devorando-os” ou tornando-os “assimiláveis” fazendo com que o diferente se transforme em semelhante; e (2) a antropeômica: “vomitar os estranhos”, “bani-los dos limites do mundo ordeiro e impedi-los de toda comunicação com o lado de dentro”.⁴⁸

A “defesa da lei e da ordem”, conforme infere Nils Christie, é levada pelos governos dos países globalizados como forma de manutenção de proteção da população consumidora. Os meios de comunicação de massa prosperam com relatos sobre os crimes cometidos pelos marginais e os governantes são eleitos com a promessa de manter os “perigosos” atrás das grades. “A população perigosa não será exterminada”, mas serão “confinados, armazenados, amontoados e obrigados a viver seus anos mais produtivos como consumidores do controle”.⁴⁹

Esse processo pode ser realizado democraticamente, e sob o controle estrito da democracia. Na década de 1970, o aumento do índice de criminalidade do Rio de Janeiro desencadeou uma crescente sensação de insegurança, aumentada exponencialmente na próxima década, marcada pela expansão do Comando Vermelho, seguido mais tarde, pelo Terceiro Comando Puro (TCP) e dos Amigos dos Amigos (ADA).⁵⁰

Na luta por essa segurança, a população pobre como um todo, começou a ser colocada como inimigo a ser combatido, pois historicamente ela alimentou os medos das elites, pois certamente os excluídos da sociedade seriam criminosos em potencial.⁵¹ A preocupação com a pureza passa a se expressar, assim, na tendência cada vez mais acentuada de incriminar os problemas socialmente produzidos.⁵²

A exclusão, por outro lado, foi utilizada como fonte de manutenção do poder, pois a estigmatização das sociedades marginais foi utilizada para a perpetuação de opiniões e julgamentos de categorias da sociedade, às quais, por sua vez, acabam servindo de sustentação de situações historicamente consolidadas, como se verifica em relação ao poder que detém as classes mais privilegiadas.⁵³

⁴⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 28.

⁴⁸ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 28-29.

⁴⁹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 25.

⁵⁰ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 36-41.

⁵¹ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 45-50.

⁵² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 25.

⁵³ MOUTINHO, Lídia Clément Figueira Moutinho. O papel do Estado na superação dos estigmas. *Rev. TRT*, 9. Rev.

Se esse estigma consiste em elemento descriminalizador que categoriza de forma negativa determinados grupos da sociedade, reduz-se o valor como seres humanos e suas oportunidades se esvaem, e a discriminação toma o lugar da igualdade sobre as bases da dicotomia inclusão-exclusão.⁵⁴

O medo de certas classes se tornou um elemento essencial, que serviu, de certo modo, para ser um mecanismo justificador de políticas autoritárias de controle social, pois essa imagem de insegurança se reproduz na mente dos cidadãos e acabou por gerar uma aceitação social da guerra contra os “bandidos” do tráfico em “bairros pobres”, desde que seus efeitos não atinjam o asfalto⁵⁵, ou seja, toda sorte de chacinas passou a ser admitida pela “população civilizada”.⁵⁶

Conjugando práticas clientelistas e patrimonialistas – que remontam da formação social e política nacional – perpetua-se um sistema público de segurança a serviço de determinadas classes sociais, legitimadas pelo ordenamento. Tal situação perdura mesmo depois da promulgação da Constituição Federal de 1988 com pequenas investidas democráticas⁵⁷.

A história das instituições policiais revela uma “faceta da organização das políticas públicas e do gerenciamento do espaço público no Brasil”: “A questão da segurança e o discurso armamentista que o Estado prega hoje em dia nada mais é que uma artimanha para o controle da massa”⁵⁸.

A prevenção ao crime é quase sempre secundária, “investe-se no confronto ‘armado’ contra os marginais; mantem-se a população amedrontada, quer por parte da força policial, quer por parte dos bandidos, também armados”⁵⁹.

A questão se desloca para a legitimidade desses meios que fundamentam a violência para garantir a segurança e ao mesmo tempo, o poder de uma parcela da sociedade, pois um bando de homens fora do alcance da lei e da autoridade, violentos e armados, impõe suas vontades à sociedade em que habitam, e ao mesmo tempo desafiam a sociedade padrão, detentora do poder e do controle dos recursos. Desse modo, em nome desses detentores se institucionaliza o discurso de que se deve cortar o mal pela raiz.⁶⁰

Como meio de garantir o controle sobre certas parcelas da sociedade teve advento uma curiosa ideologia, o programa de Tolerância Zero, que foi implementado na Polícia de

Curitiba, v. 27, n. 1, jan./jun. 2002. p. 18-20.

⁵⁴ MOUTINHO, Lídia Clément Figueira Moutinho. O papel do Estado na superação dos estigmas. *Rev. TRT*, 9. Rev. Curitiba, v. 27, n. 1, jan./jun. 2002. p. 28-30.

⁵⁵ Ao falar de “asfalto” ou “população do asfalto” faz-se uma contraposição à população marginalizada, referindo-se, então, as camadas inseridas na população lembrada pelas autoridades.

⁵⁶ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 55-62.

⁵⁷ SOUZA, Robson Sávio Reis. *Política de segurança: grandes desafios* [online]. Disponível em <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/politica-de-seguranca-publica-grandes-desafios>>. Acesso em 29 de maio de 2015.

⁵⁸ PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Fapesp, 2005, p. 49.

⁵⁹ PEDROSO, Regina Célia. *Estado autoritário e ideologia policial*. São Paulo: Fapesp, 2005, p. 55.

⁶⁰ LORENZETTO, Bruno Menezes. *O silêncio das sereias*: Tempo, Direito e violência na modernidade. 2010. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010. p. 116-120.

Nova Iorque e se tornou referência mundial na luta contra o crime, frente ao aumento significativo nos índices de criminalidade da cidade até então. Nova Iorque era conhecida nos Estados Unidos como a capital do crime, e após o advento de tal política pública é tida como uma das cidades mais seguras do país, o que criou esperanças de diversos gestores de segurança pública ao redor do mundo.⁶¹

A política implantada por Rudolph Giuliani, prefeito de Nova Iorque à época, angariou sucesso entre os brasileiros, devido a sua ilusão de resultados milagrosos, bem como por desconhecimento de suas falhas e efeitos colaterais. Contudo sobre o pano de fundo do desespero buscaram-se soluções rápidas e remédios drásticos para os males que atingiam a sociedade brasileira. Logicamente, por trás estava a vontade de utilizar-se do ideal populista como arma eleitoral, por meio da cruzada sem piedade contra o crime.⁶²

O programa de Tolerância Zero se baseia, basicamente, na teoria das “janelas quebradas” (*broken windows*), divulgada por James Wilson, juntamente com George Kelling e publicada em 1982 na revista *Atlantic Monthly*, cujo principal argumento é de que uma pequena infração, quando tolerada pode levar a um clima de anomia, que gerará as condições propícias para os crimes mais graves, ou seja, a violência urbana e a criminalidade são o último elo de uma cadeia causal em que pequenas infrações levam à formas mais graves de delinquência.⁶³

Desse modo, criou-se nos Estados Unidos uma polícia que deveria investir todos os seus esforços no combate aos pequenos delitos. Era aceito que nem todo aquele que pratica um delito menor é um potencial criminoso, no entanto alguns serão, ou, por ventura, os pequenos infratores poderiam ter informações sobre outras pessoas que representam a figura de um criminoso.⁶⁴

Os alvos da teoria das janelas quebradas eram os excluídos da economia capitalista, que antes eram objeto do *welfare state*, e agora são tidos como irrecuperáveis, e, por conseguinte, devem ser “neutralizados”. Aos poucos, as raízes e causas do crime passam a ter peso secundário, já que o real culpado é o indivíduo, que não foi capaz de se adaptar às regras sociais capitalistas, por pura “falta de vergonha na cara” e “vagabundagem”.⁶⁵

Como efeito colateral, a filosofia de Tolerância Zero estimulou uma retórica de guerra e de demonstrações espetaculares de força, o que resultou em um maior número de choques entre a polícia e a população. Houve então a proliferação da atitude intitulada “*race profiling*”, ou seja, escolher os alvos pela cor de sua pele, bem como a utilização do método “*stop and frisk*” (parar e revistar), em bairros como o Bronx.⁶⁶

Com o apontamento de certos indivíduos e grupos como nocivos à ordem pública e à segurança da “população de bem” o direito penal do inimigo passou a ser invocado para

⁶¹ BELLÍ, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000. p. 157-161.

⁶² BELLÍ, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000. p. 162-167.

⁶³ BELLÍ, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000. p. 168-170.

⁶⁴ RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

⁶⁵ BELLÍ, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000. p. 63-65.

⁶⁶ BELLÍ, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000. p. 66-70.

cuidar desses não-cidadãos. Seu principal autor é Günther Jakobs⁶⁷, que salienta que para os cidadãos caberiam as garantias do processo penal dos Estados Democráticos de Direito, contudo, para os inimigos⁶⁸ aplica-se somente a pura e simples coação, ou seja, os cidadãos são considerados pessoas e os inimigos não-pessoas, consubstanciando assim um processo de coisificação desses seres humanos.⁶⁹

Atrelado a uma gama de conceitos relacionados como remédios contra a violência, teve advento o movimento da Lei e da Ordem, que visava aumentar as medidas repressivas, decorrentes da lei penal. Os defensores desse pensamento partem do pressuposto que a sociedade é necessariamente bipartida entre bons e maus, ou seja, a violência só poderá ser controlada a partir de leis severas, que englobam longas penas privativas de liberdade, quando não a morte. Dessa forma, esse movimento foi incorporado de imediato ao pensamento de tolerância zero.⁷⁰

O que se percebe é que a política de tolerância zero é desinteressante ao Estado que visa garantir de forma coerente os direitos fundamentais, pois ela gera um encarceramento demasiado da população excluída e aprofunda as desigualdades sociais vivenciadas pelos grupos historicamente marginalizados e estigmatizados. O intuito de diminuir a violência deveria ser focado na prevenção e em investimentos na melhoria das condições sociais, pois essas políticas de segurança intransigentes – como a Tolerância Zero, o Movimento de Lei e Ordem e Direito Penal do Inimigo – induzem a uma intensificação da pobreza e à segregação de uma parte da população, o que é totalmente incompatível na perspectiva do Estado Democrático de Direito, pois percebe-se que essa Tolerância Zero é aceita por conveniência das classes não atingidas.⁷¹

O projeto de tolerância zero encontra ligação/reforço no entendimento utilitarista de Jeremy Bentham, afirmando que o objetivo último da legislação deve ser a felicidade do maior número de pessoas. A corrente questiona a utilidade de cada conceito de norma jurídica e o seu objetivo prático para o homem e a sociedade de sua época.⁷² O interesse geral se consubstancia na soma dos interesses de seus membros.

O cidadão, dentro dessa concepção, deve obedecer ao Estado na medida em que a obediência contribui mais para a felicidade geral do que a desobediência. A missão do Estado é, portanto, promover a felicidade social, punindo e recompensando, e a legislação tem o objetivo que os indivíduos avaliem suas ações com antecedência, a fim de estarem preparados

⁶⁷ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

⁶⁸ Este conceito de inimigo será flexibilizado de acordo com as necessidades da política vigente.

⁶⁹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, out. 2009. p. 169-170.

⁷⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, out. 2009. p. 169-171.

⁷¹ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, out. 2009. p. 171-175.

⁷² FRANCO, Caroline da Rocha; NOGUEIRA, Diego. Felicidade mensurável e Justiça no Utilitarismo. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19.

para todas as possíveis perdas, afigurando-se como termômetro moral que apresente todos os graus de controle de felicidade e sofrimento.⁷³

Um exemplo das práticas utilitaristas de uma política repressiva pode ser encontrado nas realidades das famílias pobres cariocas, excluídas do processo político e social ao longo do tempo. A espetacularização das ocupações das comunidades, realizadas com fuzis e blindados, em meio a discursos de guerra e o manto institucional do hasteamento da bandeira do Brasil, como símbolo de civismo é transmitido com orgulho pelas redes televisivas. O governo federal, para obter seus méritos, provê todo apoio logístico e bélico, por meio das Forças Armadas, ensejando uma política autoritária e logicamente desastrosa, mas com grande potencial midiático que traduz um bem-estar generalizado nos não excluídos. Há uma aceitação de grande parte da população (do asfalto) dessas ações espetaculares governistas, pois na ausência de uma política efetiva de inclusão social como prevenção aos reais problemas da sociedade, a medida paliativa mais pedida é a repressão militar nas comunidades marginalizadas.⁷⁴

A tarefa da polícia, como força auxiliar, é traduzida pela sociedade pelo ideal da Tolerância Zero como formação de ordem pública, além da sensação de segurança. Um verdadeiro panóptico que organiza a ordem das unidades espaciais, permitindo “ver sem parar e recolher imediatamente”⁷⁵ os estranhos.

Contudo a ordem pública será vinculada a um disciplinamento do ambiente social, e repressão de modelos diferentes aos postos como padrão, o que irá automaticamente de encontro as barreiras massivas instituídas pelo Estado de Direito perante as intervenções soberanas: proporcionalidade do motivo, e a reação do motivo. As forças militares, ao contrário do pregado atualmente, não são aperfeiçoadoras do mundo, por consequência, quem dela exige a criação de ordem prima por um desvio aos pressupostos de direitos fundamentais como a liberdade.⁷⁶

O modelo de Tolerância Zero, fruto de uma equivocadíssima política repressiva, é totalmente ideológico e mistificador. Sacrificam-se direitos fundamentais em nome da incompetência estatal em resolver os problemas que realmente geram a violência.⁷⁷ A política de aumentar penas e endurecer o regime de cerco policial não diminui taxas de criminalidade.

Esse cálculo não decorre de uma simples equação utilitária, a criminalidade é fenômeno social complexo, que decorre de um feixe de elementos, no qual o que menos importa é o direito e a legislação penal. Crescimento econômico, sucesso no combate ao desemprego

⁷³ FRANCO, Caroline da Rocha; NOGUEIRA, Diego. Felicidade mensurável e Justiça no Utilitarismo. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 19.

⁷⁴ GOMES, Patrick Mariano. A solidariedade como antídoto ao autoritarismo. *Empório do direito*, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiოდodireito.com.br/a-solidariedade-como-antidoto-ao-autoritarismo-por-patrick-mariano-gomes/>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

⁷⁵ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 165.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 173-186.

⁷⁷ LOPES JÚNIOR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 1 jun. 2015.

e política educacional eficiente foram a resposta estadunidense real para a queda da criminalidade.⁷⁸

4. O combate aos inimigos da ordem: etiquetamento e seletividade penal

Sob um manto obscuro da necessidade da policialização nas comunidades criou-se a ideia da convivência pacífica e ideal na relação policial/morador, contudo não se observou o afastamento da lógica bélica tradicionalmente sustentada por essas instituições, o que gera um conceito no mínimo distorcido de uma polícia comunitária. As Unidades de Polícia Pacificadora (UPP) implantadas na política carioca tem o escopo de atuar de forma permanente e exclusiva dentro das comunidades, a fim de retomar os espaços fora da incidência do Estado, e estabelecer as lógicas contemporâneas de democracia e valores constitucionais, o que na prática está longe de ser real.⁷⁹

Um problema latente na própria instituição militar, no que diz respeito ao policiamento comunitário é o preconceito desses grupamentos dentro da própria classe, pois a maioria dos membros da corporação é doutrinada num ambiente de ostensividade e belicismo. No imaginário externo e interno o verdadeiro policiamento é o “modelo BOPE”, que se coloca como superior à polícia comum, o que faz surgir uma estigmatização dos policiais que trabalham fora desse contexto, que são comumente alcunhados de “policiais cor-de-rosa”.⁸⁰

Talvez o maior problema das UPPs seja sua instauração e promoção sem uma análise e um planejamento crítico do poder público e da própria sociedade. Desde a aplaudida invasão do Complexo do Alemão, em 2008, até as mortes de civis inocentes, tidos como vítimas ocasionais são apresentados pela polícia como traficantes, e desse modo se justifica o falecimento destes para a população.⁸¹

Aliados às ocupações pseudocomunitárias, observa-se também, no âmbito carioca, as operações de guerra com cunho econômico, que visam esconder a população marginal da sociedade estrangeira, como ocorreu nos Jogos Pan-americanos de 2007, Rio +20 e na Copa de 2014. Na Copa de 2014, especialmente, a preocupação em estabelecer Tolerância Zero para proteger o evento foi notada pela Lei n. 12.663/2012 – Lei da Copa – e pela criação da Secretaria Extraordinária de Segurança para Grandes Eventos (SESGE).⁸²

⁷⁸ LOPES JÚNIOR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁷⁹ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 36-41.

⁸⁰ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 41-42.

⁸¹ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 42-43.

⁸² SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo*: a polícias como arquivistas do Soberano. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 65.

É possível então perceber um padrão nas instalações das UPPs de acordo com a concentração turística da cidade e a localização dos megaeventos. Exceto pelas unidades da Zona Oeste, as UPPs são situadas no Centro, Zona Sul e Zona Norte, formando o conhecido “cinturão do Maracanã”. Desse modo é possível inferir que o objetivo principal da instalação das Unidades é trazer o sentimento de segurança para a população do asfalto, por meio da vigilância permanente das classes perigosas, realizada pelo controle estatal das áreas pobres e seu isolamento.⁸³

O movimento da Tolerância Zero, como já inferido, tem uma expressiva aceitação no território nacional. Devido às desigualdades sociais e aos problemas consequentes, há uma constante insegurança da população em relação à violência vivida no país. Contudo, esse fenômeno do medo é maximizado hodiernamente pela política do populismo penal, que oferece soluções racionalmente toscas, que, contudo, saciam a sede de vingança, insegurança e incerteza de uma parcela considerável da população. A solução mais pedida por movimentos populistas é a tolerância zero e a repressão àqueles que cometem os ilícitos. Exemplo atual é a PEC 173⁸⁴, que visa reduzir a maioria penal.

Em meio a sede de punição devemos nos lembrar que uma das maiores ameaças às democracias modernas, conforme expressa o Juiz Serge Portelli “é uma sociedade de segurança absoluta, de tolerância zero, de prevenção radical, de prisão preventiva, de desconfiança sistemática em relação ao estrangeiro, de vigilância e controle generalizado”.⁸⁵

Hoje, nós vivemos numa época em que a segurança é o grande tema do momento, seja na sociedade ou nas batalhas políticas. Vivemos sobre um sentimento de insegurança e ameaça, como numa sociedade de risco, na qual observamos o isolamento dos grupos humanos. Essa experiência relativa ao medo e ao perigo tende a recrudescer as normas sociais de convívio e esperar que a convivência seja regida por uma força externa, como a polícia e o direito penal. Essas necessidades são percebidas e exaladas pela mídia e pelos oradores públicos, principalmente políticos que despejam ideias para angariar audiência ou votos.⁸⁶

A polêmica PEC da maioria penal, supracitada, tem sido alvo de debates intensos, algo intrínseco à democracia. Apesar disso, há quem defenda essa medida não por uma via racional e ponderada, mas a partir de opiniões que desejam inflamar o medo existente da população, como as corriqueiras manifestações do Deputado Jair Bolsonaro, que afirma que o pleito de emenda constitucional vai trazer segurança a população, pois irá evitar que infratores fiquem soltos após cometer delitos e que “Não dá para esperar acontecer com nossas famí-

⁸³ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 44-45.

⁸⁴ Situação da Emenda em 28/05/2015: Aguardando Constituição de Comissão Temporária pela Mesa; Aguardando Parecer do Relator na Comissão Especial destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 171-A, de 1993, do Sr. Benedito Domingos e outros, que “altera a redação do art. 228 da Constituição Federal” (imputabilidade penal do maior de dezesseis anos), e apensadas (PEC17193).

⁸⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 63.

⁸⁶ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. p. 172-174.

lias e depois ficar abraçando a Lagoa Rodrigo de Freitas e soltar pombas pedindo Justiça”, disse ironizando, e enfatiza ainda, “Imagina ficar sem um filho por causa de um celular?”.⁸⁷

Desse modo, o Brasil tem assistido a esse fenômeno que não é nem de direita, nem de esquerda, e acaba merecendo alguma outra alcunha, pois não aceita a política democrática e as regras do jogo constitucional.⁸⁸

O parlamentar do Partido Progressista é uma expressão caricata, ou talvez repugnante do primitivismo, lembrança de um país que um dia existiu por aqui. Entretanto notamos que há aqui uma versão antipática de uma mentalidade que continua e que é disseminada pela exacerbação do populismo e impulsionada ainda mais pelo sensacionalismo midiático, que propaga suas opiniões esdrúxulas como “A minoria tem de se calar e se curvar diante da maioria”, “Não podemos estimular crianças a serem homossexuais”, “não somos nós que temos que respeitar homossexual, eles é que tem de me respeitar”, ou “o complexo penitenciário de Pedrinhas é a única coisa boa do Maranhão”.⁸⁹ Tem-se, contudo, que esse tipo de manifestação política ainda atrai muitos eleitores, como no caso de Ubiratan Guimarães⁹⁰, que foi eleito como deputado em São Paulo com o número “111”, e com a frase exposta em seu site à época “bandido bom é bandido morto”.⁹¹

Esse ódio hoje é espalhado pelas mídias e pela liberdade de expressão utilizada de maneira deletéria, que propicia a defesa de qualquer opinião, no entanto pode denegrir qualquer ideal. Ao promover seus discursos, pessoas em local de destaque na sociedade podem pregar ideologias com consequências funestas às minorias da sociedade, principalmente quando a fala é sedutora ao ouvinte. Desse modo, quando essas opiniões são colocadas às mídias de massa promovem uma uniformização do pensamento do espectador, devido à sua repetição.⁹²

Os discursos demagógicos tendem a ameaçar os ideais democráticos e constitucionais, pois identificam as preocupações do maior número de pessoas – como o medo e o sentimento de injustiça – e propõe soluções fáceis de compreender e fáceis de aplicar, sendo, às vezes, tão paradoxais a ponto de oferecer ao cidadão valores que naturalmente se opõe, como mais segurança e mais liberdade, todavia eles tendem a valorizar a ordem detrimento da liberdade, pois colocam o medo no seu pedestal propagandista. Desse modo, expõem a insegurança e fazem um apelo populista, de armar e aumentar o efetivo da polícia, construir

⁸⁷ DEPUTADO Jair Bolsonaro diz que a redução da maioria penal vai proteger a sociedade. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/489099-DEPUTADOJAIRBOLSONARODIZQUE-REDUCAODAMAIORIDADEPENALVAIPROTEGERASOCIEDADE.html>>. Acesso em 28 de maio de 2015.

⁸⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Refêns do Bolsonaroismo*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/refens-do-bolsonarismo>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

⁸⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Refêns do Bolsonaroismo*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/refens-do-bolsonarismo>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

⁹⁰ Ubiratã Guimarães, ex-Coronel da PM de São Paulo foi o responsável pela invasão do Carandiru em 1992, que resultou na morte de 111 presos.

⁹¹ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 120.

⁹² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 138-139.

mais prisões e castigar pesadamente os infratores.⁹³ Assim, cita Todorov, que “nossos inimigos não são tão assustadores porque usam trajes democráticos e passam despercebidos”.⁹⁴

A comunicação em massa, faz uma perseguição incisiva à ponderação, pois se transforma em um elemento de facilidade, repetição e especulação. As reportagens devem ser curtas e os dizeres rápidos e fáceis, assim como devem ser utilizadas imagens para prender a atenção, principalmente chocantes e repetitivas. Desse modo, passa-se uma compreensão rápida, que sacia o medo e as vontades do ser humano, que é captada de forma rápida e pronta para ser interiorizada e repetida no cotidiano de cada um.⁹⁵

As questões que permeiam o discurso sobre segurança pública e a interferência nas liberdades individuais – de alguns – são acompanhadas, desde idos anos, pela reconfiguração estética das cidades, que englobava o discurso do medo e da ordem. Desse modo, foram sendo indicadas certas “classes” perigosas que eram portadoras de um “figurino social da delinquência”. Constituem-se então, polos setoriais que marginalizam uma classe de indivíduos à margem da sociedade e do âmbito de proteção dos direitos tão caros ao Estado Democrático de Direito.⁹⁶

A criminalidade, como realidade social é construída por instâncias oficiais de modo que ela selecione fenômenos e comportamentos de uma parcela da população de acordo com um código social, e os desviantes são membros dos grupos mais frágeis da sociedade. Com efeito, tem-se o estudo das “Teorias da reação social” ou “*labeling approach*” que tem como objeto observar a diferença entre o comportamento criminoso e o não criminoso, de acordo com a definição legal, chegando a conclusão que o mandamento legal atribui o caráter antijurídico como um controle social de certas classes, que estarão mais sujeitas a cometer aqueles atos, rotulando os desviantes como criminosas e membros de um grupo social potencialmente agressor da ordem pública.⁹⁷

Nesse diapasão, a vida retirável do indivíduo que habita o morro é comumente ameaçada por meio dos autos de resistência, uma ficção jurídica criada na excepcionalidade e que opera como uma “autorização para matar”, por vezes chancelada pelo Poder Judiciário e pelos representantes do Ministério Público, quando na verdade se trata de um extermínio cometido pelas instâncias policiais, e para o qual não é dado importância, pois são interpretadas como “ações necessárias”, o que justificam o baixo número de oferecimento de denúncias provenientes de inquiridos e investigações em torno dessas mortes. A partir desse “não direito”, aos moldes do direito penal do inimigo, a lógica de guerra contra as camadas inferiores da sociedade é propagada como uma defesa social, pois com o aumento da inse-

⁹³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 162-164.

⁹⁴ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 197.

⁹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. *O império efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 238-240.

⁹⁶ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a policia como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 208-215.

⁹⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica do Direito Penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002. passim.

gurança subjetiva o direito penal minimamente garantidor é deixado de lado, sem que haja maiores questionamentos.⁹⁸

Cita-se como um exemplo esdrúxulo da punibilidade de condutas escolhidas por meio de estigmatização o caso *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156, de 1972, na Flórida, quando oito pessoas foram acusadas de “vagar ou caminhar por um local sem um propósito ou objetivo lícito” (tradução livre), o que contrariava as leis daquele estado. Posteriormente, a Suprema Corte americana decretou que a lei era inconstitucional, pois poderia ensejar ações muito arbitrárias por parte da polícia.⁹⁹

O estigma é como uma regra implícita à própria consciência das pessoas, que se estabelecem sobre os indivíduos como forma de valores negativos. A influência desses estigmas acaba gerando uma categorização de indivíduos – que são potenciais infratores – e acaba sendo utilizada para a manipulação do poder das classes privilegiadas. Os estigmas agem sobre determinadas parcelas da sociedade de forma que condicionem seus comportamentos como desviantes e concretizam regras de discriminação e marginalização do indivíduo.¹⁰⁰

O estigma é caracterizado como um atributo natural do indivíduo, sendo este proveniente da pobreza, ou por vezes pela cor da pele. Há então um processo de exclusão social da oportunidade de uma vida igual para todas as pessoas que são colocadas como diferentes – os piores.¹⁰¹

A sociedade pós-moderna, consumista, é marcada pelas amplas possibilidades de escolhas e necessidade de satisfação rápida e efêmera dos desejos, o que, por conseguinte, leva à proeminência do mercado no cotidiano da população. O endeusamento do consumo faz com que as próprias pessoas sejam transformadas em produtos, sendo encorajadas a se promoverem e se venderem no mercado, e para alcançarem a condição e sujeito de direitos, devem antes “virar mercadoria”, ou seja, “estarem inseridas no mercado”.¹⁰²

Para a expansão da “liberdade dos consumidores” deve-se deter e “manter em xequê”, pelo menor custo possível, os não consumidores, tratados como um “sorvedouro dos fundos públicos” e do dinheiro dos contribuintes. Se a remoção do “refugio” é menos dispendiosa do que a reciclagem, deve ser lhe dada prioridade.¹⁰³ Se é mais barato excluir/encarcerar os consumidores falhos, isso é preferível ao estabelecimento de uma política de emprego e previdência social.

A supressão ou encarceramento desses “jogadores insatisfatórios” constituem su-

⁹⁸ FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra*: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 57-70.

⁹⁹ *Papachristou v. City of Jacksonville*, 405 U.S. 156 (1972). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/405/156/>>. Acesso em 28 de maio de 2015.

¹⁰⁰ MOUTINHO, Lídia Clément Figueira Moutinho. O papel do Estado na superação dos estigmas. *Rev. TRT*, 9. Rev. Curitiba, v. 27, n. 1, jan./jun. 2002. p. 09-15.

¹⁰¹ BACILA, Carlos Roberto. *Estigma*: um estudo sobre os preconceitos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103.

¹⁰² CHAGAS, Caroline Alves das; Diego Nogueira. *As influências do Mercado no Sistema Criminal*: o direito à Segurança Pública e sua Privatização [no prelo].

¹⁰³ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 24.

plemento indispensável da “integração mediante sedução numa sociedade de consumidores guiada pelo mercado”¹⁰⁴. Os consumidores incapazes ou indolentes devem ser mantidos fora do jogo. São o refugio do jogo, mas imprescindíveis para manutenção do sistema. A produção do refugio tem o objetivo de mostrar aos que permanecem na disputa as horripilantes cenas da outra única alternativa, inferindo que a melhor opção é estar apto e disposto a suportar as agruras e tensões geradas pela vida vivida como um jogo.¹⁰⁵

Face a espúria atuação das definhantes instituições do Estado de bem-estar social em decadência, no pós-modernismo¹⁰⁶, acompanhado do liberalismo econômico, as classes de criminosos, os estranhos, os impuros, são colocados nas jaulas, e embora construídos coletivamente, essa situação malograda é tratada como “crime individual” e se traduz na “indústria da prisão”.¹⁰⁷ Essa lógica se traduz na lógica de que ser pobre é ser criminoso, merecedor de ódio e condenação.

5. Em busca de um modelo de política pública de segurança justo: o tripé “liberdade, diferença e solidariedade”

As polícias brasileiras, de um modo geral, são tidas como ineficientes na prevenção e na repressão qualificada, na investigação e na conquista indispensável da população, devido à corrupção e à brutalidade, que, por vezes, permeia suas ações. Não planejam sua prática a partir de um diagnóstico profundo de situações sociais ou dados consistentes, e nem corrigem seus erros, simplesmente ignoram ou não o assumem.¹⁰⁸

Após o desfazimento dos mitos da insegurança que eram apontados pelo Governo Militar, agora esses medos pós-modernos são personificados em novos personagens: os homens pobres que vagam pelos centros urbanos ou nas periferias, que configura uma classe excedente, à qual o discurso político se concentra em controlar, pois a vulnerabilidade e a condição indefesa do outro irão facilitar práticas como a violação dos direitos humanos e a dominação pela pretensa “classe superior”.¹⁰⁹

As constantes violações aos direitos civis das pessoas que residem nessas localidades – nas quais as intervenções à força se sobressai se comparado a qualquer serviço públi-

¹⁰⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 56-57.

¹⁰⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 56-57.

¹⁰⁶ O pós-modernismo é caracterizado pela disseminação dos meios de comunicação e da informática, além da influência do universo digital e do apelo consumista, sendo um processo ainda em desenvolvimento que cultua a individualização, a liberação dos medos e preconceitos, além da liberdade de expressão, da tecnologia e da facilidade da comunicação.

¹⁰⁷ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p.56-57.

¹⁰⁸ SOARES, Luiz Eduardo. Segurança Pública: presente e futuro. *Estudos Avançados*, v. 20, n. 56, 2006.

¹⁰⁹ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 110-119.

co – são encobertas pela lógica da tomada de território, visto que há ali uma insegurança causada por delinquentes e favelados-trafficantes, veiculada por meios poderosos de televisão.¹¹⁰

A ocupação das favelas, principalmente próximo aos megaeventos, nos lembra a onda de impor a democracia pelas bombas, ocorrida em função do messianismo político após a queda do império comunista.¹¹¹ Entretanto o efeito da ocupação é uma constante insegurança, dado que os policiais militares ou membros das Forças Armadas são colocados num ambiente no qual não há como saber quem é o inimigo, o que acaba gerando, como excesso, a morte de inocentes, já que a população inteira é generalizada como força adversa, ou seja, a ocupação é ineficaz e nociva para ambos os lados¹¹², visto que os militares – cidadãos que são – estão dispostos no teatro de operações não por vontade própria, pois são apenas peças num jogo eminentemente político.

Anuncia-se uma concepção de combate ao inimigo, marcada por um círculo vicioso, no qual o mercado expulsa a população empobrecida, e ao mesmo tempo se encastelam num aparato de segurança e afastamento, longe dos desvalidos. Cria-se um mundo irreal e desagregado. Nessa linha a globalização encontra sua maior contradição: prometer “mais Estado” na área policial para resolver infortúnios deixados pelo “menor Estado” social,¹¹³ comprometendo os valores democráticos, por uma máscara de motivações políticas, econômicas e ideológicas.

A militarização da polícia leva, conforme preconiza Pedro Rodolfo Bodê de Moraes, à conformação de um modelo bélico de política de segurança¹¹⁴, com um fim específico. Dentre as instituições mais resistentes à mudança e à integração à democracia, expõe o referido autor, estão às polícias estaduais e “muito do seu arcaísmo segue garantido pelo art. 144 da Constituição Federal”¹¹⁵ e no Decretos-Lei n. 667/1969 (documento que “reorganiza as polícias militares”, baixado durante a vigência do Ato Institucional n. 05/68).

Vale refletir que “não existem instituições que não sejam organizadas com base na hierarquia e disciplina, mas há uma grande diferença entre aquelas organizações que são militarizadas e as organizações civis”¹¹⁶. A “existência de uma polícia militar é uma contradição em termos, como lembra Zaverucha, um oxímoro, uma vez que o termo polícia, como indicado a partir de seu prefixo polis, deveria ser uma instituição civil”¹¹⁷.

¹¹⁰ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 220-225.

¹¹¹ Toma-se como exemplo as guerras o Iraque, Afeganistão e Líbia.

¹¹² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 55-82.

¹¹³ SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013. p. 70.

¹¹⁴ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; KULAITIS, Leticia Figueira Moutinho. *Controle social perverso e a policialização das políticas públicas: o caso da Segurança com Cidadania*[no prelo, versão provisória cedida pelos autores].

¹¹⁵ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Em defesa do Estado ou da sociedade*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=13>. Acesso em: 1 maio 2014.

¹¹⁶ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Em defesa do Estado ou da sociedade*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=13>. Acesso em: 1 maio 2014.

¹¹⁷ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; KULAITIS, Leticia Figueira Moutinho. *Controle social perverso e a policialização das políticas públicas: o caso da Segurança com Cidadania* [no prelo, versão provisória cedida pelos autores].

Militares são moldados para a guerra, “mas para todos os fins, há um enorme consenso de que o que está em jogo é uma guerra contra o crime”, no qual as polícias militares, ainda que tenham feito algumas mudanças, continuam corporações preparadas “mais para combater as classes perigosas do que para servir e proteger”¹¹⁸. Essas instituições que possuem um “alto grau de letalidade”¹¹⁹ em suas ações – “a polícia brasileira é uma das polícias que mais mata no mundo” – e problemas de conduta e corrupção, são as instituições responsáveis quando não pela aplicação direta da política pública por um papel central na implementação dela.¹²⁰

As dimensões de militarização das polícias se revelam pela: (1) organização: a polícia absorve modelos organizacionais, símbolos, valores e linguagem utilizados pelas Forças Armadas; (2) treinamento: a polícia adota armamento, treinamento e códigos e regulamentos disciplinares militares; (3) emprego: táticas e estratégias militares são incorporadas à atividade policial; (4) controle: a estratégia policial é definida pelas Forças Armadas ou, se as Forças Armadas não dirigem a ação policial, podem controlar alguns de seus aspectos, como a compra de armamento e a distribuição geográfica do policiamento; (5) inteligência: atividades de inteligência são controladas pelas Forças Armadas ou de algum modo influenciadas pelo processo decisório militar; (6) justiça: a polícia está inteira ou parcialmente sujeita à jurisdição de tribunais militares.¹²¹

Essa “estética militar” por vezes acaba permeando os conhecimentos técnicos necessários ao emprego eficaz de uma força policial, destinada ao preparo psicológico do combatente para destruir o inimigo/impuro/estranho. A mudança institucional, porém, não é medida fácil e carece de alterações no texto constitucional e nas leis regentes da matéria, que só serão realizadas após “firme decisão política de caráter tecnoreorganizacional, que não se pode deixar influir por interesses corporativos (neste caso sempre muito fortes)”.¹²²

A realidade brasileira, no entanto, continua a perpetuar a policialização militarizada de enfrentamento de problemas sociais. As guardas municipais, criadas inicialmente para proteger as instalações públicas dos municípios, ganham poder de polícia com o advento da Lei n. 13.022/2014, mas tendem a reproduzir o pensamento ideológico das forças que as treinaram, despreendendo-se do sentido de proximidade e do caráter comunitário que deveriam ter na essência¹²³.

¹¹⁸ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; KULAITIS, Leticia Figueira Moutinho. *Controle social perverso e a policialização das políticas públicas: o caso da Segurança com Cidadania* [no prelo, versão provisória cedida pelos autores].

¹¹⁹ “O número de mortes em confronto com policiais militares aumentou 24% no Paraná em 2014 em relação a 2013. Foram 178 óbitos motivados por supostas resistências à prisão”. Disponível em <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/mortes-em-confrontos-com-a-policia-militar-crescem-24-no-parana-em-2014-5igh31humwqg06k-dwu5ti68r0>>. Acesso em 02 de junho de 2015.

¹²⁰ MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; KULAITIS, Leticia Figueira Moutinho. *Controle social perverso e a policialização das políticas públicas: o caso da Segurança com Cidadania* [no prelo, versão provisória cedida pelos autores].

¹²¹ COSTA, Arthur; MEDEIROS, Mateus. A desmilitarização das polícias: policiais, soldados e democracia. *Teoria e Sociedade*, Belo Horizonte, v. 1, n. 11, p. 66-89, 2003.

¹²² AMARAL, Luiz Otávio de Oliveira. *Direito e segurança pública, a juridicidade operacional da polícia: O manual do policial moderno*. Brasília: Consulex, 2003, p. 48.

¹²³ Sobre o tema ler: BRETAS, Marcos Luiz; MISSE, Michel; MORAES, Pedro R. Bodê; VALADÃO, V. A.; VARGAS, Joana Domingues. *As Guardas Municipais no Brasil: diagnóstico das transformações em curso*. Rio de Janeiro: Booklink,

Revelada essa potência coercitiva enorme do Estado importante asseverar que continua a ser uma vasta e sábia organização. Tais aspectos não são incompatíveis, mas podem ser deturpados como vimos. Para que a realidade seja transformada e haja um renascimento do Estado-providência, influente a todos os seus órgãos, o modelo aplicado tem que ser revisto.

O mercado pode ser colocado “em seu devido lugar” e ser limitado, conforme prega o “novo liberalismo”, desde John Stuart Mill e Thomas Green.¹²⁴ A imposição desse freio cabe ao Estado pós-moderno e pode ocorrer por meio de intervenções na esfera econômica e na implementação de uma justiça distributiva, questionando “o direito de uma geração de vencedores econômicos em transmitir suas vantagens patrimoniais aos sucessores sem considerar os indivíduos que não foram beneficiados pela circunstância arbitrária do nascimento”.¹²⁵ O mercado, nessa nova lógica, deve proporcionar “a todos os bens e recursos necessários ao cumprimento das condições materiais e culturais para a liberdade”.¹²⁶

O lado social e os benefícios que o Estado distribui não devem ser monopolizados pelos privilegiados, a vocação disciplinar dessa organização não pode se afirmar unicamente nas classes econômicas desfavorecidas e nas categorias étnicas dominadas.

Na garantia dos direitos constitucionais individuais, dentre eles a liberdade e a segurança (art. 5º, *caput*, CF/88), identificados como direitos de defesa, “a decisão da comunidade não pode fundamentar-se no interesse social utilitarista”, alcançado puramente e simploriamente, como já discutido, “pela contabilização dos interesses individuais prós e contras”¹²⁷ a determinada política pública, em especial à de segurança pública.

Devem ser preservados os direitos individuais consagrados na Constituição, mesmo que contrários às posições majoritárias, por vezes influenciadas pela mídia e por um senso comum desprovido de análise científica. Utilizando-se dos ensinamentos de John Rawls,¹²⁸ as propostas de redução de criminalidade devem conciliar o desenvolvimento das liberdades individuais e da igualdade social.

A discussão e deliberação por cidadãos livres e iguais das políticas públicas que lhes afetam só será realizada de forma coerente quando houver a prestação mínima dos bens, meios e bases sociais básicos. Dentro desse cenário, não basta as instituições serem apenas organizadas e eficientes aos seus propósitos, mas, além disso, devem ser justas do ponto de vista político (englobando-se aqui discussões acerca da legislação que os afete, oportunidades econômicas e condições sociais dos envolvidos).

Para Roberto Gargarella, na Teoria da Justiça de Rawls, as violações de uma ideia

2010.

¹²⁴ ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Bruna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32.

¹²⁵ ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Bruna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32.

¹²⁶ ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Bruna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 32.

¹²⁷ ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Bruna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 37.

¹²⁸ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997. p. 8.

estrita de igualdade só são aceitáveis no caso de servirem para incrementar as parcelas de recursos em mãos dos menos favorecidos, e nunca as diminuir”.¹²⁹

Bauman discute a possibilidade de a sociedade abarcar os princípios liberais e comunitários num sistema de pensamento coerente, não-contraditório, que poderia enquadrar nossa realidade pós-moderna.¹³⁰ A “diferença” liberal representa a liberdade individual, ao passo que a “diferença” comunitária representa o poder do grupo para limitar a liberdade individual. Para os comunitários “os valores são mais importantes do que os direitos dos indivíduos”¹³¹.

A utilização radical de uma ou outra doutrina de forma excludente, porém, faz com que a vida do indivíduo autônomo seja atravessada por extremos igualmente sem atrativos, mas com propósitos idênticos, o sacrifício da liberdade em nome da condição livre de riscos.

Um modelo de política pública de segurança que consiga permanecer no meio do caminho dos dois extremos, parece responder às aspirações apregoadas na carta magna, mas que só será efetivado após uma ampla discussão, não só de reforma das instituições policiais, mas de quem é a responsabilidade efetiva pelo controle social, necessário, mas justo num Estado Democrático de Direito.

A redução nas liberdades dos marginalizados apenas diminui a sensação de estar livre dos incluídos. “A estrada dos cortes do [Estado de] bem-estar [social] pode levar a toda parte, menos a uma sociedade dos indivíduos livres”.¹³² A liberdade do livre requer a liberdade de todos, caso contrário, o medo e a ansiedade ganharam cada vez mais força.

Deve-se atentar que o Estado penal também pode se legitimar por reformas subliminares, condicionando o acesso à assistência social à adoção de certas normas de conduta como o *workfare*, obrigação de aceitar qualquer emprego, a *learnfare*, que modula a assistência às famílias em função da assiduidade escolar dos filhos ou na inscrição dos membros em pseudoestágios de formação sem objetivo nem perspectivas¹³³.

Essas estratégias são incorporadas acriticamente e ao lado de uma desfiguração das garantias sociais e trabalhistas vai delineando a política de contenção repressiva dos marginalizados.

Somente por meio da comunidade política e da proliferação de superfícies discursivas (canais de comunicações) guiados pelos princípios da liberdade, diferença e solidariedade, portanto, se alcançará o intuído de retorno ao Estado providência¹³⁴. Os dois primeiros, no mundo pós-moderno, possuem aliados abertos ou encobertos, diretamente ligados ao liberalismo. Já a produção da solidariedade necessita de uma intervenção política, que deve ter

¹²⁹ GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. p. 26.

¹³⁰ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 231-233.

¹³¹ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 245.

¹³² BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 252.

¹³³ BATISTA, Vera Malagutti. Prefácio. In: WACQUANT, Loic. *Punir os pobres*. p. 10-12.

¹³⁴ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 256-257.

a cautela de não “promover mais opressão sob o disfarce da emancipação”¹³⁵, utilizando-se de soluções perfeitas e estratégias pretensamente garantidas, como por exemplo a política da tolerância zero, perceptivelmente utilitarista ou outra qualquer que aplique regras mercadológicas no trato de problemas sociais.

A satisfação das necessidades básicas dos cidadãos, representação da dimensão social do desenvolvimento, só pode ser alcançada mediante um sistema adequado de implementação, por parte do Estado, de prestações voltadas à realização igualitária dos direitos fundamentais sociais,¹³⁶ dentre eles o direito à segurança. O principal problema está na grave crise de distribuição de riquezas.¹³⁷

Os gestores públicos, inclusive os das políticas de segurança, não podem ser alienados ao fato de que as diferenças de renda, que fomentam a criminalidade, são provenientes menos do esforço individual e do merecimento moral de cada um, mais da sorte que alguns dos indivíduos tem de ter nascido em condições favoráveis ou com habilidades que a sociedade mais valoriza, e essa sorte não é uma escolha individual, mas uma construção coletiva.¹³⁸

Referências

AMARAL, Augusto Jobim do. Ódio à democracia: no rastro da exceção brasileira. *Empório do direito*, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiოდireito.com.br/odio-a-democracia-no-rastro-da-excecao-brasileira-por-augusto-jobim-do-amaral>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

ARAÚJO, Eduardo Borges; MARIN, Bruna. Liberalismo, justiça e felicidade. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

ARENDT, Hannah. *Da violência*. Trad. Maria Claudia Drummont. Disponível em: <<http://www.libertarianismo.org/livros/harendtdv.pdf>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

BACILA, Carlos Roberto. *Estigma: um estudo sobre preconceitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica do Direito Penal: uma introdução à sociologia do direito penal*. Trad. Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998.

BAYLEY, David. The police and political development in Europe. In: TILLY, Charles. *The Formation of National States in Western Europe*. Princeton: Princeton University Press, 1975. BELLI, Benoni. Polícia, “Tolerância Zero” e Exclusão Social. *Novos Estudos*, n. 58, 2000.

¹³⁵ BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Tradução Mauro Gama e Cláudia Martinelli Gama. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1998. p. 256-257.

¹³⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 246.

¹³⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 337.

¹³⁸ Para explorar mais sobre a mercantilização dos espaços públicos Cf. SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

BIRMAN, Joel. Sociedade sitiada e discursos sediciosos: crime, direito e sociedade. Instituto Carioca de Criminologia. *Revan*, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, 2004. BRETAS, Marcos Luiz; MISSE, Michel; MORAES, Pedro R. Bodê; VALADÃO, V. A.; VARGAS, Joana Domingues. *As Guardas Municipais no Brasil: diagnóstico das transformações em curso*. Rio de Janeiro: Booklink, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. 25 anos de constituição: há o que comemorar? *Gazeta do povo: Justiça e Direito*, Curitiba, out. 2013. CHAGAS, Caroline Alves das; Diego Nogueira. *As influências do Mercado no Sistema Criminal: o direito à Segurança Pública e sua Privatização* [no prelo].

COSTA, Arthur Trindade Maranhão. *Estado, Polícia e Democracia*. 2001. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-graduação em Sociologia, Universidade de Brasília, Brasília, 2001. FALEIRO, Ellen de Souza. *Se queres a paz, prepara-te para a guerra: das unidades de polícia pacificadora ao direito penal do inimigo*. 2013. 94f. Monografia (Bacharelado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

FRANCO, Caroline da Rocha; NOGUEIRA, Diego. Felicidade mensurável e Justiça no Utilitarismo. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, Felicidade e Justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008. GOMES, Patrick Mariano. A solidariedade como antídoto ao autoritarismo. *Empório do direito*, abr. 2015. Disponível em: <<http://emporiiododireito.com.br/a-solidariedade-como-antidoto-ao-autoritarismo-por-patrick-mariano-gomes/>>. Acesso em: 12 abr. 2015.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIPOVETSKY, Gilles. *O império efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas*. Trad. Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOPES JÚNIOR, Aury. Violência urbana e tolerância zero: Verdades e mentira. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, II, n. 5, maio 2001. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5805>. Acesso em: 1 jun. 2015.

LORENZETTO, Bruno Menezes. *O silêncio das sereias: Tempo, Direito e violência na modernidade*. 2010. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2010.

MEDEIROS, Mateus Afonso. A desmilitarização das polícias e a legislação ordinária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 42, n. 165, jan./mar. 2005.

MENDES, Conrado Hübner. *Reféns do Bolsonarismo*. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/refens-do-bolsonarismo>>. Acesso em: 11 abr. 2015.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de; KULAITIS, Letícia Figueira Moutinho. *Controle social perverso e a policialização das políticas públicas: o caso da Segurança com Cidadania* [no prelo, versão provisória cedida pelos autores].

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *O Largo da (Des)Ordem*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=8>. Acesso em: 29 maio 2015.

MORAES, Pedro Rodolfo Bodê de. *Em defesa do Estado ou da sociedade*. Disponível em: <http://www.ninc.com.br/coluna-especial-detail.php?id_coluna=13>. Acesso em: 1 maio 2014.

MOUTINHO, Lídia Clément Figueira Moutinho. O papel do Estado na superação dos estigmas. *Rev. TRT*, 9. Rev. Curitiba, v. 27, n. 1, jan./jun. 2002.

RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. Tradução Almiro Pisetta e Lenita Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

ROXIN, Claus. *Política criminal e sistema jurídico-penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

RUBIN, Daniel Sperb. *Janelas quebradas, tolerância zero e criminalidade*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3730>>. Acesso em: 18 abr. 2015.

SÁ, Priscilla Placha. *Mal-estar de arquivo: a polícias como arquivistas do Soberano*. 2013. 365f. Tese (Doutorado em Direito) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2013.

SANDEL, Michael. *O que o dinheiro não compra: os limites morais do mercado*. Tradução Clóvis Marques. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SENNETT, Richard. *Autoridade*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Record, 2001.

SKOLNICK, Jerome. *Justice without a trial*. New York: Macmillan, 1994.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Tolerância zero. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, p. 165-176, out. 2009.

SOARES, Luiz Eduardo. Segurança Pública: presente e futuro. *Estudos Avançados*, v. 20, n. 56, 2006.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Mello. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria dos Estados Unidos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WEBER, Max. A política como vocação. In: GERTH, H. H.; MILLS, C. Wright (Orgs.). *Max Weber: Ensaios de Sociologia*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1967.

Restrições às liberdades do imigrante e a injustiça institucional

ÉRICO PRADO KLEIN

Pós-Graduado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar.
Membro da Comissão de Direitos dos Refugiados e Migrantes OAB/PR.
Advogado.

PEDRO HENRIQUE GALLOTTI KENICKE

Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná.
Advogado.

Sumário: 1. A necessidade de se pensar uma nova integração do imigrante no Brasil. 2. O discrímen constitucional do estrangeiro e o autoritarismo da Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro). 3. A livre locomoção no território nacional e a liberdade de escolha para residir. 4. A questão do emprego e a liberdade de escolha do trabalho. 5. A liberdade de participação política. 6. As liberdades do imigrante e a política migratória no Brasil: questões a serem repensadas.

1. A necessidade de se pensar uma nova integração do imigrante no Brasil

A questão dos imigrantes voltou à tona no Brasil. Renovada por um fluxo intenso de imigrantes que inicialmente advinha de países latino-americanos, e desde 2012, com imigrantes do Haiti e de diversos países africanos, para quem o Brasil, via de regra, concede refúgio e visto humanitário,¹ e mesmo de países mais desenvolvidos, a migração internacional passa a

¹ Houve, de 2000 a 2010, segundo dados do CENSO 2010, aumento de 86,7% de pessoas vindas do exterior residir no país dentre estrangeiros e brasileiros ("migrantes de retorno") (Dados disponíveis em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-e-deslocamento>>. Acesso em: maio 2015). A tendência é, segundo estudos da Organização das Nações Unidas (ONU), que a mobilidade internacional aumente consideravelmente: "Com o crescimento contínuo das migrações internacionais anuais — de 70 milhões de pessoas por ano estimados há quatro décadas para mais de 200 milhões registrados atualmente e provenientes do Sul na sua maioria — aumenta a necessidade de dispor de regras que protejam os direitos dos migrantes e proporcionem normas acordadas a nível internacional para o fluxo de migrantes entre países de origem e de acolhimento" (PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. New York: PNUD, 2013. p. 112). Sobre os imigrantes haitianos "A 12 de janeiro de 2012, O CNIG decidiu criar um visto especial para os haitianos denominado 'Visto Humanitário'. Este visto pode ser emitido aos haitianos que vivem no Haiti e não tenham antecedentes criminais. Não há requisitos a respeito de titulação acadêmica ou profissional, ou a existência de um contrato de trabalho prévio. O visto é válido por cinco anos, depois dos quais os haitianos terão que demonstrar que têm meios

influenciar fortemente as decisões políticas de diversos entes federativos, a desviar a atenção para a formulação de políticas públicas que possam abarcar esses novos contingentes de homens e mulheres que se estabelecem na sociedade brasileira.

As dificuldades de acolhimento aos imigrantes, assim como a burocracia no processo de concessão dos vistos, que gera precariedade e violação de seus direitos, acarreta restrições aos direitos humanos e às liberdades do imigrante. A isso se soma o modo, cada vez mais comum, de como se entende os estrangeiros, especialmente os mais vulneráveis, como estranhos. São vistos como um inimigo, um “outro” diferente do nacional, principalmente no discurso dos partidos conservadores, conforme tem demonstrado a experiência europeia.²

Os problemas advindos de tal fluxo têm de ser solucionados também pelo Direito, visando à criação de uma situação de justiça que abranja os imigrantes e que amplie suas liberdades, para que lhes seja viabilizada uma vida provida dos direitos fundamentais que permitam sua realização como seres humanos. Afinal, até onde se estende a liberdade de ir e vir, de escolher onde residir, de escolher onde trabalhar e de poder participar do debate político no Brasil com direito a voto em determinadas instâncias? E qual a justificativa para se retirar direitos essenciais de um imigrante, residente ou temporário, principalmente no mundo globalizado e fragmentado?

Desse modo, pretende-se tratar de algumas liberdades que afetam questões do dia a dia do imigrante, mas, também, das medidas envolvidas no esforço de sua justa integração institucional. São as liberdades de locomoção, políticas e referentes ao trabalho que devem ser ressaltadas. Visa-se a analisar, mais propriamente, a liberdade de escolha e das condições de trabalho, a liberdade de escolha para residir, que integra a ampla liberdade de locomoção, bem como o panorama das liberdades políticas, em especial o direito ao voto do imigrante. São dificuldades provenientes do estado da arte da legislação brasileira, do tratamento discriminatório de alguns dispositivos constitucionais, em clara contradição aos direitos fundamentais e da situação social dos imigrantes no Brasil.

É necessário ressaltar que as preocupações se voltam parcialmente para a forma como o trabalho do migrante vem sendo tratado em diversos locais, inclusive já em anteriores experiências no Brasil. Entende-se que, geralmente, o imigrante é explorado para atividades majoritariamente braçais e tidas como inferiores, sendo utilizado por ser mão de obra barata que vem, por vezes, exclusivamente para realizar trabalho certo e determinado e, por vezes, irregular.³

de subsistência no Brasil”. ALMEIDA, Paulo Sergio de. *La política de migraciones brasileña y la migración haitiana a Brasil*. Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/migration-policy-and-research/migration-policy-1/migration-policy-practice/issues/october-november-2012/la-politica-de-migraciones-brasi.html>>. Acesso em: mai. 2015. ACNUR. *Dados sobre refúgio no Brasil*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>> Acesso em: maio 2015.

² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 153-156; p. 182-183.

³ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 25-26.

Já no campo da participação política, sustenta-se que o imigrante, como parte de sua integração ao novo local de habitação, deve poder ter o direito, ao menos, ao voto municipal, para que tenha influência na política local, mais próxima dele, o que lhe faz sentir parte da comunidade em que habita. Quanto à liberdade de escolha para residir, o assunto é acerca da limitação imposta por leis autoritárias que mantêm o imigrante em constante vigilância dentro do território brasileiro, em clara discriminação se comparado à situação do nacional.

Tratar-se-á desses temas sob a perspectiva da alteração de paradigma legislativo, com a substituição do Estatuto do Estrangeiro, redigido nos fins do regime civil-militar e influenciado pela doutrina da segurança nacional, que tomou o imigrante como inimigo e burocratizou, ainda mais, o processo de concessão do visto, restringindo expressamente direitos. Também se tratará do *discrimen* constitucional quanto à condição jurídica do estrangeiro, remetendo à discussão da alteração constitucional. Essas análises serão permeadas pelo pano de fundo da situação social do imigrante no Brasil: (a) o grande número dos imigrantes recentemente vindos ao Brasil e que se mantêm irregulares perante o Estado por causa da demora da emissão de vistos; (b) a situação de pobreza e desqualificação profissional dos imigrantes; (c) as diferenças culturais e mesmo de aparência entre imigrantes e nacionais, o que leva a aumentar os casos de racismo e xenofobia; (d) a crise econômica que acomete o país e “as incertezas a respeito do lugar que o país ocupará na dinâmica internacional”.⁴

É preciso que tais incertezas e inseguranças deem lugar a um país respeitador da normativa internacional dos direitos humanos e que possa efetivar a Constituição para os estrangeiros. Isso porque, segundo Tzvetan Todorov, para evitar a desculturação do estrangeiro, uma vez que “cada indivíduo precisa receber certo reconhecimento social para poder sentir-se existindo”,⁵ o país deve integrá-lo à sociedade receptora, porque o farão tanto melhor quanto mais sua presença for regularizada. Mas, para que isso aconteça, é preciso que o Estado permita o desenvolvimento das liberdades do imigrante, por meio da potencialização de suas capacidades, o que só poderá ser feito a partir da renovação da política migratória no país e da possível alteração constitucional para a permissão de participação política.

2. O *discrimen* constitucional do estrangeiro e o autoritarismo da Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro)

A Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, amplamente conhecida como Estatuto do Estrangeiro, foi editada nos estertores do regime civil-militar brasileiro. À época de sua formulação legislativa, o Brasil estava sob o ordenamento jurídico regido pela Constituição Federal outorgada de 1967 e reescrita pela Emenda Constitucional n. 1 de 1969. A Constituição de

⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 26.

⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 182-183.

1967, e suas emendas posteriores, serviram até fins do governo de Ernesto Geisel (1974-1979), para incorporar, e com o fim precípua de legitimar, os Atos Institucionais editados desde o primeiro ano da ditadura instalada em 1964.

Note-se que o Congresso Nacional era parcialmente refém do Poder Executivo federal gerido por militares e civis simpatizantes do regime de exceção, pois em 13 de abril de 1977 foi editado um plano de reforma política para as eleições de 1978, por meio de emenda constitucional e decretos-lei. Denominado “Pacote de Abril”, o plano do governo tinha como função principal permitir a eleição indireta de Senadores da República para que fossem governistas e garantissem a maioria do governo no Senado, evitando novas perdas para a oposição que se fortalecia.

Desse modo, o Estado brasileiro vivia um período de exceção. Esse regime, quando foi instalado nos idos da década de 1960, teve como fundamento ideológico-político algo próprio do contexto geopolítico e histórico da Guerra Fria, especialmente em países do hemisfério ocidental liderados pela superpotência capitalista, os Estados Unidos da América (EUA). Essa base de pensamento foi denominada doutrina da segurança nacional. Tal subsídio intelectual, formulado na Escola Superior de Guerra (ESG), criada em 1949, foi uma das razões que levaram os militares brasileiros a provocar o golpe contra o governo de João Goulart e a manter um discurso de ordem, de medo e de ufanismo nos cidadãos durante o regime, o que facilitou a construção de uma lei restritiva de direitos dos imigrantes.⁶

A antiga doutrina da segurança nacional teve como pressuposto a limitação das liberdades dos cidadãos de forma que o medo se instalasse e que cada indivíduo fiscalizasse, ou delatasse, a atuação do outro. Ela trabalhava com fronteiras ideológicas, isto é, “um tipo de fronteira que não separa um Estado-nação de outro Estado-nação, mas uma parte do povo de outra parte do povo, no interior da Nação.” Desse modo, funda-se a guerra psicológica, ou guerra total, na qual “aniquilar moralmente o inimigo e separá-lo dos demais cidadãos” é o objetivo, ao tempo em que constrói estratégias para defender o projeto político a ser implementado pela doutrina.⁷

Nilson Borges sintetiza o objetivo geral da doutrina de segurança nacional, e como ela foi utilizada no Brasil até o final do regime civil-militar: ao vincular segurança externa à segurança interna, aqueles que formularam a Doutrina da Segurança Nacional no Brasil construíram “a concepção de que o inimigo interno está infiltrado em toda a sociedade brasileira, agindo organizadamente para tomar o poder e, assim, transformar o Brasil numa República totalitária”.⁸ Fala-se de um inimigo interno, contrário aos “*ideais revolucioná-*

⁶ BORGES, Nilson. A doutrina da segurança nacional e os governos militares. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Coords.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura – regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. I. 4*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

⁷ BORGES, Nilson. A doutrina da segurança nacional e os governos militares. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Coords.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura – regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. I. 4*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 27-28.

⁸ BORGES, Nilson. A doutrina da segurança nacional e os governos militares. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Coords.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura – regime militar e movimentos sociais em fins do século XX. I. 4*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 36-37.

rios”, em referência à revolução que instaurou a ditadura civil-militar, este estaria apoiado por forças externas (comunismo internacional), em um suposto plano que coloca em risco a segurança nacional, assim como o próprio desenvolvimento da nação em seu mais amplo viés de análise.⁹

Ademais, tendo esse contexto de segurança extrema e arbitrária como pano de fundo, é preciso lembrar que o Estatuto do Estrangeiro também recompilou normas sobre imigração editadas no governo autoritário de Getúlio Vargas. Nesse momento, a Constituição de 1937 estabelecia, em seu artigo 151, um sistema de cotas que limitava a entrada de imigrantes a 2% “sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos”. Inobstante essa limitação, os Decretos-Lei n. 406, de 04.05.1938 e 7.967, de 18.09.1945, atualizados depois pelo Decreto-Lei n. 941, de 18.10.1969, já no regime civil-militar,¹⁰ condicionaram a entrada dos imigrantes “à necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia, assim como colocou sob proteção a defesa do trabalhador nacional, disciplinando a corrente migratória segundo um sistema de cotas”.¹¹

Assim, como uma norma infraconstitucional, a Lei n. 6.815, que carrega alta carga de autoritarismo de governos ditatoriais anteriores, tem vigência, ainda hoje, após o reestabelecimento da ordem democrática que tem como marco fundamental a Constituição Federal de 1988?

Deve-se buscar a resposta nos resquícios dessa ideologia autoritária que permaneceram sob forma discriminatória na própria Constituição.¹² Sabe-se que a mudança de mentalidade institucional de um Estado demora a ser desconstruída, e isso começou a ser feito no Brasil a partir da redemocratização que dá início à Quarta (ou Nova) República em 1985. Foram práticas como, por exemplo, assinar e/ou ratificar tratados relativos aos direitos humanos, à proteção do meio ambiente e da biodiversidade; internalizar e regulamentar convenções e o estatuto sobre refugiados; ratificar a convenção contra a tortura e a pena de

⁹ BORGES, Nilson. A doutrina da segurança nacional e os governos militares. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (Coords.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura – regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. I. 4, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004. p. 36-37.

¹⁰ O Decreto-Lei n. 941 foi editado pela junta governativa militar provisória que governou o Brasil após o Presidente Costa e Silva ter sofrido um derrame cerebral que lhe impossibilitou continuar governando. Essa junta militar foi a mesma que, alguns dias depois do Decreto-Lei n. 941 ser editado, promulgou a Emenda Constitucional n. 1/1969 que reescreveu a Constituição de 1967. O Decreto-Lei n. 941, portanto, decorreu da fundamentação jurídica dos atos institucionais 5, de 1968, e 12, de 1969, isto é, baseou-se estritamente em atos normativos de exceção.

¹¹ CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 73.

¹² Também porque o contexto internacional e geopolítico interno do Brasil nas décadas de 1980 e 1990 não favoreceram a mudança de atitude para com os imigrantes. Nesse momento, era preferível, e mais urgente, conforme o interesse nacional, lutar pela efetivação dos direitos humanos dos brasileiros emigrados em países desenvolvidos do que repensar a condição jurídico-constitucional do estrangeiro no Brasil. Com o aumento do influxo de estrangeiros para o país nos idos do século XXI exigiu que o Estado revisse sua atuação e voltasse a dar atenção política à pequena parcela de estrangeiros residentes. O aumento de estudos e projetos legislativos referentes aos imigrantes no Congresso Nacional é um dos exemplos dessa mudança de atitude institucional. Tais considerações foram levantadas por Leonardo Cavalcanti da Silva, coordenador do Observatório das Migrações Internacionais” em palestra intitulada “Política migratória” organizada pelos Programas de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal do Paraná no dia 27 de abril de 2015.

morte; ter participação em conferências sobre desenvolvimento humano e sobre compromissos com a democracia.

O Brasil tirava, entre 1985 e 2000, o “atraso” para com a proteção institucional dos seus cidadãos e demonstrava ter se tornado uma democracia após ter saído de uma ditadura opaca e autoritária. A esse conjunto de ações internas e internacionais, Gelson Fonseca Junior deu o nome de “renovação de credenciais”,¹³ o que permitiu ao país projetar-se como uma república renovada e comprometida com o bem-estar e o desenvolvimento humano de sua nação. Contudo, como se verá, isso ainda não ocorreu com a regulamentação infraconstitucional relativa aos imigrantes e com determinados dispositivos constitucionais.

A Constituição Federal estabelece, como Deisy Ventura afirma, um *discrimen* relativo aos estrangeiros, no qual o art. 12 dispõe sobre os critérios de distinção entre o nacional e o imigrante.¹⁴ Por todo o texto constitucional há essa ideia de discriminação. Isso é visto, por exemplo, também no art. 14, §2º e §3º, I, em que o estrangeiro não tem capacidade política para votar e ser votado.¹⁵ Mas o principal problema é a não efetivação de direitos dos imigrantes no Brasil, regidos pela normativa constitucional, quando é necessária a aplicação da lei infraconstitucional para que sejam efetivados e aplicados.¹⁶ Assim, segundo a autora, os critérios de diferenciação do art. 12 são condições que “engendram as principais consequências restritivas desta discriminação no plano constitucional; leis, regulamentos e outros atos normativos - além da cultura institucional brasileira, marcada pelo autoritarismo e pela exclusão, que acarreta uma interpretação restritiva dos direitos consagrados pelas normas - encarregar-se-ão das demais”.¹⁷

Desse modo, comprova-se a incompatibilidade com a Constituição e com os tratados de direitos humanos de uma legislação autoritária que não consegue fazer frente à efetivação dos direitos de cidadania, dos direitos humanos dos estrangeiros no território nacional. Sua vigência estabelece a instabilidade jurídica e institucional para as relações sociais dos imigrantes, causando-lhes restrições às liberdades e reduzindo suas capacidades de escolha, de atuação.¹⁸ Isto é, o Brasil não conseguiu refazer sua legislação para atender aos direitos de uma camada cada vez mais crescente de sua população.

¹³ FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

¹⁴ VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324.

¹⁵ Art. 14 [...] § 2º Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar obrigatório, os conscritos. § 3º São condições de elegibilidade, na forma da lei: I - a nacionalidade brasileira;

¹⁶ Os direitos referidos são, por exemplo, aqueles veiculados pelos dispositivos constitucionais: do inciso XV, do art. 5º (direito de locomoção); do inciso I, do art. 37 (cargos, empregos e funções públicas); e do §1º, do art. 207 (docentes e cientistas estrangeiros).

¹⁷ VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324.

¹⁸ Segundo Amartya Sen, o conceito de *capacidades* provém da essência da Justiça, pois ela “não repousa nem sobre a igualdade de meios (direitos e recursos), nem sobre a igualdade de resultados (nível de bem estar), mas sobre a igual *capacidade* dos indivíduos de fazer com os meios os resultados que reclamam a sua concepção de vida”. (GÉNÈREUX, Jacques. *Les vrais lois de l'économie*. Paris: Points, 2014, p. 116-117. CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2.ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 161). Ainda, conforme Sen, a “capacidade é, portanto,

Por isso que, para evitar os constrangimentos da lei calcada na ideologia autoritária do regime civil-militar, o Estado tem editado resoluções e portarias, por meio do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) e do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), “com intuito de resolver situações objetivas derivadas do anacronismo da lei, gerando a convivência entre normas de conteúdo incompatível e hierarquia diversa”¹⁹, isto é, com a pretensão de diminuir a clandestinidade que assola o país que adota uma política migratória restritiva simbolizada pelo seu instrumento legal veiculador. Como afirma Ventura, “[q]uanto mais o Estado dificulta a entrada regular de migrantes, mais ele favorece as redes de tráfico de pessoas e dá lugar à corrupção. Os muros, físicos ou jurídicos, é que fazem os ‘coiotes’ - modo pelo qual são chamados os ‘passadores’ de seres humanos, que organizam o cruzamento ilegal pelas fronteiras”²⁰.

Este ensaio descreve, portanto, a limitação pelo qual o Estado brasileiro passa, porque, até o momento, não compatibilizou a lei que dispõe sobre a situação jurídica do estrangeiro com a Constituição de 1988. Essa mesma lei denega direitos, como: a liberdade de locomoção, a liberdade de escolha do trabalho e a liberdade de exercer direitos políticos, estabelecendo a injustiça institucional.

3. A livre locomoção no território nacional e a liberdade de escolha para residir

O direito à livre locomoção no Brasil é garantido pelo inciso XV, do art. 5º da Constituição, que dispõe: “é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens». Esse direito exige, por conseguinte, a regulamentação por meio de lei ordinária. O mesmo dispositivo estava presente nas Constituições brasileiras anteriores, com exceção da Constituição de 1937. Entretanto tal previsão só começou a exigir a regulamentação por lei a partir da Constituição de 1934.²¹ Como os direitos dos nacionais também são garantidos aos estrangeiros por designação expressa do *caput* do mesmo art. 5º,²² também a eles é preciso uma lei que regule sua livre locomoção no território nacional. Essa lei é o Estatuto do

um conjunto de vetores de funcionamentos, refletindo a liberdade da pessoa para levar um tipo de vida ou outro.” As capacidades refletem, desse modo, “no espaço de funcionamentos, a liberdade da pessoa para escolher dentre vidas possíveis”. (SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2012, p. 80). Durante todo o ensaio, utilizar-se-á a noção de “capacidades” de Amartya Sen para sustentar a posição de que o agir liberto do imigrante no Brasil, para atuar de forma a buscar seu bem-estar, está sendo limitado por uma lei autoritária e uma normativa constitucional contraditória aos princípios democráticos e de direitos humanos em que se sustenta, no que concerne às liberdades da escolha de residir, na liberdade do trabalho e na liberdade de participação política.

¹⁹ VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 329.

²⁰ VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre (Org.). *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 332.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 487.

²² “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 [...]”

Estrangeiro.²³ “A titularidade do direito, portanto, é universal, o que pode ser creditado à relevância da liberdade de locomoção para o exercício das liberdades em geral e para a própria dignidade da pessoa humana”, sustenta Sarlet.²⁴ Contudo, de acordo com o que se propõe neste ensaio, a Lei n. 6.815 não atende às expectativas de livre circulação do imigrante no Brasil porque limita sua liberdade de escolha para residir conforme as exigências burocráticas do Ministério da Justiça.

Segundo José Afonso da Silva, a liberdade da pessoa física constitui-se na liberdade de locomoção e na liberdade de circulação que é “manifestação especial daquela”.²⁵ Wilson Steinmetz aduz que “o direito à liberdade de locomoção é pressuposto para a realização concreta de outros direitos fundamentais, sobretudo para os direitos fundamentais ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII)”²⁶, mas, também, o direito de propriedade, o direito ao livre exercício de qualquer atividade econômica, o direito à reunião, e o direito à liberdade de associação etc.²⁷

Em primeiro momento, é uma liberdade em sentido negativo, pois é de defesa contra o Estado, no qual as ações da pessoa são protegidas na forma de direitos independentes como o de locomoção interna, o direito de fixação de residência, temporária ou permanente, o direito de emigrar e o direito de regressar, e o direito à livre circulação dos bens. Exige também uma prestação positiva do Estado no caso de “ameaça de terceiros (indivíduos, organizações privadas e Estados estrangeiros)” para que se garanta a circulação desimpedida no território.

Isto é, exige-se do Estado prestações relativas a outros direitos fundamentais, como direito à segurança, antes exemplificado²⁸, e também a garantia do procedimento burocrático para a livre locomoção em vias públicas ou livre desimpedimento, físico ou moral, para a residência em qualquer ente da federação. Dessa maneira, a liberdade de locomoção divide-se, no Brasil, em ter o direito de ir e vir (viajar e migrar) no território nacional e ter a garantia de entrar, permanecer e sair com seus bens do território brasileiro, sem a necessidade de au-

²³ STEINMETZ, Wilson. Comentário ao art. 5º, XV, da CF. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303.

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 490.

²⁵ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 237. Para ele, liberdade de circulação “consiste na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público”. (p. 239).

²⁶ STEINMETZ, Wilson. Comentário ao art. 5º, XV, da CF. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 303.

²⁷ Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, o dispositivo do art. 5º, XV, “consagra, no plano do direito constitucional positivo brasileiro, uma das mais elementares e importantes liberdades individuais, que representa, além disso, uma manifestação essencial da liberdade geral assegurada pela Constituição Federal a qualquer pessoa (art. 5º, *caput*). A sua relevância para o exercício da liberdade pessoal (e para os demais direitos fundamentais) é de tal ordem que, mesmo se não houvesse disposição constitucional expressa que a garantisse como direito fundamental, a liberdade de ir e vir [...] estaria abarcada pelo âmbito de proteção do direito geral de liberdade que [...] opera como cláusula geral e de abertura para o sistema das liberdades fundamentais.” (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 488).

²⁸ STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esboço de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 83, abr. 2013. p. 164.

torização, o que remete ao conceito amplo de liberdade de locomoção entendido por grande parte da doutrina brasileira que escreve sobre o assunto.²⁹

O direito de ir e vir tem restrições impostas por condições previstas na Constituição. Ele é universalmente exercido somente *em tempo de paz*. Seria um regramento geral que não abarcaria exceções das hipóteses de guerra. Ingo Sarlet entende, porém, que a liberdade de locomoção não deixa de existir, mesmo que em caso de guerra, embora seu exercício deva ser limitado mais intensamente e se tornar “até mesmo faticamente inviabilizado”. “De qualquer modo, assim como em tempo de paz, o Poder Público poderá sempre autorizar a livre locomoção em território nacional e até mesmo a entrada e saída do país durante a ocorrência de um conflito armado”³⁰.

Há, ademais, o caso de estado de sítio, previsto no artigo 139, I, II, IV da Constituição. Nessas situações, ainda que a Constituição autorize medidas de intervenção na liberdade de ir e vir dos indivíduos, como obrigação de permanência em localidade determinada, a detenção em edifício não destinado a acusados ou condenados por crimes comuns, ou a suspensão da liberdade de reunião, não se prevê, entretanto, “a completa suspensão da liberdade de locomoção.”³¹

Conforme os doutrinadores, todas essas limitações se impõem quando haja estado de guerra ou de sítio no país, e não em tempo de paz. Nesse sentido, há quem sustente que, para o estrangeiro, existem exceções dentro dessa liberdade no tratamento constitucional. Entretanto, como se viu, as regulações do estrangeiro, em relação à sua liberdade de locomoção, estão presentes no Estatuto do Estrangeiro, pois a Constituição reserva à lei específica esse tratamento. Para esses autores, que confundem o regime constitucional com a dicção dos dispositivos autoritários da Lei n. 6.815/1980, ainda que não haja discriminação de direitos fundamentais entre o estrangeiro e o nacional brasileiro (art. 5º, *caput*), e que se tenha como princípio fundamental das relações internacionais do país a *prevalência dos direitos humanos* (art. 4º, II), esses limites à liberdade de locomoção do estrangeiro seriam constitucionais porque o Estatuto foi recepcionado pela ordem constitucional vigente. Não é o que se sustenta aqui, contudo.

Segundo Ingo Sarlet, “embora seja ele [o estrangeiro] titular da liberdade de locomoção, encontra-se submetido a um status jurídico em parte diferenciado também quanto à sua liberdade de ir e vir e de fixar residência e atuar profissionalmente, mas isso diz respeito essencialmente aos limites da liberdade de locomoção, não excluindo sua titularidade propriamente dita”.³² Também Yussef Said Cahali faz um percurso argumentativo para sustentar

²⁹ Nesse sentido, SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 238; TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 652-653; CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2014. p. 541.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 490-491.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 491; e, também, TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 654.

³² SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 492.

a discricionariedade do Estado, e assim a constitucionalidade de seus atos, para limitar a liberdade do estrangeiro em solo brasileiro. Segundo ele,

[...] os Estados, ainda que de ordinário adotem o *sistema da igualdade*, estabelecem numerosas restrições à regra geral, de modo que a equiparação dos estrangeiros aos nacionais não é completa [...]. Tal acontece com o direito brasileiro, onde várias leis, por motivos óbvios, que entendem a segurança nacional e a defesa do Estado, com a ordem econômica e de educação e cultura, recusam ao estrangeiro o gozo de certos direitos [...].³³

Interessante ressaltar que a doutrina menciona que a igualdade entre nacionais e estrangeiros não seria, portanto, plena, mas apenas para direitos que sejam considerados, por determinada perspectiva, elementares de vida, liberdade, família e propriedade. Desse ponto de vista, a suposta igualdade que, consta na Constituição sem restrições aparentes, poderia sofrer limitações, conseqüentemente significando perdas em direitos para os imigrantes, em prol de conveniências do Estado Nacional.³⁴

Ao consultar o Estatuto do Estrangeiro e seu regulamento executivo, o Decreto n. 86.715, de 10.12.1981, percebe-se que a livre locomoção do estrangeiro no Brasil não é atendida plenamente, especialmente no que concerne à liberdade de escolha ao residir. No art. 102, da Lei n. 6.815/1980, lê-se: “O estrangeiro registrado é obrigado a comunicar ao Ministério da Justiça a mudança do seu domicílio ou residência, devendo fazê-lo nos 30 (trinta) dias imediatamente seguintes à sua efetivação.” As mesmas previsões encontram-se no regulamento do Estatuto em seus artigos 81, e parágrafos, e 114.³⁵ Assim, quando se trata do regramento geral, isto é, quando o Brasil passa por *tempo de paz*, as condições do Estatuto representam situações paradoxais para com a condição jurídica de igual do imigrante.

Tais fatos são provenientes da noção já exposta sobre a doutrina da segurança nacional e sua influência no processo de edição legislativa do Estatuto do Estrangeiro. A ideia de guerra total da doutrina induz ao conflito constante com “inimigos” distintos dos nacionais que devem ser fiscalizados e suas ações acompanhadas de perto pelo Estado. Esse “outro” deve ser vigiado para que não ameace “a sobrevivência da nação”, um objetivo pelo qual busca a segurança nacional. Essa “sobrevivência” decorre de suas instituições políticas,

³³ CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 365.

³⁴ CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 365.

³⁵ “Art. 81 - O estrangeiro registrado é obrigado a comunicar ao Departamento de Polícia Federal a mudança do seu domicílio ou da sua residência, nos trinta dias imediatamente seguintes à sua efetivação. § 1º - A comunicação poderá ser feita pessoalmente ou pelo correio, com aviso de recebimento, e dela deverão constar obrigatoriamente o nome do estrangeiro, o número do documento de identidade e o lugar onde foi emitido, acompanhada de comprovante da nova residência ou domicílio. § 2º - Quando a mudança de residência ou de domicílio se efetuar de uma para outra Unidade da Federação, a comunicação será feita pessoalmente ao órgão do Departamento de Polícia Federal, do local da nova residência ou novo domicílio. § 3º - Ocorrendo a hipótese prevista no parágrafo anterior, o órgão que receber a comunicação requisitará cópia do registro respectivo, para processamento da inscrição do estrangeiro e informará ao que procedeu ao registro os fatos posteriores ocorridos.” e “Art. 114 - O estrangeiro registrado é obrigado a comunicar ao Departamento de Polícia Federal a mudança de seu domicílio ou residência, observado o disposto no artigo 81”.

suas crenças, sua religião etc. o que exige indeterminações conceituais para poder responder a qualquer ameaça.

À época do regime civil-militar, o principal inimigo era o opositor do regime. Se este fosse nacional, a operacionalidade da doutrina o tornava distinto; se fosse estrangeiro, era preciso vigiá-lo para ter a certeza de que não era comunista – linha de pensamento político contrário aos princípios ocidentais nos quais o regime se fundava.³⁶ Dessa maneira, a “segurança nacional é a força do Estado presente em todos os lugares em que haja suspeita do fantasma do comunismo. [...] Seria difícil compreender esse conceito fora do contexto da guerra generalizada, da guerra fria e da guerra revolucionária que o viram nascer”.³⁷

É nesse contexto que, sustenta-se, foi editada a Lei do Estrangeiro com suas limitações à liberdade de escolha para residir do imigrante. Para se fazer uma simples comparação, nenhum brasileiro, nato ou naturalizado, é obrigado a informar à Polícia Federal quando se muda e altera, conseqüentemente, sua residência no Brasil. Por que, para o estrangeiro, essa regra é imposta se, assim como o brasileiro, ele detém todos os direitos e garantias fundamentais efetivados pela Constituição quando esta não estabelece diferenciação? Não há determinação judicial para tanto, e não há motivo aparente para que o Estado saiba da mudança de localização do estrangeiro a menos que queira vigiá-lo sobre possíveis ameaças que venha trazer à ordem jurídico-social do país. Percebe-se que a lei mantém institutos derivados do contexto autoritário da Administração Pública, conquanto incompatível com a Constituição Federal e a ordem internacional da proteção aos direitos humanos, o que pode ser exercido pelos departamentos do Ministério da Justiça, como a Polícia Federal, e do Ministério do Trabalho e Emprego, como se discutirá adiante, porque veiculada por lei especial.

Veja-se, por exemplo, que a Convenção Interamericana de Havana sobre a Condição dos Estrangeiros de 1928, promulgada pelo Decreto n. 18.956, de 22.10.1929, reconhece em seu art. 5º as mesmas garantias individuais dos nacionais aos estrangeiros domiciliados ou de passagem, juntamente com o gozo dos direitos civis essenciais. O mesmo dispositivo ressalta, entretanto, que o estrangeiro deve atender às prescrições legais relativas à extensão e modalidades do exercício dos ditos direitos e garantias. De certo modo, isso significa que o Estado pode e deve regulamentar as exceções, conforme sua conveniência, ao exercício dos direitos do estrangeiro garantidos pelos tratados e, no caso brasileiro, na Constituição. Disso não se pode duvidar ou questionar. O problema se impõe, no entanto, quando a liberdade

³⁶ Cabe aqui a nota de que a posição de quase alinhamento para com os EUA, em política externa, que fundamentou o posicionamento da segurança nacional interna em busca de um lado na disputa da Guerra Fria, variou conforme os governos militares do regime. Essa posição é mais clara nos idos do regime, com o governo de Castello Branco, mas vai ser modificada intensamente no governo de Geisel, principalmente com a atuação de Azeredo da Silveira, seu Chanceler. Nesse momento, por exemplo, o Brasil reconhece a independência de Angola e Moçambique, países com governos socialistas declarados. Entretanto, essa atuação retórica permanece fora dos limites territoriais do Brasil, sendo, ainda, o opositores ao regime brasileiro, em especial os comunistas, considerados inimigos por ameaça à segurança nacional. Uma pesquisa detalhada sobre o período foi escrita por Matias Spektor em *Kissinger e o Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

³⁷ COMBLIN, Pe. Joseph. *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1978. p. 55.

de residir do estrangeiro torna-se limitada, porquanto o Estado determina a obrigação legal de comunicação toda vez que haja alteração no assentamento de endereço ao seu órgão de repressão, a polícia.

Por causa dessa situação levada a cabo por uma lei restritiva e ultrapassada, é necessário atentar-se para uma nova regulamentação da liberdade de locomoção que seja condizente com ordem democrática inaugurada em 1985. Não se está defendendo a completa liberalização das barreiras que o Estado pode impor à entrada e saída de imigrantes, ou sobre sua condição jurídica no Brasil. O objetivo é demonstrar que determinadas restrições, fundadas no conceito indeterminado da segurança nacional e da ordem pública, não têm mais razão de existir na vigência da Constituição de 1988 e da submissão do Brasil aos tratados de direitos humanos ratificados e promulgados nas décadas seguintes à promulgação da Constituição.

Só assim é possível exercitar as capacidades dos imigrantes aqui residentes, de forma que tenham a liberdade de escolha de onde querem viver, direito também concedido aos brasileiros. Ter capacidades é, conforme Amartya Sen, poder levar o tipo de vida que as pessoas valorizam, e essas capacidades “podem ser aumentadas pela política pública”,³⁸ o que se faz mais eficientemente quando a legislação, que é a diretriz das ações governamentais, está em consonância com a proteção dos direitos humanos. O que também deve ser lembrado, além da liberdade de locomoção e da escolha de residir, para as liberdades de escolha do trabalho e de participação política, ao menos em nível local, casos que se trabalhará a seguir.

4. A questão do emprego e a liberdade de escolha do trabalho

A questão do emprego entre os imigrantes no Brasil é das mais delicadas, uma vez que o ser humano passa boa parte do tempo útil trabalhando e, muitas vezes, o trabalho é um campo para a realização, pelo ser humano, dos seus fins individuais e um meio para sua inserção na sociedade em que vive. Neste ensaio, o que se verificará é que o pensamento da situação de forma global, quanto aos imigrantes e sua posição no mercado de trabalho, deve levar em consideração os imigrantes como seres humanos visando a um futuro de coerência, de inserção social e de um desenvolvimento inclusivo mais amplo que apenas o econômico.

O que se percebe nesse campo é que o trabalho do migrante vem sendo utilizado em áreas específicas que demandam menor qualificação profissional e, muitas vezes, tem inclusive sua vinda vinculada com a realização de determinado trabalho.³⁹ Como se não fosse o bastante, o imigrante pobre é tido como delinquente ou uma ameaça ao mercado de trabalho,

³⁸ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 32.

³⁹ O PARANÁ. Haitianos tentam sorte na construção civil de Cascavel. Disponível em: <<http://www.oparana.com.br/cidades/2012/01/haitianos-tentam-sorte-na-construcao-civil-de-cascavel/1181755/>>. Acesso em: maio 2015; LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 25-26.

no sentido de que tomaria para si as vagas dos nativos, embora estudos não deem respaldo a tal posição. Nesse sentido, países da Europa, bem como os Estados Unidos, passam a criminalizar a imigração, diabolizar o imigrante e cercear seus direitos, sob o discurso da proteção dos seus cidadãos nacionais.⁴⁰ O que se vê em escala mundial é que, em verdade, os imigrantes têm ocupado vagas em setores em que há demanda, sem gerar desemprego aos nacionais.

Em dados de 2013, acerca dos haitianos no Brasil com vínculo empregatício formal, mesmo que mais de 50% dos imigrantes tenham ao menos ensino fundamental completo e 32% tenham ensino médio completo, são 74,8% os migrantes que atuam como trabalhadores na produção de bens e serviços industriais. Se somados com trabalhadores dos serviços e vendedores do comércio em lojas e mercados, essa porcentagem chega a 92%.⁴¹ Isto é, resta claro que os empregos ocupados pelos imigrantes são, em sua esmagadora prevalência, empregos considerados inferiores pelos brasileiros em geral e que demandam pouca qualificação profissional.

Acrescente-se à situação os empregos informais que vêm sendo ocupados pelos imigrantes que, em situação de vulnerabilidade em uma terra desconhecida, se sujeitam a condições de trabalho, salário, habitação e alimentação extremamente precárias, buscando apenas a sobrevivência. Os migrantes trabalhadores informais, muitas vezes, estão irregulares no país, de forma que não poderiam buscar a justiça para garantir direitos trabalhistas até sob o risco de serem deportados, visto que, mesmo quando vítimas, são considerados culpados de sua posição de irregularidade e sofrem dificuldades para serem regularizados pelo Estado, sendo explorados em situações análogas à escravidão.⁴²

Ao menos em acórdão paradigmático⁴³, e que respeita Convenção das Nações Unidas sobre os Trabalhadores Migrantes, o Tribunal Superior do Trabalho reconheceu que a contratação do trabalho de imigrantes irregulares não pode ser tida como nula, visto que o trabalho foi prestado e o empregador tinha obrigação de se informar acerca da regularidade do imigrante, não podendo, posteriormente, alegar tal situação em seu benefício, porquanto assim se valeria de sua própria torpeza. Assim garante-se a aplicação da tese do “*contrato-realidade*”.⁴⁴ Importante pontuar, no entanto, que os direitos decorrentes do contrato de trabalho, principalmente relacionadas à seguridade, seriam pagos, é claro, apenas a posteriori, com o eventual reconhecimento judicial de tal dever do empregador.

Uma vez que a Lei n. 6.815/1980 tem como fim social a defesa do trabalhador nacio-

⁴⁰ VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>>. Acesso em: jun. 2015.

⁴¹ SILVA, Leonardo Cavalcanti da; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia. A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro. *Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais*, v. 1, Brasília, 2014. p. 59-60.

⁴² SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, out. 2009. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000131>>. Acesso em: maio 2015.

⁴³ Dados do acórdão citado: TST – RR 750.094/2001-21ª R. – 6ª T. – Rel. Min. Horácio Senna Pires – DJU 29.09.2006.

⁴⁴ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 583-585. Dados do acórdão citado: TST – RR 750.094/2001-21ª R. – 6ª T. – Rel. Min. Horácio Senna Pires – DJU 29.09.2006.

nal (art. 2º), medidas como a insegurança jurídica do trabalhador migrante no âmbito nacional são muito comuns, devendo a Justiça do Trabalho ser ativa na questão da defesa de seus direitos conforme estipula a ordem democrática e constitucional vigente. Como já se sustentou, o Estatuto do Estrangeiro fundou-se na doutrina da segurança nacional e na ideia ufanista do “Brasil potência” veiculada pelo regime ditatorial que existiu até 1985. O objetivo primordial do legislador desse momento, como dispõe o art. 2º, foi “prevenir-se contra o acesso indiscriminado de mão de obra, qualificada ou não, que viesse para competir com os nacionais” no mercado de trabalho.⁴⁵ Em uma eventual reforma do Estatuto do Estrangeiro, far-se-ia bem em deixar claro que a irregularidade migratória não afasta os direitos trabalhistas do imigrante, para evitar a discriminação no mercado de trabalho entre nacionais e imigrantes.⁴⁶

Assim, percebe-se que a irregularidade do imigrante no país é grande óbice para o exercício dos mais diversos direitos, inclusive trabalhistas, uma vez que, com o grande aumento do número de imigrantes vindos ao Brasil⁴⁷, principalmente haitianos e africanos, os órgãos responsáveis (como o Conselho Nacional de Imigração – CNIg e o Comitê Nacional para os Refugiados – Conare) acabam por se delongar na concessão dos pedidos.⁴⁸

Nesse sentido, é importante que haja maior atendimento na burocracia da imigração para favorecer a imigração legal e regular, assim reduzindo as chances de extrema vulnerabilização dos imigrantes e ressaltando um caráter positivo da imigração, com a maior facilidade de plena integração dos estrangeiros.⁴⁹ Isto é, os imigrantes recebidos devem ser acolhidos com as mínimas condições de legalidade e concessão de liberdades. Dessa forma, hoje, é essencial que se conceda vistos permanentes com celeridade, considerando o grande número de imigrantes irregulares que já estão em território nacional.⁵⁰

A 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes de São Paulo tratou da pauta do “Trabalho Decente” e ressaltou as desvantagens das restrições impostas pelo Estatuto do Estrangeiro à imigração que, em verdade, não impedem o fluxo, mas apenas deixam desguarneckidos os imigrantes e causam os problemas decorrentes do trabalho irregular. Ademais, quando há a possibilidade de regularização, os imigrantes encontram os entraves da burocracia quanto a documentos, prazos, legalizações e autenticações. Por fim, como se não bastasse, as carteiras de trabalho de imigrantes não vêm sendo expedidas de forma descentralizada,

⁴⁵ CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 76.

⁴⁶ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 587-590.

⁴⁷ EBC. Chega a 6 mil o número de haitianos que entraram no Brasil de forma irregular este ano. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/09/chega-a-6-mil-o-numero-de-haitianos-que-entraram-no-brasil-de-forma>>. Acesso em: maio 2015.

⁴⁸ BRASIL. Ministério da Justiça. *Refugiados*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/refugio/>>. Acesso em: maio 2015.

⁴⁹ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 603.

⁵⁰ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Ações do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) – Políticas Públicas para Migração – 2014*. Observatório das Migrações, 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/obmigra/home.htm>>. Acesso em: maio 2015.

como no caso dos nacionais, assim gerando demora adicional. Trata-se de casos em que as formalidades se colocam como óbice ao trabalho decente.⁵¹

De outro lado, vê-se ainda uma situação de concessão de vistos pensados em favor das empresas, priorizando mão de obra qualificada para atender a esses interesses em específico. Tendo em vista a legislação atual, o imigrante fica preso ao emprego que lhe justificou o visto, raramente podendo escolher outro trabalho nesse determinado período.⁵² Isso foi um mecanismo do legislador de 1980 para garantir que o imigrante não trocasse de mercado de trabalho e fosse congelado na posição que lhe garantiu o visto de permanência no Brasil. O objetivo central é, como se disse, a defesa do trabalhador nacional. Logo, nessa situação, o art. 101, da Lei n. 6.815, proíbe ao estrangeiro admitido com visto permanente (art. 18) a alteração de sua atividade profissional, ou de exercê-la fora da região para onde determinou seu visto.⁵³ São condições estabelecidas que devem ser mantidas por 5 (cinco) anos para que se mantenha o visto permanente.

Tal situação limita a liberdade de escolha do imigrante quanto ao seu trabalho, pois se precisar mudar de residência e, conseqüentemente, de trabalho, o imigrante deve comunicar, justificadamente, os motivos de sua mudança para evitar a perda de sua situação regular como imigrante permanente. Não há qualquer razão aparente que motive o Estado brasileiro a acompanhar de perto o imigrante, especialmente em uma democracia que garante e dá efetividade aos direitos fundamentais previstos na Constituição. Pode-se sustentar, ademais, que a continuação dessas exigências na lei especial do estrangeiro, fundamentadas na ideologia autoritária do regime civil-militar, viola o próprio *caput* do art. 5º da Constituição da República, visto que constitui diferenciação entre o tratamento dado aos imigrantes e o dado aos nacionais.⁵⁴

Interessante também observar a noção de que, diante de um aprofundamento da globalização no cenário mundial atual, há que se amenizar os conceitos de fronteiras e nacionalidades para conceder, cada vez mais, direitos de cidadão ao imigrante, propiciando a ele

⁵¹ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Documento Final da 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes de São Paulo*. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 2014, p. 59.

⁵² LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 579-580.

⁵³ Art. 101. O estrangeiro admitido na forma do artigo 18, ou do artigo 37, § 2º, para o desempenho de atividade profissional certa, e a fixação em região determinada, não poderá, dentro do prazo que lhe for fixado na oportunidade da concessão ou da transformação do visto, mudar de domicílio nem de atividade profissional, ou exercê-la fora daquela região, salvo em caso excepcional, mediante autorização prévia do Ministério da Justiça, ouvido o Ministério do Trabalho, quando necessário (Renumerado pela Lei n. 6.964, de 09/12/81).

⁵⁴ Como afirma Ingo Sarlet, "A distinção entre nacionais e estrangeiros tem como consequência a previsão, na Constituição e na legislação, de uma gama variada de diferenciações no que diz [respeito] com o regime jurídico dos estrangeiros em relação ao dos nacionais. Todavia, especialmente quando se trata de direitos e garantias fundamentais, a tendência dominante [e a de assegurar, também aos estrangeiros, um leque pelo menos mínimo de direitos. Nesse sentido, a previsão do *caput* do art. 5º da CF, no sentido de garantir tanto aos brasileiros quanto aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos do dispositivo constitucional, já revela que a Constituição Federal, quanto à titularidade dos direitos fundamentais, não estabelece, pelo menos não de modo generalizado (pois ela própria prevê exceções), a exclusão dos estrangeiros residentes. Um ponto particularmente importante aqui é que, mesmo com relação aos estrangeiros não residentes, não pode haver exclusão generalizada da proteção de direitos fundamentais [...]". (SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014).

os direitos humanos defendidos em tratados internacionais e na ordem jurídico-constitucional inaugurada pela Constituição de 1988, e não opor aqueles conceitos (de nacionalidade e fronteira) ao próprio exercício dos direitos humanos do imigrante.⁵⁵

Nesse sentido é que, ao buscar promover a progressiva integração do imigrante, deve-se articular sua inserção no mercado de trabalho com as devidas garantias, regularidade e segurança jurídicas. Pode-se pensar também em facilitar o acesso à qualificação, para que ele possa passar a realizar trabalhos de maior complexidade técnica necessários no país, assim contribuindo para sua realização pessoal, por meio do desenvolvimento de suas capacidades, bem como para a composição da mão de obra no mercado de trabalho brasileiro. Tal qualificação tem claras bases na educação, iniciando-se pelo ensino da língua nativa de forma gratuita,⁵⁶ obrigatória,⁵⁷ bem como a inserção no ensino regular, com a consequente formação de uma memória cultural comum, o que intensificará o sentimento de pertencimento do imigrante.⁵⁸

A uma noção aqui já mencionada de (a) favorecimento da migração legal, se somam outras que embasaram o *Compromisso de Montevidéu sobre Migrações e Desenvolvimento*,⁵⁹ quais sejam as de (b) consideração da imigração quanto às suas causas e efeitos, que busca alterar o quadro de necessidades socioeconômicas, gerando um quadro de inclusão nos países dos imigrantes e fazendo com que a imigração ocorra por decisão e não por necessidade; além da (c) questão da imigração ser tratada de forma multilateral pelos países, com a assinatura e a ratificação de tratados que favoreçam o respeito aos direitos dos imigrantes.⁶⁰

A abordagem, por exemplo, do Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil (“Novo” Estatuto do Estrangeiro) garante o direito ao trabalho e aventa a possibilidade de criação de uma autoridade migratória que, além de corrigir o desvio de função da Polícia Federal e a lacuna do sistema migratório brasileiro, dá esperanças de um tratamento mais célere na regularização dos imigrantes, facilitando a expansão dos empregos formais e a maior liberdade de escolha do trabalho, bem como permite a maior formulação de dados e elaboração de políticas públicas sobre a temática.⁶¹

⁵⁵ SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, out. 2009. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?CONT=00000131>>. Acesso em: maio 2015.

⁵⁶ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Ações do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) – Políticas Públicas para Migração – 2014*. Observatório das Migrações, 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/obmigra/home.htm>> Acesso em: maio 2015.

⁵⁷ É preciso que a sociedade brasileira respeite os valores e costumes que o imigrante traz consigo. Mas é preciso, também, que o imigrante respeite os valores e tradições da sociedade na qual ele se integra. O aprendizado da língua oficial do país receptor é pressuposto desse entendimento.

⁵⁸ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 184-186.

⁵⁹ BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Compromisso de Montevidéu sobre Migrações e Desenvolvimento*. Disponível em: <http://www3.mte.gov.br/trab_estrang/compromisso_montevideu.pdf> Acesso em: maio 2015.

⁶⁰ LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009. p. 603.

⁶¹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. 2014, p. 8-9. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso

Deve-se compreender que o imigrante tem de ser entendido muito mais como um trabalhador, como titular dos mesmos direitos, e não como um estrangeiro, que carrega com a própria palavra em si toda uma negatividade, um estranhamento e até uma hostilidade. Repare-se que a migração pode ser impulsionada por diversas causas, tais quais questões climáticas, econômicas ou conflitos armados, de forma que se dá muitas vezes por necessidade. Logo, trata-se do ser humano em busca de um local em que possa viver dignamente e que possa obter trabalho e sustento: “Por isto, migrar é um direito humano fundamental”⁶² e deve o país receptor fazer o máximo possível para poder garantir a vida digna e o desenvolvimento das capacidades dessas pessoas.

A promoção de justiça social passa, certamente, pela atenção aos direitos dos imigrantes, garantindo-lhes, progressivamente, os mesmos direitos dos nacionais, assim como condições que lhes assegurem liberdade de escolha de trabalho. Assim, se dá grandes chances de integração aos imigrantes, facilitando a desconstrução da noção que os vê como “estranhos”.

Desse modo, a elaboração das políticas públicas no que se refere aos imigrantes deve se ater à noção de que as correntes migratórias não se dão apenas com base no mercado de trabalho e que os imigrantes têm necessidades que apontam na direção de uma plena cidadania, sem a qual seria ferida sua dignidade e se colocaria em perigo o próprio futuro social do país.⁶³ Uma perspectiva que leve em consideração a função produtiva e o impacto dos imigrantes na economia, mas que também os considere como seres humanos, que podem levar ao desenvolvimento do país em seu viés econômico, cultural, social e político.⁶⁴ A princípio, sempre é bom notar, o imigrante está movido pela força de buscar o novo, de construir uma vida melhor, o que pode levar a uma grande capacidade de inovação.⁶⁵ Seu trabalho, certamente, será útil para somar-se ao dos brasileiros, de forma que sua gradual integração e participação política na sociedade civil determinam as vantagens a serem trazidas pelos imigrantes.

5. A liberdade de participação política

A participação política é liberdade essencial à aquisição da cidadania, seja pelo poder do voto, seja pelo próprio exercício de mandato político; dessa forma, não possuir tais direitos é elemento de exclusão social com que os imigrantes têm de conviver hoje no Brasil. Não

em: maio 2015.

⁶² VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>>. Acesso em: jun. 2015.

⁶³ Neste sentido, cabe mencionar a iniciativa do Senador Aloysio Nunes, que levou a aprovação no Senado a Lei de Migrações (Projeto de Lei do Senado n. 288/2013) e que, no segundo semestre de 2015, segue para discussão e votação na Câmara dos Deputados sob o número 2.516/2015. O referido Senador ainda pressiona seus colegas no sentido de aprovar a PEC n. 25 que permite o voto ao imigrante, como se menciona adiante neste texto.

⁶⁴ SILVA, Leonardo Cavalcanti da; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia. A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro. *Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais*, v. 1, Brasília, 2014. p. 21-22.

⁶⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 187.

ter direitos de participação política significa não poder participar em decisões acerca de sua própria situação. Quanto à situação dos imigrantes, interessante pontuar que as decisões acerca da concepção de nação, soberania e fronteiras do estado receptor, assim como a própria política migratória, são decisões que os influenciam diretamente e nas quais eles não podem ter qualquer participação, correndo risco de sofrer restrições a direitos, sem ter meios de evitar tais restrições, como ocorrido nos Estados Unidos, após o episódio de 11 de setembro de 2001.⁶⁶

As liberdades dadas aos imigrantes, como já dito, devem se aproximar da plenitude da cidadania, pois, afinal, busca-se o seu desenvolvimento e a sua integração na sociedade. Assim, para se obter o melhor das pessoas, deve-se conceder a elas as melhores oportunidades possíveis para que desenvolvam suas capacidades e possam atingir seu bem-estar. Quanto à migração, em geral, com o quadro da globalização, fala-se cada vez mais em desaparecimento das fronteiras, quanto mais, no que tange a América Latina, com a formação de área de livre circulação e exercício de amplos direitos.⁶⁷

No caso dos imigrantes, percebe-se que o sentimento de pertencimento à comunidade é algo que tem de ser conquistado progressivamente. Trabalham contra o desenvolvimento de um sentimento de pertencimento as diferenciações que se faça entre o cidadão local e o imigrante. Dessa forma, entende-se que a participação política do imigrante na esfera municipal contribuiria no sentido que aqui se defende, sem colocar em jogo eventuais interesses nacionais e propiciando a participação do imigrante em um âmbito que o afetaria mais diretamente.

É essencial considerar que a demanda pelo poder de voto já é uma das principais entre os imigrantes, segundo a 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes de São Paulo, merecendo, portanto, a devida atenção. Ainda, do ponto de vista democrático, as demandas dos imigrantes representam todo um setor social que deve, necessariamente, ser considerado para que se garantam direitos plenos de cidadania a esta categoria.⁶⁸

Fica claro no Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil (“Novo” Estatuto do Estrangeiro), elaborado pelo Ministério da Justiça, que há a intenção de se conceder direitos políticos aos imigrantes permanentes, caminhando no sentido de não se ver o imigrante como elemento externo e oferecedor de ameaça à segurança nacional, mas sim como “parte imprescindível da cultura e do desenvolvimento econômico do nosso país”. Tal lógica se alinha com a ideia que entende as migrações a partir do respeito aos direitos humanos, acolhendo e integrando os imigrantes para que componham a sociedade em patamar próximo ao de cidadãos nacionais.⁶⁹

⁶⁶ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004. p. 161, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: out. 2015.

⁶⁷ VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou lei de imigração? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>>. Acesso em: jun. 2015.

⁶⁸ MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Documento Final da 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes de São Paulo*. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 2014, p. 67-68.

⁶⁹ O Anteprojeto da Lei de Migrações concederia certos direitos políticos aos migrantes a partir de uma pressão dos

Ressalta-se, ainda, que os direitos políticos dos imigrantes já vêm sendo reconhecidos em outros países, especialmente em suas Constituições, ainda que seus processos constituintes tenham sido derivados de regimes autoritários e ditatoriais, como o Chile, por exemplo, em clara oposição ao que ocorre no Brasil.⁷⁰ No entanto, para que sejam concedidos quaisquer direitos políticos aos imigrantes no Brasil, não basta a alteração de legislação infraconstitucional, isto é, do Estatuto do Estrangeiro, visto que a vedação ao voto para o estrangeiro consta da Constituição (Art. 14, §2º).⁷¹ Desse modo, o discrimen da condição jurídica do estrangeiro manifesta-se no tratamento constitucional, seguindo entendimento exposto no art. 107 do Estatuto do Estrangeiro. Por isso a concessão do direito de voto a migrantes, em qualquer forma, dependeria de emenda constitucional.⁷²

A defesa de que se aprove emenda constitucional nesse sentido já vem sendo feita e foi formalizada no *Manifesto em Defesa de Uma Nova Lei de Migração Pautada nos Direitos Humanos e na Solidariedade Entre os Povos*, deixando claro que o Brasil está atrasado nesse particular.⁷³ Ademais, há diversas propostas de emenda à constituição que pretendem amenizar as restrições nesse campo impostas pela Lei n. 6.815 e pelo texto constitucional, e garantir o direito ao voto para o estrangeiro.⁷⁴

movimentos sociais que atuam no setor e que há muito realizam tais reivindicações, bem como outras de caráter de reforma integral do Estatuto do Estrangeiro. O formato democrático da elaboração do referido anteprojeto permitiu a oitiva de tais entidades, que expressam de forma mais pura as necessidades no setor, inclusive com a visível adoção de algumas questões trazidas pela Conselho Nacional de Imigração (CNIg). Conforme: BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. p. 6-9. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>>. Acesso em: maio 2015.

⁷⁰ KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Os direitos políticos do migrante internacional no constitucionalismo sul-americano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 23, v. 92, p. 105-127, jul./set. 2015, também, VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324.

⁷¹ Dessa forma, o atual anteprojeto, balizado pelo respeito à Constituição apenas deixa de oferecer entraves ao voto do estrangeiro, ao contrário do que faz o Estatuto do Estrangeiro (Art. 107 - O estrangeiro admitido no território nacional não pode exercer atividade de natureza política, nem se imiscuir, direta ou indiretamente, nos negócios públicos do Brasil, sendo-lhe especialmente vedado: I - organizar, criar ou manter sociedade ou quaisquer entidades de caráter político, ainda que tenham por fim apenas a propaganda ou a difusão, exclusivamente entre compatriotas, de idéias, programas ou normas de ação de partidos políticos do país de origem; II - exercer ação individual, junto a compatriotas ou não, no sentido de obter, mediante coação ou constrangimento de qualquer natureza, adesão a idéias, programas ou normas de ação de partidos ou facções políticas de qualquer país; III - organizar desfiles, passeatas, comícios e reuniões de qualquer natureza, ou deles participar, com os fins a que se referem os itens I e II deste artigo. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo não se aplica ao português beneficiário do Estatuto da Igualdade ao qual tiver sido reconhecido o gozo de direitos políticos).

⁷² BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso em: maio 2015.

⁷³ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 311-313; VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. *Manifesto em Defesa de Uma Nova Lei de Migração Pautada nos Direitos Humanos e na Solidariedade Entre os Povos*. Disponível em: <<http://www.cdhc.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>>. Acesso em: maio 2015.

⁷⁴ Conforme Deisy Ventura, há cinco Propostas de Emenda à Constituição sobre o tema: "A diferença entre elas reside no seguinte: na outorga do direito ao voto aos estrangeiros com residência permanente (PEC 25[2012]), ou domiciliados no Brasil (PEC 14[2007]), ou os residentes há mais de cinco anos (PEC 119[2011]), ou os legalmente residentes no Brasil há mais de cinco anos e que tenham mais de dezesseis anos de idade (PEC 88[2007]), ou residentes em território brasileiro por mais de quatro anos e legalmente regularizados (PEC 347[2013]); na elegibilidade (capacidade

A própria permanência de previsão de óbice inflexível a qualquer tipo de participação política do imigrante na Constituição de 1988 parece ser resquício do espírito do Estatuto do Estrangeiro, que, como ora se repisa, entendia o imigrante como uma ameaça em potencial à segurança nacional e, dentro dessa lógica, realmente não faria sentido que fossem a ele concedidos direitos de participação política. No mesmo sentido, há certa visão de que os direitos relacionados à nacionalidade e à própria soberania nacional estariam sendo violados e usurpados do Estado por tratados internacionais garantidores de direitos individuais universais, que desvinculam os direitos da identidade e da nacionalidade, concedendo-os a todos irrestritamente.⁷⁵

Por outro lado, é bastante criticada a concepção de que a questão migratória é de segurança pública ou até mesmo questão de polícia. A própria ideia de que as fronteiras poderiam garantir ou retirar de alguém os direitos de cidadania, desprovido o indivíduo da própria noção de pertencimento ao “nós” e a certa identidade nacional, comparável a uma associação de *membership*, é questionável do ponto de vista do regime internacional de direitos humanos. Deixar os imigrantes completamente excluídos da arena política facilita a perpetuação de tal situação.⁷⁶

De qualquer forma, o que se verifica é que a inserção dos imigrantes na sociedade e o intercâmbio cultural daí proveniente, o que se dá desenvolvendo um senso de pertencimento dos imigrantes à sociedade acolhedora e respeitando a cultura trazida por eles, apenas beneficia tanto a sociedade como o imigrante. Some-se a isso a garantia já claramente estampada no art. 5º, caput, de que se dê tratamento isonômico aos cidadãos brasileiros e estrangeiros residentes no país.

Nesse sentido, embora permaneça a necessidade de alteração do texto constitucional acima referido (art. 14, §2º), o direito fundamental à isonomia, nos dias atuais, deve impulsionar o legislador a eliminar progressivamente as normas que restrinjam, sem qualquer razão justa, os direitos de determinados indivíduos.

A noção de justiça na análise do caso aponta cada vez mais para o fato de que as fronteiras não deveriam ser baliza para um tratamento diferenciado dos imigrantes que leve à restrição de direitos, ou à criação de duas categorias diversas de cidadãos. Afinal, os seres humanos são semelhantes em sua humanidade e a soma das glórias das culturas, se valorizada, pode levar a mais conquistas em conjunto, principalmente quando se compara esse

eleitoral) passiva para eleições municipais (PEC 25) ou para o cargo de vereador (PEC 14) ou nenhuma (PEC 88), a ser desfrutada por estrangeiros com residência permanente (PEC 25), ou domiciliados no Brasil (PEC 14), ou os residentes há no mínimo dez anos (PEC 119). As PECs seguem tendência internacional de conceder o direito ao voto ao estrangeiro na dimensão local, que é de maior proximidade, possibilitando uma integração social mais imediata.” (VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 326-327).

⁷⁵ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004. p. 161, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: out. 2015.

⁷⁶ REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004. p. 161, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: out. 2015.

modelo com uma política migratória de restrição de direitos,⁷⁷ que não encontra qualquer justificação em teorias de justiça, mas apenas em discriminações com base na rejeição ao diferente.

Ainda há que se considerar que, nada mais justo que garantir aos influenciados por decisões políticas no local em que vivem, a participação nesse âmbito, até mesmo em respeito a uma noção plena de democracia. Nessa linha, alijar permanentemente os imigrantes de direitos políticos seria submetê-los a decisões fruto de processo em que eles nunca tomarão parte, portanto, submetendo-os a tratamento claramente injusto.

6. As liberdades do imigrante e a política migratória no Brasil: questões a serem repensadas

Como Tzvetan Todorov afirma, “ser civilizado significa ser capaz de reconhecer plenamente a humanidade dos outros, mesmo quando estes têm rostos e hábitos diferentes dos nossos; e também saber colocar-nos no lugar deles para nos enxergarmos de fora para dentro”.⁷⁸ É tendo isso como foco que o presente estudo alertou para um crescendo no fluxo migratório do Brasil. Com o aumento do número de imigrantes, há maior necessidade de se adotar uma legislação atenta aos avanços da doutrina e do direito humanitário internacional no tocante à matéria sob análise, bem como se mostra urgente que se altere o foco dado pela legislação específica vigente.

Nesse contexto, é necessário que se edite uma legislação nos moldes acima apontados, voltada para a realização dos direitos humanos dos imigrantes, e que vise à participação deles no desenvolvimento econômico, social, cultural e político da sociedade em que se inserem, sendo necessário para isso a concessão de direitos e garantias já previstos na Constituição Federal, os mesmos garantidos aos cidadãos nacionais, mas sem desnecessárias limitações às suas liberdades.

Assim, a legislação que venha a ser criada para substituir o Estatuto do Estrangeiro deve surgir com a finalidade de instituir um sistema coerente, observando a legislação esparsa já criada acerca do tema, bem como a Lei n. 9.474/1997, que internalizou o estatuto dos refugiados.

Ficou clara, ainda, a importância da criação de uma autoridade migratória. Com a criação de tal órgão especializado, retira-se parte da competência da Polícia Federal, dando melhor acolhimento aos imigrantes, porque este seria gerido por servidores conhecedores da política migratória, bem como altera o caráter simbólico essencial, transformando a imagem do estrangeiro de algo negativo em uma visão mais humanizada e dignificada.

A competência da Polícia Federal, órgão do Ministério da Justiça que representa esse

⁷⁷ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 311-313; VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. *Manifesto em Defesa de Uma Nova Lei de Migração Pautada nos Direitos Humanos e na Solidariedade Entre os Povos*. Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>>. Acesso em: maio 2015.

⁷⁸ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Ávila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 187.

paradigma do poder de polícia frente ao “outro”, seria quase esvaziada em benefício da criação da agência para as migrações. A existência de autoridade migratória especializada pode acelerar o processo de regularização dos migrantes, o que, como já visto, é essencial para que os eles tenham trabalhos formais e desenvolvam sua vida exercendo direitos próximos dos plenos de um cidadão.

A política migratória que se sustenta ficaria em expressa oposição à europeia e estadunidense de contenção de pessoas por meio da burocratização e restrição à migração que, ao invés de impedir o acesso das pessoas, apenas degrada as condições de vida do migrante, violando seus direitos básicos.⁷⁹ Deve-se ter em mente que a atual crise migratória gerada pelo alto fluxo e pouca preparação do governo brasileiro, mantendo diversos migrantes irregulares aguardando a resposta estatal, causando-lhes restrições às suas liberdades garantidas e perpetuando a injustiça social, vem causando impressão negativa acerca do fenômeno migratório no país. No entanto, se conduzido de forma que garanta aos imigrantes os direitos aqui mencionados, tal fenômeno só tem a acrescentar à sociedade brasileira, pois, afinal, as “crises obnublam a verdade histórica de que as migrações são grandes riquezas materiais e imateriais para um povo”.⁸⁰

Elementos essenciais para a condução de uma política migratória, nesse sentido, são o fornecimento aos imigrantes de documentos que permitam a formalização dos vínculos empregatícios e a facilitação da qualificação dos imigrantes para que eles exerçam papel relevante na sociedade brasileira, bem como busquem seu desenvolvimento individual por meio da ampliação de suas capacidades. Também se verifica que possibilitar os direitos políticos aos imigrantes auxilia em sua integração social e, como se viu, já vem sendo concedidos aos imigrantes em diversos outros países com legislação de vanguarda no tema, pois a liberdade de participação política contribui para o sentimento de pertencimento do imigrante à comunidade em que vive. Tal acréscimo aos direitos dos imigrantes depende, porém, de emenda constitucional, pois o tratamento constitucional ainda está balizado pela diferenciação entre nacionais e estrangeiros.⁸¹

A análise acerca da justiça na realização das mudanças aqui mencionadas passa muito pela clareza com que se vê a injustiça como os imigrantes têm sido tratados. É justo que se impeça alguém de buscar emprego e melhores condições de vida? É justo que se impeça alguém de obter um emprego decente? É justo que não se dê escolha ao indivíduo acerca do seu emprego, função que exercerá por boa parte de sua vida? É justo que se isole a pessoa das escolhas políticas no local em que ela vive? De forma alguma. As condições de

⁷⁹ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso em: maio 2015.

⁸⁰ BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso em: maio 2015.

⁸¹ VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 324.

vida do imigrante são tão importantes quanto as do nacional, até porque são pessoas iguais, merecendo, portanto, condições de tratamento que atinjam progressivamente a igualdade.

Em um mundo em que a economia não encontra fronteiras, nada mais justo que os direitos e liberdades encontrem cada vez menos restrições, e que as diferenças sirvam apenas para engrandecer culturas e sociedades e nunca para reduzir o valor do ser humano.

Referências

ACNUR. *Dados sobre refúgio no Brasil*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/estatisticas/dados-sobre-refugio-no-brasil/>> Acesso em: maio 2015.

ALMEIDA, Paulo Sergio de. *La política de migraciones brasileña y la migración haitiana a Brasil*. Disponível em: <<http://www.iom.int/cms/en/sites/iom/home/what-we-do/migration-policy-and-research/migration-policy-1/migration-policy-practice/issues/october-november-2012/la-politica-de-migraciones-brasi.html>>. Acesso em: maio 2015.

BORGES, Nilson. A doutrina da segurança nacional e os governos militares. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (Coords.). *O Brasil republicano: o tempo da ditadura – regime militar e movimentos sociais em fins do século XX*. I. 4, Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Anteprojeto da Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil*. 2014. Disponível em: <<http://pt.slideshare.net/justicagovbr/anteprojeto-novo-estatutoestrangeiro>> Acesso em: maio 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Refugiados*. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/estrangeiros/refugio/>> Acesso em: maio 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Ações do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) – Políticas Públicas para Migração – 2014*. Observatório das Migrações, 2014. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/obmigra/home.htm>> Acesso em: maio 2015.

CAHALI, Yussef Said. *Estatuto do estrangeiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

COMBLIN, Pe. Joseph. *A ideologia da segurança nacional: o poder militar na América Latina*. Trad. A. Veiga Fialho. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 1978.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. *Curso de direito constitucional*. 8. ed. Salvador: JusPodium, 2014.

EBC. Chega a 6 mil o número de haitianos que entraram no Brasil de forma irregular este ano. Disponível em: <<http://www.ebc.com.br/noticias/internacional/2013/09/chega-a-6-mil-o-numero-de-haitianos-que-entraram-no-brasil-de-forma>>. Acesso em: maio 2015.

FONSECA JR., Gelson. *A legitimidade e outras questões internacionais*. 2. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004.

IBGE. *Censo 2010*. Dados disponíveis em: <<http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/migracao-e-deslocamento>>. Acesso em: maio 2015

KENICKE, Pedro Henrique Gallotti. Os direitos políticos do migrante internacional no constitucionalismo sul-americano. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, ano 23, v. 92, p. 105-127, jul./set. 2015.

LOPES, Cristiane Maria Sbalqueiro. *Direito de imigração: o estatuto do estrangeiro em uma perspectiva de direitos humanos*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. *Documento Final da 1ª Conferência Municipal de Políticas para Imigrantes de São Paulo*. São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 2014.

O PARANÁ. Haitianos tentam sorte na construção civil de Cascavel. Disponível em: <<http://www.oparana.com.br/cidades/2012/01/haitianos-tentam-sorte-na-construcao-civil-de-cascavel/1181755/>>. Acesso em: maio 2015.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013: A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado*. New York: PNUD, 2013.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, Direitos Humanos e Migrações Internacionais. *Revista Brasileira De Ciências Sociais*, v. 19, n. 55, p. 149-164, jun. 2004. p. 161, Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: out. 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SCHWARZ, Rodrigo Garcia. Imigração: a fronteira dos direitos humanos no século XXI. *Revista Internacional de Direito e Cidadania*, n. 5, ,out. 2009. Disponível em: <<http://www.reid.org.br/?-CONT=00000131>>. Acesso em: maio 2015.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SEN, Amartya. *Desigualdade reexaminada*. Trad. Ricardo Doninelli Mendes. 3.ed. Rio de Janeiro: Record, 2012.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Leonardo Cavalcanti da. *Seminário sobre política migratória*. Programas de Pós-Graduação em Direito e Sociologia da Universidade Federal do Paraná, 27 abr. 2015.

SILVA, Leonardo Cavalcanti da; OLIVEIRA, Antonio Tadeu; TONHATI, Tânia. A inserção dos imigrantes no mercado de trabalho brasileiro. *Cadernos do Observatório das Migrações Internacionais*, v. 1, Brasília, 2014.

SPEKTOR, Matias. *Kissinger e o Brasil*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

STEINMETZ, Wilson. Direito à liberdade de locomoção: um esforço de interpretação constitucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 83, ,abr. 2013,

STEINMETZ, Wilson. Comentário ao art. 5º, XV, da CF. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio. *Comentários à constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2014.

TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d'Avila Melo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VENTURA, Deisy. O direito de migrar na constituição. In: CLÈVE, Clèmerson Merlin; FREIRE, Alexandre. *Direitos fundamentais e jurisdição constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. *Manifesto em Defesa de Uma Nova Lei de Migração Pautada nos Direitos Humanos e na Solidariedade Entre os Povos*. Disponível em: <<http://www.cdhic.org.br/wp-content/uploads/2013/05/Manifesto-em-Defesa-de-Uma-Nova-Lei-de-Migra%C3%A7%C3%A3o-pautada-em-direitos-humanos-2012.pdf>>. Acesso em: maio 2015.

VENTURA, Deisy; ILLES, Paulo. Estatuto do estrangeiro ou Lei de imigração? *Le Monde Diplomatique Brasil*. Disponível em: <<http://www.diplomatique.org.br/artigo.php?id=744>>. Acesso em: jun. 2015.

Liberdade nos tempos de cólera: a possibilidade de emancipação do sujeito por meio da educação

FRANCIELLE PASTERNAK MONTEMEZZO

Mestra em Direito do Estado pela UFPR

SAULO LINDORFER PIVETTA

Doutorando em Direito do Estado na UFPR

Mestre em Direito do Estado pela UFPR

Sumário: 1. Democracia e educação na Constituição Federal de 1988; 2. Diagnóstico da educação no Brasil; 3. Quando o diálogo se converte em barbárie: alienação, intolerância e discursos de ódio nas sociedades democráticas; 4. A escola emancipatória; 5. Educar para libertar: a construção da cultura do diálogo e da tolerância.

1. Democracia e educação na Constituição Federal de 1988

Pietro Costa alerta que a democracia, a despeito de seu profundo valor para as sociedades ocidentais contemporâneas, enfrenta tensões e conflitos que a tornam “semanticamente carregada”.¹ Vale dizer, se é possível identificar, de modo geral, o fenômeno democrático moderno como fruto das revoluções burguesas do século XVIII, seu conteúdo e seus dilemas se renovam a cada período histórico, e a própria democracia, por meio de suas instituições, deve ser capaz de oferecer respostas que renovem seu sentido e a mantenham conectada aos pilares que a legitimam, notadamente a garantia de liberdade e a proteção de direitos fundamentais.² Nessa perspectiva, a democracia é encarada como um projeto em

¹ Aponta Pietro Costa que o termo democracia foi introduzido por Heródoto na metade do século V a.C. e mantém-se até hoje como uma das principais palavras do léxico político e jurídico. No entanto, a longa duração do termo não significa a manutenção reiterada de seu significado e das teorias que gravitam em torno dela. Contextos histórico-culturais podem atribuir ao termo significações radicalmente distintas. Ainda, seu desenvolvimento também não é linear, mas fragmentado, recortado. COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Trad. Luiz Ernani Fritolli. Curitiba: UFPR, 2012. p. 9-11.

² Sobre a proteção judicial de direitos fundamentais através da Poder Judiciário, no contexto do Estado Democrático de Direito, cf. MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais: a atuação*

constante execução, uma reforma que apenas se resolve provisoriamente, para assegurar a existência da estrutura que a sustenta.

É na lida política e jurídica, portanto, em que são forjados o conteúdo e a extensão dos pilares fundamentais da democracia – a partir dos quais é delimitada a feição da própria democracia no período considerado. Na ambiência histórica brasileira, a Constituição de 1988 destaca-se por estruturar o sustentáculo jurídico de uma democracia profunda, que intenta capilarizar procedimentos democráticos de deliberação nos mais variados níveis de gestão pública.³ Não se trata, assim, de uma democracia que se consolida apenas no momento de escolha dos cidadãos responsáveis por conduzir o Governo. O *projeto democrático* encartado na Constituição de 1988 exige muito mais: desde a sofisticação dos mecanismos formais de inserção popular nos processos decisórios do Estado, passando pelo dever estatal de garantia das condições materiais básicas da população, até a delimitação dos limites ao exercício das liberdades democráticas, indispensáveis à convivência pacífica e respeitosa.⁴

Democracia, nesse passo, não se resume a um desenho jurídico-formal, nem a um ideal genérico que se multiplica por si. As pré-condições necessárias para o desenvolvimento de uma sociedade democrática são tão importantes quanto a própria democracia. Ainda, essas pré-condições não são um dado prévio, nem podem ser enunciadas de maneira simples por meio de cadernos normativos. É necessária uma articulação refinada, que integra uma multiplicidade de agentes públicos e privados, que se movimentam a partir de instrumentos formais e informais, amparados por uma robusta legislação constitucional e infraconstitucional, e conformam na prática diária a feição concreta da democracia instaurada pela Constituição de 1988.

O Supremo Tribunal Federal é um dos espaços privilegiados de discussão sobre o conteúdo dos pilares da democracia brasileira.⁵ Recentemente, a Corte enfrentou a temática

do Poder Judiciário no controle de políticas públicas. 2014. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. Sobre as estruturas simbólicas de legitimação do Estado, cf. GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri/SP: Manole, 2003.

³ Sobre o delineamento do projeto democrático brasileiro, cf. SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. Ainda, sobre a democratização das esferas públicas de deliberação, cf. BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

⁴ Romeu Felipe Bacellar Filho e Daniel Wunder Hachem destacam a relevância da atividade administrativa na conformação das condições materiais necessárias à satisfação adequada dos direitos fundamentais encartados na Constituição. Cf. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007; HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 625f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Especificamente sobre a efetivação do direito fundamental à saúde pela administração pública, cf. PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2014.

⁵ Importante frisar que o STF não é o único nem o mais importante foro de interpretação constitucional. Sobre o tema, cf. VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008; BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012; MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

da liberdade de expressão, especialmente quanto aos limites à propagação de ideias afrontosas a segmentos da sociedade.⁶ A Primeira Turma do STF, em julgamento de 12 de agosto de 2014, deixou de receber denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra o Deputado Federal Marco Feliciano (PSC/SP). Na peça acusatória, sustentou o *Parquet* a prática de crime pelo parlamentar ao proferir, via Twitter, as seguintes frases: “A podridão dos sentimentos dos homoafetivos levam ao ódio, ao crime, a rejeição” (sic); “Sendo possivelmente o 1º. Ato de homossexualismo da história. A maldição de Noé sobre canaã toca seus descendentes diretos, os africanos” (sic); dentre outras narradas na petição. Tal ordem de condutas caracterizaria, de acordo com o acusador, crime de discriminação ou preconceito, tipificado no art. 20 da Lei n. 7.716/89.⁷

O órgão julgador, de maneira unânime, e capitaneado pelo voto do relator, Min. Marco Aurélio, não recebeu a denúncia por considerar que o dispositivo legal apontado pelo MPF não alcançaria preconceito decorrente de opção sexual. De maneira que, a despeito da reprovabilidade dos enunciados publicados pelo acusado, a conduta seria atípica, impedindo sua reprovabilidade na seara penal. Interessa destacar a manifestação do Min. Roberto Barroso durante o julgamento, que afirmou considerar “razoável que o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana impusesse um mandamento ao legislador para que tipificasse condutas que envolvam manifestações de ódio, de *hate speech*, como observou a Doutora Deborah Duprat. Mas a verdade é que essa lei não existe.” Ou seja, embora o discurso proferido pelo parlamentar fosse moralmente reprovável, a via penal não se mostraria adequada para reprimir a conduta. A decisão, portanto, aplicou ao caso a importantíssima regra constitucional da tipicidade, enunciada no art. 5º, inciso XXXIX, da Constituição, segundo a qual “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

A solução jurídica oferecida pelo STF, amparada constitucionalmente e razoável do ponto de vista jurídico, suscita questionamentos igualmente importantes para a democracia: qual o limite do proselitismo religioso? A liberdade de expressão comporta ataques a opiniões e valores compartilhados por outros segmentos da sociedade? Para cada resposta é possível suscitar uma outra questão, de natureza operacional: qual o mecanismo jurídico adequado para eventualmente restringir a liberdade de expressão? Por ora, em vez de se ater a esses questionamentos, importa iluminar um outro ponto conexo ao tema, talvez menos evidente nos debates travados na seara judicial: o que leva cidadãos a adotarem esse tipo de discurso? Por que são disseminadas práticas de ódio que, antes de caracterizarem uma oposição ou

⁶ Considera-se a liberdade de expressão como direito que alberga variadas perspectivas, como a liberdade de crença, a liberdade de imprensa, etc. Sobre o tema, Riva Sobrado de Freitas e Matheus Felipe de Castro asseveram que “Em verdade, a Liberdade de Expressão, desdobrada em diferentes modalidades (Liberdade de Imprensa e Liberdade Religiosa), adquire relevância extrema para a afirmação da burguesia no período das Revoluções Liberais, quer como um instrumento de propagação das ideias revolucionárias (Liberdade de Imprensa), quer para a afirmação do Estado Laico, repelindo qualquer subordinação ou influência da Igreja Católica (Liberdade Religiosa).” FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100014&Ing=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 jun. 2015.

⁷ O tipo penal é assim previsto: “Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.”

discordância, revelam uma absoluta intolerância a modos diferentes de pensar e viver, uma incapacidade de conviver com o diferente?

Exemplos dessa intolerância profunda são, infelizmente, corriqueiros na história recente do Brasil. Como ocorreu com manifestações odiosas contra o apresentador global Jô Soares, simplesmente pelo fato de ele ter entrevistado, de maneira civilizada, a Presidenta da República, Dilma Rousseff. Cidadãos picharam a rua em frente à casa do humorista com a mensagem “Jô Soares morra”. Ou mesmo as agressões diretas à Presidenta, que são realizadas de variadas formas, como por meio de adesivos misóginos, em que o rosto de Dilma Rousseff foi colocado na imagem de uma mulher com as pernas abertas, sendo tais adesivos fixados no tanque de combustível de automóveis, permanecendo o orifício do tanque sobreposto à genitália da imagem.

A questão, nesses casos, supera a discordância política – pilar inafastável da democracia. As atitudes acima relatadas não representam apenas oposição ao ideário político representado pela Presidenta, ou às suas decisões enquanto maior autoridade política do país. Os casos consubstanciam profunda intransigência, incapacidade de tolerar a divergência política e, na situação dos adesivos, a manifestação adicional de ódio contra a figura da mulher, atacada também em razão de sua condição feminina. O grau de intolerância alcança um profundo nível de irracionalidade, e se manifesta de inúmeras formas (contra a mulher, os homossexuais, os nordestinos etc.). Esse tipo de conduta é intrínseco ao fenômeno democrático? A liberdade de expressão deve ser tomada como valor absoluto para albergar qualquer tipo de exteriorização de pensamento? Embora a democracia seja conceito em constante mudança, inerente ao processo histórico e dependente do contexto social e político, a resposta a essas perguntas deve ser categórica: não, a democracia não é o altar do relativismo nem, muito menos, senhora da intolerância.

A democracia tem inimigos – e eles podem desenvolver-se sob o pálio da própria democracia. É necessário identificá-los e combatê-los caso se queira cultivar uma sociedade pautada na liberdade e na proteção de direitos fundamentais. Questão central enfrentada por Tzvetan Todorov no livro *Os inimigos íntimos da democracia* é a existência de perigos à convivência democrática provenientes da própria democracia. Decisões amparadas em procedimentos democráticos podem corroer o edifício civilizatório construído a partir da vontade popular. Uma pretensa defesa da democracia pode conduzir à corrosão de seus pilares quando a tolerância e a liberdade são relativizadas para justificar atos institucionais de violência e de opressão de minorias. Como alerta Todorov, “Portanto, num primeiro momento eu tinha acreditado que a liberdade era um dos valores fundamentais da democracia; agora percebo que certo uso da liberdade pode representar um perigo para a democracia.”⁸.

Com o fim da Guerra Fria, simbolizada na queda do Muro de Berlim (1989), desapareceu também a “ameaça” comunista – que era considerada a grande inimiga “externa”, nos dizeres de Todorov, da democracia. Em verdade, não era o comunismo a grande con-

⁸ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 12.

traposição ao regime democrático, mas sim o totalitarismo imposto pelo regime soviético e maoísta, amparados em uma suposta ideologia comunista. De maneira que, encerrada a Guerra Fria, não restou mais qualquer país capaz de rivalizar com as potências ocidentais “democráticas” – até mesmo a China, que mantém um regime formalmente comunista, tem promovido a abertura de mercado por meio de intensos intercâmbios comerciais com países capitalistas. Não se trata mais, portanto, de um inimigo das potências ocidentais. E, embora ainda possa se identificar a presença de “inimigos” pontuais – como o “terrorismo islâmico” –, não alcançam eles o patamar de um rival global ao regime democrático. Esclarece Todorov:

já não há inimigo global, rival planetário. Em contraposição, a democracia produz, nela mesma, forças que a ameaçam, e a novidade de nossos tempos é que essas forças são superiores àquelas que a atacam de fora. Combatê-las e neutralizá-las é tanto mais difícil quanto mais elas invocam o espírito democrático e possuem, assim, as aparências da legitimidade.⁹

Os principais riscos ao funcionamento da democracia, nessa linha, são internos a ela. Convivem e se expressam por meio da mesma gramática utilizada pelos defensores do regime democrático. Essa ordem de risco é uma constante nas sociedades democráticas, eis que podem surgir de seus próprios elementos conformadores. Veja-se que as democracias, comumente chamadas liberais, buscam harmonizar os ideais de soberania do povo (ou soberania popular) e de liberdade individual.¹⁰ Ao mesmo tempo em que a coletividade como um todo deve desenvolver-se e atuar de maneira integrada para se proteger de seus inimigos externos, os cidadãos que a compõem são instigados a promover seu próprio desenvolvimento individual. Da junção desses elos decorre uma constante e inevitável tensão, eis que, se não houver uma sintonia fina entre ambos, um deles poderá ser abocanhado pelo outro.¹¹

Para assegurar o convívio harmônico entre aqueles dois polos, inúmeros modelos e teorias foram traçados.¹² De maneira geral, reconheceu-se que, para evitar a derrocada para regimes totalitários, o exercício do poder deveria ser pulverizado. Cada estrutura, instituição e setor da sociedade deveria contar com uma parcela do poder decorrente da soberania do povo para que não ocorresse a absolutização de qualquer um deles. Assim, repartiu-se o poder político em “poderes”, bem como foi atribuída autonomia, ainda que limitada, a vários setores da sociedade: família, escola, economia. Todos diretamente vinculados e subordinados à Constituição, documento normativo que emergiu, sobretudo, no século XX, como elemento que, ao mesmo tempo em que assegura e protege a liberdade,

⁹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 14.

¹⁰ COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 241 e ss.

¹¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 16.

¹² Para uma análise sistematizada dos dilemas e modelos desenvolvidos sob a rubrica de Estado de Direito, cf. COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

a conforma em parâmetros que devem ser observados por todos.¹³ O ponto chave, para Todorov, é a ideia de *pluralismo*, “pois se considera que os poderes, por mais legítimos que sejam, não devem ser todos confiados às mesmas pessoas nem concentrados nas mesmas instituições.”¹⁴

Nessa linha, Todorov alerta que os riscos internos à democracia surgem quando um dos variados elementos que compõem o caldo democrático pretende destacar-se da unidade, isolando-se e tornando-se absoluto.¹⁵ A limitação recíproca e constante é o que garante a estabilidade democrática e viabiliza a convivência harmônica dos diversos segmentos que conformam a sociedade e que exercem, de maneira parcial, parcelas do poder reconhecido pela soberania do povo.¹⁶ A projeção de um dos elementos para uma posição de primazia rompe com a teia básica capaz de sustentar um regime democrático. Geralmente para dar resposta a um problema ou situação de crise em uma sociedade democrática, segmentos sociais podem levantar bandeiras e defender posições extremas, que podem se converter em verdadeiro perigo para a democracia. Por exemplo, em um contexto de crise de representatividade, são comuns propostas de intervenção militar e retomada do regime ditatorial que assombrou o Brasil no século passado – como se tal espécie de medida fosse indispensável para salvar o regime democrático (quando, na verdade, apenas o destruiria). Inúmeros outros exemplos de absolutização seriam possíveis: populismo político, ultraliberalismo etc. Este é o primeiro inimigo íntimo da democracia: a tentativa de redução do plural ao único, o que pode vulnerar o regime democrático, produzir “descomedimentos”.¹⁷

Os exemplos mencionados – discurso preconceituoso proferido por parlamentar e confecção de adesivos grotescos para atacar um adversário político – revelam fontes pulsantes de intolerância. Elas se conectam pelo fato de tentarem esmagar o diferente, de absolutizar uma determinada concepção de mundo. O primeiro caso, das mensagens de ódio contra homossexuais, revela tentativa de universalização de um conceito de vida pautado em uma específica crença religiosa, que, por princípio, atribui conteúdo axiológico negativo às relações homoafetivas por supostamente estarem em descompasso com os dogmas religiosos por ele defendidos. Há, pois, a tentativa de universalização da heterossexualidade como único padrão a ser aceito e cultivado. Não se trata de mera defesa de uma forma de vida, mas do anseio de *impor*, por meio da repressão moral e jurídica, uma determinada visão de mundo.¹⁸

¹³ Sobre os novos contornos do constitucionalismo, cf. CLÈVE, Clémerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹⁴ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 17.

¹⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 18.

¹⁶ A respeito do fato do pluralismo, cf. CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

¹⁷ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Ávila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012. p. 19.

¹⁸ A tentativa de enfraquecimento do reconhecimento e da proteção jurídica aos homossexuais pode ser visualizada, por exemplo, no Projeto de Lei n. 6583/13, do Deputado Federal Anderson Ferreira (PR/PE), conhecido como “Estatuto da Família”, que busca definir entidade familiar como núcleo decorrente da união entre homem e mulher – em franco retrocesso inclusive quanto à jurisprudência firmada no STF sobre o tema.

O segundo caso, dos adesivos ofensivos à Presidenta da República, revela igualmente uma tentativa de vulneração do opositor, de destruição política, das autoridades que divergem de suas concepções individuais. Em algumas situações, defende-se inclusive a destruição física dos opositores, com a pregação de morte contra pessoas adeptas de outro espectro político.¹⁹ No próprio adesivo é feita alusão ao estupro físico da autoridade, o que realça não só a intolerância em face do adversário político, mas também contra a mulher. Como se o opositor merecesse não apenas o ostracismo político, mas, sobretudo, uma agressão física pelo fato de ser mulher. A construção desse ideário de ódio à figura da Presidenta, e também de seu partido político, o Partido dos Trabalhadores, é calcada em uma visão de absolutismo, de extirpação do pensamento diferente. Não se ignora que o problema é complexo, e o sentimento de insatisfação dos cidadãos é muitas vezes justificado por erros do governo. No entanto, o desenvolvimento de discursos de ódio, de extermínio do opositor, escapa da mera *insatisfação*, *discordância*, convertendo-se em tentativa de abolir o adversário e consolidar uma forma única de visão política.

Ambos os exemplos ilustram rachaduras no regime democrático brasileiro. E a proliferação dessas espécies de situações pode apontar para um problema mais profundo e crônico. Por que, hoje em dia, são comuns manifestações de intolerância na mídia e até mesmo nas instituições públicas? Os cidadãos são incentivados a conviver harmonicamente e a respeitar a diferença? O que pode ser feito para superar esse estado de coisas? São problemas intestinos à democracia, e é por meio dela que se pode combatê-los. Uma das soluções apontadas por Todorov para combater esses inimigos é o desenvolvimento de um modelo educacional capaz de impingir nos cidadãos um código de diálogo razoável. É necessário construir uma “base cultural comum”, que, compartilhada, permita à pluralidade dos grupos e tradições conviver de maneira harmônica, pautados na tolerância e no respeito à diversidade.

Será que o sistema educacional brasileiro tem permitido o alcance deste objetivo, de construção de uma “base cultural comum”, de proliferação de valores e ideais mínimos capazes de incutir nos cidadãos a cultura da tolerância e do respeito? Considerando as situações narradas, a resposta intuitiva a que se chega é: não. Mas o tema não pode ser tratado de maneira simplista. Para amadurecer essa discussão, é necessário traçar as linhas gerais de funcionamento da escola brasileira. A partir daí, é possível fazer um diagnóstico mais acurado de suas falhas que podem conduzir a descomedimentos. Por outro lado, abre-se a perspectiva de adoção de práticas pedagógicas capazes de cultivar nos cidadãos os elementos indispensáveis ao gozo tolerante da liberdade. Afinal, a democracia não é feita apenas de instituições: os indivíduos, forjados em grande medida nos bancos escolares, desempenham relevante papel para o fortalecimento ou sucumbência de uma sociedade democrática.

¹⁹ Advogado paulista criou evento no Facebook com o título “Morte ao Lula”, com a “adesão” de mais de 1.500 usuários, e que tinha como descrição “este grupo visa enterrar essa figura que acabou com a vida de milhares de brasileiros”.

2. Diagnóstico da educação no Brasil

O território brasileiro, da época colonial até o fim do século XX, nunca foi um cenário propício ao desenvolvimento da democracia. A colonização portuguesa altamente predatória, o trabalho escravo ou exploratório, a concentração de poder dos senhorios – que possuíam tanto as terras quanto às “gentes”²⁰ – os poderes do capitão-mor, acordos oligárquicos, ditaduras militares são *flashes* elucidativos da ausência de condições necessárias ao desenvolvimento da ambiência democrática para o homem brasileiro. Não se cultivou, na história do Brasil, a responsabilidade social e política tão caras à vivência comunitária.²¹

Quando se trata de educação, a exclusão também foi a tônica na cronologia brasileira. O panorama político, sob o arrimo da classe dominante, jamais foi verdadeiramente comprometido com a formação de cidadãos livres e virtuosos, capazes de participar ativamente das deliberações políticas de seu país. Os números revelam séculos de mudez popular, ausência de condições mínimas de participação do povo nos rumos do país. Mesmo quando se trata do período posterior à (re)democratização brasileira, pós anos 80, logo se percebe que o Estado não foi capaz de garantir o mínimo de acesso aos direitos básicos, tal como o direito à educação, aos brasileiros, tanto quantitativamente nem qualitativamente – direitos tais que se configuram como verdadeiros pressupostos da participação democrática. Essa série de frustrações acumuladas e o lastimável fracasso do sistema educacional, notadamente quando se fala no ambiente pós-Constituição de 1988, não possuem uma causa só, mas são frutos de fatores conjugados.

Sobre a educação, Márcio da Costa elenca duas razões principais para a ocorrência do sistema deficitário: a racionalidade predominantemente liberal das opções políticas adotadas ao longo das décadas, bem como a existência de constantes restrições advindas de mecanismos internacionais de financiamento dos países em desenvolvimento.²² Paralelamente a essas duas questões centrais, outros agentes podem elencados como causadores da baixa qualidade do sistema de educação brasileiro, tais como o permanente baixo investimento do país na estruturação de um ensino universal de qualidade e a atuação preponderante de grupos políticos conservadores, como por exemplo a bancada evangélica do Congresso Nacional.

A lógica liberal no governo brasileiro operou efeitos no campo da educação ao menos por dois vieses distintos. Primeiramente, por meio de políticas de esvaziamento das máquinas públicas, sob o argumento de que a calamidade do sistema escolar anterior à década de 90 decorreria da inaptidão do Estado para prestar, sem ajuda de terceiros, serviços públicos de qualidade. Uma série de estratégias privatizantes e descentralizadoras acabaram por apagar

²⁰ Sobre a formação histórica e social brasileira, cf. FREYRE, Gilberto. *Casa-Grande & Senzala: Formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48. ed. São Paulo: Global, 2003.

²¹ FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 12, 67-71. Sobre história da educação, cf.: MANACORDA, Mario Aliguiero. *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*. Tradução de Gaetano Lo Monaco. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

²² COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 46.

do horizonte dos cidadãos a esperança de uma educação pública, democrática e de qualidade. Como consequência, no plano político prático houve, segundo Gaudêncio Frigotto, “uma brutal fragmentarização do sistema educacional e dos processos de conhecimento”. Sob tal perspectiva, materializou-se, por exemplo, o subsídio do Estado ao capital privado – a ponto de grandes empresas, como Bradesco e Rede Globo, criarem suas próprias escolas –; houve a proliferação de *parcerias* entre escolas públicas e empresas, que possuíam, em verdade, um caráter bem menos democrático que o termo sugere; verificou-se o surgimento acentuado de Organizações Não Governamentais (ONGs) ligadas ao ensino, que disputam muitas vezes o fundo público exclusivamente para autopagamento.²³

O segundo efeito perverso da lógica liberal à condução dos rumos da educação no Brasil ocorreu sob a ótica filosófica, construindo a ideia de que a *sociedade do conhecimento* deveria estar intrinsecamente ligada aos conceitos perpetuadores do sistema, tais como formação para a competitividade, qualificação e formação flexível, abstrata e polivalente, qualidade total, custo-benefício, custo-eficiência.²⁴ Diante de uma sociedade em sua maioria pobre, com o mercado de trabalho ditador de existência digna – e excludente daqueles inaptos à produção –, enrijeceu-se a ideia de que a busca por credenciais escolares seria sinônimo de ascensão social, garantia de espaço na economia. A título ilustrativo, como relembra Costa, durante o lançamento do Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade, em 1991, o então Presidente da República Collor de Mello discursou sobre a “urgência de uma ‘revolução educacional’ que permitisse ao país atingir patamares de competitividade mais elevados no mercado internacional”.²⁵

As determinantes da educabilidade, portanto, passaram a operar mediante a lógica de mercado, corroboradas pela falsa ilusão de que essa seria a alternativa eficiente em contraposição ao mau uso de recursos públicos de épocas anteriores – corroídas pela corrupção, pelo clientelismo e por todo ambiente antidemocrático anterior à nova ordem constitucional de 88. Sob tal influência, houve uma subcapilar reforma cultural quanto à perspectiva de acesso à educação, que se reduziu quase que totalmente a sinônimo de preparação para o mercado de trabalho.²⁶ A educação tornou-se a “a alavanca do progresso”. Como ressalta Paulo Freire, para o senso comum – que repercutia as verbalizações políticas e jornalísticas, “a ‘ignorância’ e o ‘atraso’ eram duas faces da mesma moeda”.²⁷ Tudo isso, no entanto, sob a visão unidimensional do mercado: o campo educativo passou a operar uma lógica utilitarista

²³ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 82-83.

²⁴ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 84.

²⁵ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 44-45, 57.

²⁶ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 43.

²⁷ FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974. p. 13.

e fragmentária do conhecimento e o saber como uma mercadoria, não como um processo construtivo da cidadania e do caráter dos cidadãos.²⁸

Márcio da Costa também cita como questão central ao dismantelamento da perspectiva multifacetária do acesso à educação no Brasil a pressão exercida por organismos financeiros internacionais. A partir da década de 70, como meio para controlar seus devedores, tais instituições passaram a traçar planos e diretrizes diversas como condições para obtenção de financiamentos. Os ditos países em desenvolvimento e endividados passaram a sofrer intervenção constante na política interna, de modo que, como ressalta Costa, o Banco Mundial e o FMI possuíam verdadeiro destaque no jornalismo cotidiano brasileiro. Há, então, verdadeira “deterioração dos termos de troca” entre organismos internacionais credores e países devedores, trazendo consigo um forte processo de implementação de políticas econômicas ortodoxas, privilegiando números em detrimento de qualidade, inclusive no campo da educação.²⁹

Segundo Gaudêncio Frigotto, exemplo dessa atuação é o sistema de avaliação até hoje vigente realizado pelo Ministério da Educação, o qual foi conformado por meio de métodos aplicados pelos organismos internacionais, que confundem e padronizam arbitrariamente o panorama do ensino no Brasil. Tais avaliações, muito embora não se tratem mais do que um teste padrão reducionista, revelam o óbvio: resultados profundamente desiguais entre instituições públicas, que sobrevivem com baixo investimento e condições institucionais precárias, e instituições privadas, que oferecem padrões de ensino mais bem amparados – ainda que quase sempre direcionados exclusivamente ao mercado – a um número reduzido de pessoas capazes de arcar financeiramente.³⁰

Pontua-se também como causas do sistema educacional degradado a atuação de práticas antidemocráticas por grupos de poder conservadores que permanecem nos quadros políticos brasileiros, e que acabam por balizar sob pontos de vista de seu interesse as decisões políticas acerca da educação que deveriam nutrir de cidadania os estudantes. Sobre o assunto, Márcio da Costa afirma que, no Brasil, o processo de redemocratização ocorreu com uma espécie de “transição sem ruptura: ascensão ao poder de grupos oposicionistas associados a outros oriundos dos esquemas de poder anteriores, que terminaram por herdarem também boa parte de seus métodos eivados de favorecimentos e relações fisiológicas, clientelistas e corruptas de toda sorte”. Como ressalta o educador, a interminável série de vitórias de coligações peemedebistas ocorridas desde a década de 80 até os dias de hoje são capazes de explicar o fracasso da história educacional na formação de sujeitos integralmente

²⁸ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 81.

²⁹ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 47. Sobre Banco Mundial e Educação, cf.: FONSECA, Marília. O banco mundial e a educação: reflexões sobre o caso brasileiro. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 159-183.

³⁰ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 81.

preparados para conviver em sociedade.³¹ Sobre o assunto, emblemático o famigerado caso do lobby evangélico contra a “cartilha gay” – que se tratava, em verdade, de material parte do programa “Brasil sem Homofobia”, focado na formação de educadores. Em 2011, o governo nacional paralisou sua distribuição em virtude da pressão de parlamentares fundamentalistas religiosos.³²

Por fim, sem prejuízo de outras razões, estudiosos do assunto também como motivo para a crise qualitativa do sistema de ensino o ranço ainda existente quanto à ideia já ultrapassada, mas não abandonada, da possibilidade de realização de um ensino neutro – fruto de uma racionalidade positivista instaurada principalmente em meados dos anos 60. Como explica Paulo Freire, os estudos sobre educação foram fortemente permeados por um caráter tecnicista e formal. Os formatos de estudo e de pesquisa que se distanciavam dos modelos positivistas eram considerados orientações viesadas e dotadas de baixa cientificidade, e que precisavam de correções metodológicas.³³

Ocorre que qualquer forma de transmissão de conhecimento e qualquer padrão educacional traz consigo marcas ideológicas inafastáveis, afinal, “conhecimento não se registre a poder, mas a vinculação é intestina.”³⁴

3. Quando o diálogo se converte em barbárie: alienação, intolerância e discursos de ódio nas sociedades democráticas

Durante o ano de 2015, foram várias as manifestações contrárias ao governo da Presidenta Dilma Rousseff. Embora também tenham sido empreendidas carreatas em defesa do governo, pesquisas mostram que é enorme a insatisfação com a atual conjuntura política do país.³⁵ Ajustes fiscais com restrições a direitos da classe trabalhadora, aumento do nível de desemprego e estagnação econômica, além de denúncias de corrupção envolvendo entidades da administração federal, dentre outros motivos, formam um caldo efervescente de motivos justificadores dos altos índices de rejeição ao governo. A oposição, portanto, tem boas pautas para tensionar a situação e eventualmente robustecer seu capital político junto à

³¹ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 45.

³² Sobre o assunto, interessante o artigo de Michael Apple e Anita Oliver, intitulado “Indo para a direita”, em que se relata problemas da mesma natureza ocorridos recentemente nos Estados Unidos. Grupos como “Citizens for Excellence in Education, Eagle Forum, Western Center for Law and Religious Freedom e Focus on the Family” desafiam as práticas e políticas educacionais, e fazem lobby até mesmo para mudar o conteúdo dos livros ou tirá-los das escolas. Cf., APPLE, Michael W.; OLIVER, Anita. Indo para a direita: a educação e a formação de movimentos conservadores. In: GENTILI, Pablo (org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 257.

³³ FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1985. p. 09.

³⁴ DEMO, Pedro. *Politicidade: Razão humana*. Campinas: Papirus, 2002. p. 37. Segundo o autor, não é exagero falar em “epistemologia do poder”, tamanha é a imbricação entre conhecer e poder.

³⁵ Pesquisa de popularidade de Dilma Rousseff, divulgada em 1º de julho de 2015, revela que consideram o governo bom ou ótimo 9% da população, enquanto que 68% o consideram ruim ou péssimo. Os dados podem ser conferidos em: <<http://www.cartacapital.com.br/blogs/parlatorio/avaliacao-positiva-do-governo-dilma-cai-para-9-4155.html/>> Acesso em 06 de jul. 2015.

população para ser colhido nas próximas eleições. Esse é o natural movimento democrático, e ele se agita com rapidez em contextos de dificuldades institucionais, como o que se passa no Brasil de 2015.

As manifestações populares, então, podem representar um bom termômetro sobre as falhas do governo, e trazer ao debate demandas que estejam em confronto com a linha de atuação governamental. Contudo não é necessariamente isso que tem ocorrido nas manifestações populares de oposição. Grupos como “Movimento Brasil Livre” e “Revoltados On Line”, além de vários cidadãos independentes, opositores ao governo, empreenderam caminhadas de protesto. Destaque para a passeata do dia 15 de março de 2015, que mobilizou milhares de pessoas em várias cidades do Brasil. Levantamento do Datafolha revelou que, em São Paulo, cidade que reuniu o maior número de protestantes, o movimento era formado essencialmente por pessoas de classe média e classe média-alta (68% com renda mensal acima de cinco salários mínimos), com alto nível de escolaridade (76% com nível superior). Quanto à motivação que os conduziu ao protesto, o levantamento apontou que 47% foram às ruas para protestar contra a corrupção, 27% declararam que compareceram para pedir o *impeachment* da Presidenta, enquanto que 20% estavam protestando contra o PT e 14% contra os políticos de maneira geral.³⁶

O que chamou a atenção no protesto foram as faixas com pedidos de intervenção militar, inclusive uma portando a suástica nazista. Também foram vistas faixas pedindo o extermínio físico da Presidenta Dilma Rousseff e do ex-Presidente Lula (inclusive foram pendurados bonecos enforcados os representando). Quem eventualmente discordasse da postura dos manifestantes era convidado a “ir para Cuba”. Os ataques também recaíram contra o pedagogo Paulo Freire, em faixas com a inscrição “Fora Paulo Freire” – o que não deixa de ser emblemático. Muitos manifestantes vestiam o uniforme da seleção brasileira de futebol, que ostenta o escudo da Confederação Brasileira de Futebol (CBF).

Naturalmente, manifestações de oposição política são válidas em uma sociedade democrática e pode revelar insatisfação com a conduta política dos governantes. Portanto, os protestos realizados contra qualquer governo devem ser protegidos pelo Direito como forma de se assegurar a livre manifestação do pensamento dos cidadãos. Contudo, as imagens e os números dos protestos acendem uma chama de alerta: em muitos momentos, o movimento de oposição pareceu descambar para uma brutalidade irracional, por vezes amparada exclusivamente no ódio contra um grupo político em específico, o Partido dos Trabalhadores, e contra a classe geral dos agentes políticos. A irracionalidade de vários participantes do movimento decorre, sobretudo, da intolerância de muitos em relação aos cidadãos filiados a ideários de esquerda (especialmente os participantes de movimentos sociais, como MST etc.), e pela rotulação automática do PT como partido corrupto (como se não recaíssem casos de corrupção em outros partidos).

Esse tipo de postura inviabiliza o debate racional sobre os pontos de divergência po-

³⁶ A pesquisa está disponível em <<http://www1.folha.uol.com.br/poder/2015/03/1603885-maioria-foi-as-ruas-contra-corrupcao-diz-datafolha.shtml>> Acesso em 05 de jul. 2015.

lítica, abrindo caminho para a prática de “descomedimentos”, que coloca em risco a própria democracia. Nota-se que as manifestações não foram pautadas em conteúdo programático de oposição ao governo, mas basicamente norteou-se contra o grupo político que o conduz, rotulado de corrupto. Curiosamente, os mesmos cidadãos que, em maioria, protestavam contra a corrupção, vestiam uniformes da CBF, recentemente envolvida em casos de desvios de recursos, pagamentos de propina etc., inclusive com a prisão de seu ex-Presidente. Também salta aos olhos que a grande maioria dos que propagavam o discurso de ódio ao governo eram altamente letrados e integrantes de camadas sociais privilegiadas. Ou seja, pessoas que passaram bons anos nos bancos escolares brasileiros disseminam práticas raivosas, de intolerância com o pensamento contrário. Ora, não é exatamente essa a essência da liberdade de expressão que embasa as sociedades democráticas, a possibilidade de ampla e livre expressão do pensamento, afastado de qualquer amarra ou intervenção do Estado? A propagação de discursos agressivos, até mesmo violentos, não é igualmente protegida como garantia fundamental? Como identificar um *discurso de ódio* e qual sua relação com o modelo educacional brasileiro?

De antemão, importa destacar que o exercício da liberdade de expressão como prática inerente ao Estado Democrático de Direito não se resume a um *direito negativo* – ou seja, o afastamento completo dos poderes públicos, outorgando aos indivíduos absoluta liberdade quanto à manifestação de pensamento. Embora esse modelo estatal exija ampla liberdade individual para o exercício das virtudes democráticas, essa autonomia não é absoluta nem constatada como um dado prévio e automático. Daniel Sarmento aponta que a intervenção estatal na esfera da liberdade de expressão volta-se a proteger dois valores que a embasam: a democracia e a proteção da autonomia individual. Em outras palavras, a liberdade é direito que encontra limites, como qualquer outra garantia ou direito fundamental, bem como são necessárias medidas de intervenção *positiva* do Estado para assegurar que a liberdade possa ser exercida de maneira igualitária e sob o manto da tolerância.³⁷ Tudo para que a manifestação do pensamento possa ser pautada na pluralidade, e não no discurso único, rejeitando-se qualquer discurso de ódio ou intolerância. Naturalmente, eventual intervenção estatal não pode apresentar caráter de patrulha de ideias ou de censura, voltando-se, pelo contrário, a assegurar o debate plural nos foros públicos de deliberação e formação de opinião, bem como o acesso democrático aos meios de propagação de ideias.³⁸

No que diz respeito à autonomia individual, Sarmento realça que tal garantia projeta-se, por um lado, na esfera de cada um dos participantes dos diálogos sociais (tanto dos autos

³⁷ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007, p. 19. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015. A respeito da possibilidade de limitação de direitos fundamentais, cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

³⁸ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007, p. 20. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

autores como dos receptores da comunicação) e, por outro, relaciona-se à real possibilidade de cada sujeito se comunicar.³⁹ Esses dois aspectos da autonomia sofisticam o debate em torno da liberdade de expressão como pilar da democracia, destacando a impossibilidade de resumi-la a mera “liberdade negativa”, revolta a qualquer limitação estatal.⁴⁰ Por um lado, deve ser assegurada a autonomia do receptor de decidir sobre as informações que vai acessar, vedando-se posturas paternalistas por parte do Estado, como forma de instigar os indivíduos a tornarem-se mais moralmente responsáveis sobre suas escolhas pessoais, seja em relação a suas convicções políticas, seja em relação a seu desenvolvimento individual. Para que a informação circule de maneira dinâmica e plural é necessária a atuação positiva do Estado, evitando-se o afunilamento e a monopolização dos discursos. De outra banda, a autonomia dos emissores de discursos também deve ser garantida por meio de condutas estatais positivas, não como mero ideal abstrato, mas por meio de medidas que removam obstáculos de acesso às formas de comunicação, impedindo a sua disponibilização a apenas alguns poucos segmentos de elite.⁴¹ A democratização dos meios de comunicação, nesse passo, é medida indispensável para a democracia.⁴²

É inerente à liberdade de expressão, portanto, como a qualquer outro direito fundamental, a possibilidade de intervenção restritiva do Estado com o objetivo de assegurar aos cidadãos, emissores e receptores, o exercício daquela garantia. O problema surge na definição da medida da intervenção. Trata-se de ponto sensível, que se extrapolado poderá gerar outro *descomedimento*, letal para a democracia, que é a limitação excessiva da liberdade de expressão, que cala os opositores e enaltece o discurso de uma determinada camada dominante. Ou seja, a atividade limitadora, apesar de reclamada para o adequado exercício compartilhado da liberdade de expressão, não pode jamais voltar-se para a edificação de um Estado ditatorial que, sob a aparência de Estado democrático, silencie as vozes discordantes, sejam elas políticas, culturais, ideológicas, religiosas etc.

Embora o tema, por si, ensejaria um afunilamento próprio, neste momento o que releva investigar é como os recentes discursos violentos verificados na sociedade brasileira podem ser compreendidos do ponto de vista teórico e, especificamente, qual sua relação com o modelo educacional brasileiro. Afinal, por que ainda hoje são tão comuns manifestações de ódio e intolerância contra cidadãos identificados com outro segmento político? Por que alguns cidadãos brasileiros nascidos na região sul e sudeste têm ódio de cidadãos brasileiros nascidos no norte e nordeste? Por que pessoas heteroafetivas sentem repulsa e

³⁹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007, p. 27. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁴⁰ Para uma análise densa a respeito da “liberdade negativa”, cf. GUSMÃO, Luis Augusto Sarmiento Cavalcanti. Constant e Berlin: a liberdade negativa com a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

⁴¹ SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007, p. 28. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESSO_O_PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁴² Sobre o tema, confira, nesta obra, o artigo “A delicada relação entre estado e o fenômeno da concentração dos meios de comunicação digital”.

raiva de pessoas homoafetivas, especialmente daquelas que manifestam sua orientação em público? O panorama ganha contornos mais complexos pelo fato de o Brasil não viver mais sob o regime de ditadura militar, que antecedeu a Constituição de 1988. Como sublinha Daniel Sarmiento, “O quadro hoje é menos o de um Governo autoritário, tentando calar os críticos e dissidentes, e mais o de juizes e legisladores buscando fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes.”⁴³

Os discursos de ódio, de menosprezo, de aviltamento, contra determinados grupos em razão de pré-conceitos relacionados à orientação sexual, à orientação política, à origem, à religião, entre outros, geralmente são denominados no âmbito do direito comparado de *hate speech*. O tema é recorrente em vários países ocidentais, e são encontradas posições judiciais e teóricas de distintas vertentes a respeito do tratamento que esse tipo de manifestação deveria ser enfrentado pelo sistema jurídico. De um lado, aqueles que defendem ser a liberdade de expressão valor que protege inclusive os discursos de ódio, por considerarem que a limitação do discurso não deve se pautar na concordância ou não com as ideias propagadas, por mais desprezíveis que possam ser. A censura não seria a solução para enfrentar esse tipo de manifestação, mas sim a ampliação do debate e a promoção de discursos que possam contrapor os intolerantes. De outro lado, aqueles que sustentam ser esse tipo de manifestação frontalmente contrária aos pilares essenciais que dão sustento à convivência social harmônica, além de violadores de direitos fundamentais das vítimas dos discursos, como a dignidade e a igualdade.⁴⁴ No Brasil, a questão foi enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal em 2003, quando do julgamento do caso Ellwanger (Habeas Corpus 82424), em que a Corte concluiu, por maioria, que a liberdade de expressão não alberga discursos racistas, como aquele empreendido pelo paciente do HC, que escreveu livro supostamente com intuito de promover manifesto antisemita.

Por ora, o que importa salientar é: independentemente do acerto ou erro da decisão do STF, por que os cidadãos se tornam intolerantes? Por que, a despeito do regime democrático instaurado pela Constituição de 1988, só se erguem vozes voltadas ao aniquilamento do diferente? Ainda, o que se pode fazer para enfrentar esse problema e contribuir para a formação de cidadãos aptos a conviverem de maneira tolerante e pacífica, em respeito à divergência de opiniões, crenças, orientações sexuais etc.? Naturalmente, as decisões jurídicas punitivas podem também colaborar com certo efeito pedagógico para evitar que sejam multiplicadas práticas não toleradas pelo regime democrático. Não se descarta que uma condenação criminal ou uma indenização por danos materiais ou morais possam eventualmente contribuir para reforçar os valores democráticos e igualitários consagrados na Constituição da República. No entanto, uma sociedade que pretenda alcançar o objetivo de convivência harmônica e tolerante entre seus cidadãos – como é o caso da sociedade almejada pelo projeto constitucional brasileiro, fundado na igualdade e na vedação à discriminação de qualquer

⁴³ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: _____. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 209.

⁴⁴ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: _____. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010. p. 211.

forma – precisa encontrar caminhos para a disseminação de uma base cultural comum. E essa base, necessariamente, engloba habilidades cognitivas e emocionais voltadas à prática da tolerância e do respeito ao outro com concepções de mundo distintas.

As respostas à primeira pergunta formulada acima – por que os cidadãos se tornam intolerantes – podem ser pensadas sob o prisma institucional ou sob o prisma particular. A partir da perspectiva institucional, a resposta exigirá uma análise estrutural a respeito dos mecanismos por meio dos quais pode o Estado promover as condições necessárias à disseminação de uma cultura da tolerância. Em outras palavras, reconhece-se que a construção de uma sociedade fundada no respeito e na convivência harmônica exige a adoção de medidas positivas pelos governos. De outro lado, a perspectiva individual consideraria os motivos pelos quais cada sujeito se torna tolerante ou intolerante. Embora haja interconexão entre as perspectivas – afinal, medidas governamentais podem contribuir para a formação de sujeitos mais tolerantes –, nesse momento interessa resgatar as condições institucionais que dificultam a sedimentação de uma base cultural voltada à tolerância.⁴⁵

Como analisado anteriormente, a escola brasileira possui problemas estruturais que limitam sua capacidade de edificação de um sistema educacional apto ao alcance das finalidades dele esperadas. Uma delas certamente é a educação para a cidadania, a cultivação e multiplicação de valores e habilidades que incutam no sujeito uma percepção de mundo afastada de preceitos violentos e autoritários e o preparem para o convívio democrático e parcimonioso. Vale ponderar que um objetivo dessa ordem colocado para a escola não configura cerceamento de autonomia individual ou tentativa de formatação intelectual dos sujeitos. Pelo contrário, defender uma educação que equipe o sujeito com habilidades de convivência e tolerância contribui para que seja ampliada a autonomia de cada indivíduo, pois, enquanto receptor de discursos, será ele abastecido com manifestações transmitidas de maneira democrática e plural, e não impostas por discursos agressivos e de dizimação do outro.⁴⁶

No entanto, como exposto, a escola brasileira, de maneira geral, não tem sido preparada para viabilizar esse tipo de formação cidadã indispensável para o compartilhamento de valores democráticos. Isso acarreta a edificação de sujeitos muitas vezes despreparados para a convivência tolerante com o diferente, abrindo brecha para descomedimentos que colocam em risco a própria sobrevivência da democracia. Corre-se o risco, pois, de os discursos, pretensamente prolatados com interesses democráticos, converterem-se em barbárie, como é o caso da propagação de *hate speech*, que se disseminados podem culminar no aniquilamento, físico ou moral, de sujeitos integrados a setores da sociedade contra os quais se voltam os

⁴⁵ Naturalmente, as causas da intolerância são múltiplas e complexas. Cass R. Sunstein analisa como, do ponto de vista psicológico e organizacional, pessoas integrantes de sociedades democráticas podem se tornar mais extremistas e intolerantes. Cf. SUNSTEIN, Cass R. *A era do radicalismo*: entenda por que as pessoas se tornam extremistas. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

⁴⁶ Cass Sunstein aponta que, do ponto de vista da edificação de uma sociedade pautada em uma concepção de democracia deliberativa, existem boas razões para justificar a intervenção do governo no financiamento de um sistema público de ensino como, por exemplo, para "fomentar o desenvolvimento de uma entidade política nacional (ou estadualmente) integrada, para promover a cidadania, e para dinamitar as barreiras da raça, religião e classe.". SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p. 404.

propagadores de discursos de ódio. Embora seja possível a intervenção estatal para a limitação da liberdade de expressão, na situação em foco é indispensável uma ampla intervenção estatal para garantir o desenvolvimento das condições estruturais necessárias para que a escola, pública ou privada, local de formação básica de praticamente todos os indivíduos do país, se converta em instrumento de formação cidadã.⁴⁷

4. A escola emancipatória

Demonstrou-se, acima, que a escola até hoje não recebeu a dedicação necessária para seu adequado desenvolvimento e para que pudesse se converter em instrumento de efetiva formação de cidadãos. O orçamento público nunca priorizou revolucionar o panorama de exclusão no campo educacional, e que não houve atenção nem em quantidade – abrangência do acesso à educação – nem em qualidade, a não ser aquela estritamente preparatória para a formação profissional. Principalmente na ambiência pós década de 1980, o sistema educacional se desenvolveu sob prisma de contornos notadamente liberais, com a desvalorização da escola pública, a propagação da cultura do conhecimento para a competição e o mercado de trabalho etc. Conexo a isso, o Brasil sofreu, principalmente a partir dos anos 1970, influência mais agressiva de instituições internacionais de financiamento, que condicionavam a obtenção de crédito à observância de parâmetros e controles de qualidade rasos e com foco apenas em números, com certo menosprezo do viés qualitativo. O cenário se completa com a forte influência, no campo da teoria, daqueles que pregavam a neutralidade da pedagogia.

Constata-se, pois, no campo da educação, forte crise nas esferas teórica, ideológica, ético-política e econômica. Na vivência histórica brasileira, as tentativas de reformulação do sistema educacional a partir de um viés democrático, especialmente as de inspiração marxista, acabaram em gral frustradas. Como aponta Gaudêncio Frigotto, os reclames por *reformas de base* das décadas de 1950/1960 foram sufocadas pelo golpe militar de 1964; a reforma universitária de 1968 foi pautada por uma perspectiva economicista, orientada pela *teoria do capital humano* (que visa quantificar o trabalho do homem como mais um custo, que pode ser otimizado em favor dos ganhos do capital), que forjou um modelo notadamente tecnicista; a reforma de primeiro e segundo graus, de 1971, culminou por adequar o sistema educacional brasileiro aos anseios de uma elite conservadora e autoritária que se arvorava no regime ditatorial.⁴⁸

⁴⁷ Embora não seja uma prática amplamente difundida no Brasil, a educação domiciliar dos filhos por seus próprios pais recentemente ganhou repercussão no cenário jurídico brasileiro. O Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), em seu art. 55, dispõe que “Os pais ou responsável têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino”. Por outro lado, alguns pais não têm matriculado seus filhos na rede regular, optando por ministrarem a seus filhos as lições que receberiam na escola. A prática, conhecida como *homeschooling*, por vezes é coibida pelo Ministério Público, e acaba ensejando o debate judicial da matéria. No ano de 2015, o Supremo Tribunal Federal reconheceu repercussão geral ao Recurso Extraordinário 888.815, relatado pelo Ministro Luís Roberto Barroso e interposto contra Acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que concluiu pela inexistência de direito líquido e certo à manutenção do sistema de educação domiciliar.

⁴⁸ FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

Esses pilares continuam influenciando, até hoje, o funcionamento da escola brasileira, com um norte orientado pela lógica liberal, que se ocupa de perpetuar a racionalidade de mercado, subjugando o espaço da sala de aula, que é por excelência o espaço de desenvolvimento das noções de convivência, harmonia, tolerância. Pablo Gentili, de maneira acertada, critica fortemente os pilares educacionais brasileiros cunhados nesse período, o quais, para o autor, promoveram um redimensionamento de sentido do direito à educação que sustenta uma estrutura antidemocrática no país. A estratégia da classe dominante durante a ditadura militar, de fincar raiz no processo de formação cultural dos brasileiros, com a redefinição do sentido da escola e da educação, alavancou as possibilidades de sucesso em suas empreitadas políticas. Diz Gentili que “o neoliberalismo precisa – em primeiro lugar, ainda que não unicamente – despolitizar a educação, dando-lhe um novo significado como mercadoria para garantir, assim, o triunfo de suas estratégias mercantilizantes e o necessário consenso em torno delas.”⁴⁹.

Exemplo dessa nova faceta da educação é a supervalorização da individualidade, que passa a parametrizar a ideia de justiça nas escolas: merece receber maior incentivo e destaque o aluno que apresenta um desempenho individual destacado. Arelada a essa ideia, a competitividade soergue-se como a lógica por excelência de distribuição das benesses e honrarias da escola. Quanto mais o sujeito busca se distanciar de seus colegas, enaltecendo suas habilidades individuais, mais será ele recompensado pelo sistema educacional.⁵⁰ Talvez o ponto culminante, em que resta indisfarçável a lógica da competitividade e do individualismo, seja o momento do vestibular (hoje em dia centralizado, em grande medida, no exame do Enem), em que todos os estudantes devem digladiar entre si para quiçá conquistarem, ao final de longo e doloroso processo, uma vaga no ensino superior. Aqueles que alcançam a linha de chegada com sucesso são enaltecidos como vencedores, sendo destacados seus méritos individuais de esforço, dedicação e capacidade individual.

Curiosa é a percepção axiológica que se faz em situações como essas, como matéria

p. 80. Desenvolveu o tema do capital humano no Brasil, dentre outros, Cláudio de Moura Castro. Cf.: CASTRO, Cláudio de Moura. *Desenvolvimento econômico, educação e educabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: FENAME, 1976. Uma crítica vigorosa à teoria do capital humano é encontrada em Vanilda Paiva e Henrique Rattner: “Transformar o sistema educacional atual, orientado exclusivamente para as necessidades do mercado e do sistema produtivo, em educação permanente, em função das aspirações e vocações dos indivíduos, significaria essencialmente uma distribuição mais equitativa e democrática do ‘saber’ e, com isto, acesso às oportunidades de melhores empregos e de participação cultural e política. Nas condições estruturais e conjunturais das sociedades menos desenvolvidas, a democratização do ensino e sua extensão como educação permanente são inconcebíveis sem mudanças substanciais na distribuição social da riqueza das terras, da renda, e, em última análise, do poder. [...] Tanto o sistema capitalista, e com mais razão o neocapitalismo tardio e ‘selvagem’, quanto o tecnoburocrático enfatizam a necessidade de aumentar a produtividade em função da qual o sistema educacional deve formar e treinar ‘recursos humanos’. Todavia, a racionalização do futuro econômico da sociedade sem encarar os problemas da cultura, identidade e florescimento da personalidade dos indivíduos significa vicia a análise por um reducionismo economicista estéril.” PAIVA, Vanilda; RATTNER, Henrique. *Educação Permanente & Capitalismo Tardio*. São Paulo: Cortez, 1985. p. 134.

⁴⁹ GENTILI, Pablo. Adeus à escola pública: a desordem neoliberal, a violência do mercado e o destino da educação da maioria. In: _____ (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 280.

⁵⁰ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 61.

jornalística que exaltou o fato de que a estudante aprovada em primeiro lugar na faculdade de medicina da Unifesp estudava quatorze horas por dia.⁵¹ O fato, naturalmente, é celebrado como grande conquista individual, resultado do esmero empreendido pela jovem. O problema não está em valorizar uma grande habilidade pessoal do aluno, mas sim em *normalizar* um fato que deve ser objeto de profunda reflexão. Em primeiro lugar, por que é necessário um esforço tão grande para se conseguir uma vaga no ensino superior? É justa a abissal diferença remuneratória entre as carreiras profissionais, que acaba por promover o afunilamento da disputa em algumas carreias? É justo um sistema de seleção baseado exclusivamente no desempenho individual obtido em uma prova? Não existem outras habilidades que devem ser consideradas para a definição do destino profissional de cada um? Afinal, coloca-se em risco a própria integridade física e psicológica de jovens para que possam conquistar um sonhado objetivo.

Diante desse panorama, o que fazer? Em primeiro lugar, deve-se tomar consciência da situação, com a percepção inequívoca de que não há transmissão de conhecimento neutra – nem, muito menos, escola neutra. Em outras palavras, dar à educação uma conotação emancipadora, atrelada ao projeto democrático que orienta o edifício constitucional brasileiro, de modo a superar a lógica irracional que fomenta a formação de sujeitos individualistas e intolerantes. Em segundo lugar, romper de vez com a falsa ideia de que não há escola de outra forma. Há de se buscar conversar sobre maneiras alternativas de educar. Em terceiro lugar, reconhecer ações que já existam e buscar ampliá-las, dar voz àqueles que desenvolvem práticas condizentes com uma visão democratizante da educação. A fórmula não é definitiva nem exauriente, mas permite arejar algumas percepções enraizadas no sistema educacional brasileiro. Nos próximos parágrafos esses itens serão melhor analisados.

A primeira questão suscitada – ausência de neutralidade na educação – exige um posicionamento sobre qual modelo educacional é almejado. Nessa linha, entende-se que se coaduna com o projeto democrático e igualitário edificado pela Constituição, uma educação de caráter inclusivo, apta a promover a inclusão social, cultural e econômica de todos os cidadãos. Para isso, devem ser cultivados métodos e condições que reforcem pontos de diálogo e de solidariedade, com o arrefecimento do caráter individualista e competitivo até então predominante. Não que a competição e o desenvolvimento de habilidades individuais não sejam importantes. O que se refuta é o enaltecimento de apenas *algumas* habilidades individuais, em geral pautadas pelo mercado, com a conseqüente desvalorização e exclusão de grossa camada de cidadãos.⁵²

⁵¹ A notícia pode ser consultada em: <<http://vestibular.uol.com.br/noticias/redacao/2015/01/27/aprovada-em-1-lugar-em-medicina-na-unifesp-estudava-14h-por-dia.htm>> Acesso em 15 jul. 2015.

⁵² Ao falar sobre o tema, Paulo Freire destaca que "A alfabetização de adultos deve ser vista, analisada e compreendida desta forma. O analista crítico descobrirá nos métodos e nos textos usados pelos educadores opções valorativas que revelam uma filosofia do ser humano, bem ou mal esboçada, coerente ou incoerente, assim como uma opção política, explícita ou disfarçada. Somente uma mentalidade mecanicista, que Marx chamaria de "grosseiramente materialista", poderia reduzir a alfabetização de adultos a uma ação puramente técnica. Esta mentalidade ingênua não seria capaz, por outro lado, de perceber que a técnica, em si mesma, como instrumento de que se servem os seres humanos em sua orientação no mundo, não é neutra." FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra. 1976. p. 43.

Nessa esteira, a educação deve promover não só a formação técnica do estudante, mas, também, instaurar uma cultura do diálogo, que permita aos cidadãos formarem uma consciência crítica sobre a sua própria condição e a condição de seus semelhantes. Do contrário, como destaca Paulo Freire, estarão sendo formados cidadãos “alfabetizados” do ponto de vista linguístico, mas absolutamente analfabetos sob a perspectiva política, por não serem dotados da aparelhagem cognitiva que lhes permita interpretar o mundo com maior sofisticação, resumindo-se a ler sua realidade como um “fato dado”. A alfabetização “política”, portanto, reclama a transmissão do conhecimento a partir de seus condicionamentos histórico-sociológicos, com a problematização das relações entre os homens e entre os homens e a natureza, afastando-se, com isso, de um modelo que prima pela mera exposição dos fatos – ou melhor, de alguns fatos que formatam uma visão de mundo previamente delineada para ser impunemente aceita pelos estudantes.⁵³

A educação emancipatória, ou libertadora, reconhece o processo de aprendizado não como mero ato de transferência de conhecimento, mas como ato de conhecer, num processo que integra a realidade dos educandos e educadores, bem como as peculiaridades sócio-históricas que os circundam. É a educação libertadora, humanizante, capaz de superar o conteúdo totalizador, domesticador, do modelo educacional que foi edificado no Brasil. A escola, assim, deve fugir da condição de controladora social, de instrumento de adaptação do educando ao seu meio, de modo a erigir-se como lugar por excelência de humanização do sujeito, capaz de compreender a sua própria realidade.⁵⁴ Para isso, é imprescindível que o próprio educador tome consciência do caráter político, não neutro, de sua intervenção, de modo a atuar para evitar falsificações ou mitificações do que é ensinado.⁵⁵ Também o desenho institucional da escola deve ser superado, de modo que o diretor não seja equiparado a “administrador” do estabelecimento, quase um paralelo com o administrador de empresas.⁵⁶

Jamais pode se perder de vista, ainda, que a educação está relacionada com a reprodução do próprio regime de tolerância. Vale dizer: mais do que preparar o aluno para a inserção no mercado de trabalho, é capaz de prepará-lo para a inserção no regime democrático, que opera em constante desenvolvimento. Nesse sentido, Michael Walzer destaca ser óbvio o dever de o sistema educacional ensinar todas as crianças, sem distinção de grupos

⁵³ FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 90-91.

⁵⁴ FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976. p. 99-101.

⁵⁵ FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1985. p. 25-26.

⁵⁶ Sobre o tema, veja trecho do debate travado entre Paulo Freire, Moacir Gadotti e Sérgio Guimarães: “Dentro da estrutura da escola se questiona totalmente o papel do diretor como administrador, como se a escola fosse uma empresa. Como administrador, o diretor deixou então de ser educador no sentido de que antes competia a ele toda a tarefa de direção da escola, também no sentido psicológico e vocacional, hoje atribuída ao supervisor. Hoje o diretor é um mero executor de uma legislação, repassador de instruções sobre as quais não tem controle e cujas finalidades não discutiu.” FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1985, p. 88-89.

a que elas pertençam, o valor de seus próprios arranjos constitucionais e as virtudes de seus fundadores, heróis e líderes atuais.⁵⁷

Certamente, essas mudanças são complexas e exigem a articulação de variadas frentes e medidas. Não basta mera decisão política de mudança se não forem adotadas as políticas necessárias à reestruturação da escola, inclusive do ponto de vista físico e estrutural.⁵⁸ De qualquer modo, é necessário trilhar um caminho, e o trajeto que ora se sugere é capaz de interromper o círculo vicioso que se movimenta a partir do desenho educacional brasileiro, com a formação de sujeitos despreparados do ponto de vista técnico-profissional e incapacitados de exercerem as virtudes democráticas necessárias ao convívio tolerante. Sobretudo em tempos de crise econômica, quando o contexto por vezes faz levantar vozes de readequação da escola aos novos tempos, é que se faz necessária a defesa intransigente da escola espaço que jamais pode abdicar de seu caráter libertador e inclusivo.⁵⁹

Há que se romper, portanto, com o pensamento que não vislumbra outro tipo de escola. Inclusive inserir no debate métodos pedagógicos alternativos, que forneçam aos indivíduos as habilidades necessárias ao seu desenvolvimento individual e ao convívio tolerante e inclusivo. Trata-se, pois, de uma educação que seja “omnilateral” e “politécnica”, ou seja, capaz de incutir no cidadão habilidades múltiplas, não apenas relacionadas a suas destrezas técnicas individuais, abrindo-se também para a convivência em sociedade.⁶⁰ Veja-se que até mesmo países com sistema de ensino de ponta, como a Finlândia, tem promovido reformas com o objetivo de ampliar a multidisciplinaridade do ensino – o que será feito a partir do desenvolvimento de competências transversais acopladas às disciplinas escolares, mas com a diminuição das fronteiras entre cada disciplina. O país também incentiva os educadores a desenvolverem métodos inovadores. A ideia é que os estudantes desenvolvam maior capacidade de compreender e avaliar o próprio processo de aprendizagem, adquirindo maior consciência e responsabilidade sobre o conhecimento desenvolvido.⁶¹

⁵⁷ WALZER, Michael. *Da tolerância*. (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 93.

⁵⁸ Como aponta Daniel Suárez, para a democratização das práticas pedagógicas é necessário aprofundar o processo político de amadurecimento dos valores a serem compartilhados e sedimentados nos novos currículos: Para que esse discurso pedagógico adquira um caráter radicalmente democratizador e contribua para a elaboração de uma plataforma moral coletiva para a defesa e a luta pelos direitos cívicos, políticos e sociais (majoritários) deslocados pela proeminência da ética do livre mercado e do consumo, também é necessário redefinir a linguagem da ética pública e da cidadania. Trata-se não apenas de estimular a memória social e histórica dos setores subordinados para recuperar o sentido democrático de velhas lutas e velhas conquistas, mas também de promover, ampliar e aprofundar o debate coletivo em torno de valores que priorizem e reivindiquem a igualdade, o respeito às diferenças, a solidariedade, o bem público, a justiça. Somente neste quadro a luta para contestar a política do conhecimento oficial moldada nas propostas curriculares e para impor critérios de seleção e organização de conteúdos de caráter mais democrático começarão a ter um sentido político e não meramente técnico. SUÁREZ, Daniel. O princípio educativo da nova direita: neoliberalismo, ética e escola pública. In: GENTILI, Pablo (org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 249.

⁵⁹ COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 67.

⁶⁰ HOBBSAWM, Eric. Adeus a tudo aquilo. In: BLACKBURN (Org.). *Depois da queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

⁶¹ Informação publicada em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/03/finlandia-reforma-educacao-mas-nega-o-fim-das-disciplinas-tradicionais.html>> Acesso em 22 jun. 2015.

5. Educar para libertar: a construção da cultura do diálogo e da tolerância

Para a construção de uma sociedade democrática não são necessárias apenas instituições. São necessários, também, cidadãos que operem os instrumentos da democracia. A plenitude do indivíduo em sua força, confiança e expressividade ocorre, indiscutivelmente, quando é capaz de participar da vida comum e, assim, sentir-se responsável *perante e por* outras pessoas.⁶²

Clèmerson Merlin Clève defende que o conceito de cidadão deve ser compreendido a partir de uma acepção ampla, não adstrito àqueles detentores de direitos políticos, que se notabilizam pela capacidade de votarem e serem votados. Mais que isso, “o conteúdo do termo cidadão, nesse caso, identifica-se com o sujeito arquiteto da história pessoal ou da comunidade que integra. Sujeito ativo da cena política e provocador da mudança. Homem envolto nas relações que comandam a historicidade e a natureza da política. Enfim, cidadão compreendido, a um tempo, como ser humano e sujeito político.”⁶³ É preciso, pois, pensar na formação desse sujeito político, especialmente para garantir a estruturação dos mecanismos que o levarão à convivência democrática e tolerante.

Discutir sobre a escola brasileira, nesse passo, é fundamental. É nela onde são forjados os cidadãos que serão responsáveis por interagir e construir o espaço público do país. Formar cidadãos não significa massificar e ordenar a educação por um caminho único. É exatamente o contrário. É pensar em meios que garantam instituições estruturadas adequadamente e processos pedagógicos não apenas voltados ao conhecimento técnico ou à formação de profissionais. O ensino meramente profissionalizante ou unicamente voltado à sedimentação de conteúdos necessários para a formação técnica dos sujeitos perde grande parte de seu potencial emancipador, seu potencial de libertar os indivíduos para a vivência plural e respeitosa. Enfim, torna-se um ensino que produz profissionais, mas que dificilmente formará cidadãos. Naturalmente, é indispensável a formação de profissionais – no entanto, esses profissionais devem ser ao mesmo tempo cidadãos, capazes de formular juízos críticos de sua realidade sócio-histórica e de atuar com respeito e tolerância em face das minorias e de outros grupos sociais.

A educação democrática, nesse sentido, revela-se um treinamento para o pensamento crítico, sem que se perca a perspectiva da tolerância. Ao conviver em curso e se habituar a deliberar, discutir, assumir posições, o cidadão aprende a construir a perspectiva crítica, com lealdade própria e ao mesmo tempo cultiva a tolerância, e as escolas podem atender de maneira ímpar esta última necessidade, ao reconhecer a pluralidade de culturas.⁶⁴

É importante ter em mente, ainda, como esclarece Bobbio, que há tolerância “ruim” e intolerância “boa” e, por outro lado, tolerância “boa” e intolerância “ruim”, que se constroem como pares opostos de valores (tolerância boa x intolerância ruim e intolerância boa x

⁶² WALZER, Michael. *Da tolerância*. (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 135.

⁶³ CLÉVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 83.

⁶⁴ WALZER, Michael. *Da tolerância*. (trad. Almiro Pisetta). São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 143.

tolerância ruim). Vale dizer, a defesa da construção de uma sociedade pautada no convívio harmônico entre os cidadãos, em cultivo à liberdade e ao respeito ao pensamento diferente, consubstancia o que pode ser chamado de tolerância boa, que se opõe a qualquer forma de preconceito e discriminação, bem como a condutas de ódio contra outros segmentos sociais ou políticos (intolerância ruim). De outro lado, tolerância ruim é aquela atrelada ao sentimento de indiferença, permissividade, ante a opressão, a barbárie imposta contra grupos vulneráveis, com a tentativa de calar a voz dissidente – contra esse tipo de postura deve levantar-se uma intolerância positiva, de combate às formas de aniquilamento do diferente. O conteúdo de cada uma dessas perspectivas da tolerância e da intolerância é histórico, e não absoluto, devendo ser preenchido a partir das peculiaridades vivenciadas em cada momento.⁶⁵

É nessa linha teórica, de intolerância “boa” que combate a tolerância “ruim”, que se defende a estruturação de um modelo educacional transformador, capaz de superar as práticas de violência que impedem o compartilhamento harmônico do mesmo território e que colocam em risco o funcionamento da democracia. Necessário, pois, que a escola seja capaz de sedimentar uma base cultural comum – não para uniformizar e massificar o pensamento, mas para reforçar os pontos de interação entre os sujeitos, de modo a estabelecer elos de solidariedade entre eles, bem como equipá-los com as habilidades indispensáveis para a uma vivência cidadã. A abertura para uma pedagogia plural, nessa esteira, não significa o enaltecimento de um relativismo cultural absoluto, que simplesmente aceita qualquer manifestação a partir de sua lógica interna – esse relativismo pode justamente legitimar posturas sectárias e discriminatórias, como aquelas que aviltam a figura da mulher ou dos homossexuais. É preciso caminhar para o amadurecimento de práticas pedagógicas que sedimentem nos estudantes valores democráticos de tolerância e respeito, somada à rejeição das estruturas de violência e discriminação. Trata-se de perfil alinhado à chamada *pedagogia crítica*, que tem como desafio “conciliar o currículo multiculturalista e a questão da libertação. A solidariedade multicultural libertadora não significa uma harmonia sólida entre as culturas, mas contém antagonismos e incertezas. Ela está mais orientada em potencializar pontos de interação do que harmonizar interesses conflitantes.”⁶⁶

O desenvolvimento de uma base cultural comum, nessa toada, não visa à formação de consensos nem à eliminação do conflito. A articulação do dissenso é que está na base da convivência democrática: reconhecida a igualdade entre os cidadãos, e cabendo a todos eles intervir na condução da coisa pública, a democracia se desenvolve como fórmula capaz de viabilizar a cada um ser também ator de sua história política, a despeito das inúmeras diferenças existentes entre os indivíduos e os grupos sociais. No entanto o dissenso não pode, jamais, confundir-se com intolerância. A divergência – política, cultural etc. – não autoriza a adoção de medidas de violência (simbólica, física, verbal etc.) para aniquilar o diferente. A

⁶⁵ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 210-213.

⁶⁶ CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites*: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade. São Paulo: Unesp, 2003. p. 164. Ainda sobre o tema do multiculturalismo crítico, cf. MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. Trad. Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 2000.

prática política nos diversos espaços sociais (Congresso Nacional, escola, associação, redes sociais etc.) deve ser orientada pelo respeito e reconhecimento do outro como igualmente participe da comunidade democrática. Como aponta Marcelo Neves, numa sociedade complexa e pretensamente democrática “a diversidade de valores, interesses, crenças e etnias no mesmo espaço social e político é que torna possível a implantação do princípio da igualdade. [...] Nesse sentido, o princípio da igualdade só se realiza enquanto viabiliza respeito recíproco e simétrico às diferenças.”⁶⁷.

A escola representa, no Brasil, local privilegiado para o desenvolvimento de um pilar indispensável à democracia, que é o cultivo de valores básicos relacionados à cidadania e à tolerância. A democracia não é feita apenas de instituições, mas também de indivíduos, e é na escola onde praticamente todos os brasileiros encontram a base de sua formação pessoal e intelectual. Seja por determinação legal (notadamente a previsão do art. 55 do ECA, que obriga a matrícula na rede regular de ensino), seja por tradição das sociedades ocidentais, a escola possui um inegável papel na consolidação da democracia no país. Por isso se torna indispensável refletir sobre seu papel e sua potencialidade para a fortificação de uma “base cultural comum”, conforme leciona Todorov, que viabilize a multiplicação de valores democráticos.

Apesar de seu potencial, a escola brasileira, de maneira geral, tem se mostrado incapaz de alcançar esse objetivo. A despeito do esforço de milhares de professores e outros profissionais da educação, que mesmo com precárias condições de trabalho desenvolvem iniciativas inovadoras e na tentativa de garantir a formação adequada de seus alunos, a escola, enquanto instituição, e os modelos pedagógicos utilizados precisam ser transformados para que o regime democrático do Brasil possa dar um passo adiante. Certamente o problema educacional não é o único responsável pelo déficit de democracia das instituições, bem como não existem soluções mágicas e universais capazes de superarem imediatamente as dificuldades. Mas é necessário agir para que um novo horizonte possa ser vislumbrado. E a escola, sem dúvida, é um ponto basilar a ser repensado, tanto do ponto de vista institucional como do ponto de vista pedagógico.

E a superação do atual modelo exige, necessariamente, a reformulação do sistema pela raiz, para que a escola se converta num centro de formação intelectual e cidadã, preparando o indivíduo não só para a vida profissional, como também para o convívio tolerante e democrático. Aliás, vale pontuar que sequer o objetivo de formação técnica dos estudantes é hoje alcançado, haja vista o déficit quantitativo (de profissionais, recursos e estrutura, de modo geral) e qualitativo (sistema educacional problemático, modelo pedagógico carente de reformas, grades curriculares que não dialogam com a realidade dos aprendizes etc.). Conforme atenta Pedro Demo, hoje impera um instrucionismo em nosso meio: “não se forma gente capaz de história própria, mas lacaios de um sistema perverso e que precisa de imbecilizados para se manter.”⁶⁸. Ao mesmo tempo em que o diagnóstico aponta para uma situação

⁶⁷ NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001. p. 334.

⁶⁸ DEMO, Pedro. *Politicidade: Razão humana*. Campinas: Papyrus, 2002. p. 165.

de crise, alternativas são delineadas para superar esse estado de coisas. Novos e democráticos arranjos institucionais, bem como currículos e práticas pedagógicas que escapam do monismo tradicional e que tencionam uma formação cidadã dos futuros profissionais. Não se trata de projeto imediatista, exigindo esforço e contínuo debate para que sua implementação para promover uma reviravolta na escola brasileira. Embora o caminho não seja linear nem isento de percalços, sua escolha é inevitável para que se vislumbrem tempos de liberdade, não de cólera.

Referências

APPLE, Michael W.; OLIVER, Anita. Indo para a direita: a educação e a formação de movimentos conservadores. In: GENTILI, Pablo (org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

ARROYO, Miguel González. Reinventar a política - reinventar o sistema de educação. *Educação & Sociedade*, v. 34, p. 653-678, 2013.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Direito Administrativo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CARDOSO, Clodoaldo Meneguello. *Tolerância e seus limites: um olhar latino-americano sobre diversidade e desigualdade*. São Paulo: Unesp, 2003.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, Direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Temas de direito constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

CASTRO, Cláudio de Moura. *Desenvolvimento econômico, educação e educabilidade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Fename, 1976.

COSTA, Márcio da. A educação em tempos de conservadorismo. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

COSTA, Pietro. O Estado de Direito: uma introdução histórica. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). *O Estado de Direito: história, teoria, crítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Pietro. *Poucos, muitos, todos: lições de história da democracia*. Trad. Luiz Ernani Fritolli. Curitiba: UFPR, 2012.

COSTA, Pietro. *Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010.

DEMO, Pedro. *Politicidade: Razão humana*. Campinas: Papirus, 2002.

FONSECA, Marília. O banco mundial e a educação: reflexões sobre o caso brasileiro. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

FREIRE, Paulo. *Ação cultural para a liberdade e outros escritos*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1976.

FREIRE, Paulo. *Educação como prática da liberdade*. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

FREIRE, Paulo; GADOTTI, Moacir; GUIMARÃES, Sérgio. *Pedagogia: diálogo e conflito*. São Paulo: Cortez, 1985.

FREITAS, Riva Sobrado de; CASTRO, Matheus Felipe de. Liberdade de expressão e discurso do ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. *Sequência*, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100014&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 2 jun. 2015.

FRIGOTTO, Gaudêncio. Os delírios da razão: crise do capital e metamorfose conceitual no campo educacional. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. Barueri/SP: Manole, 2003.

GENTILI, Pablo. Adeus à escola pública: a desordem neoliberal, a violência do mercado e o destino da educação da maioria. In: _____ (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

GUSMÃO, Luis Augusto Sarmiento Cavalcanti. Constant e Berlin: a liberdade negativa com a liberdade dos modernos. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.

HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: Por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. 2014. 625f. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HOBBSAWM, Eric. Adeus a tudo aquilo. In: BLACKBURN (Org.). *Depois da queda: o fracasso do comunismo e o futuro do socialismo*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

MANACORDA, Mario Aliquero. *História da educação: da antiguidade aos nossos dias*. Tradução de Gaetano Lo Monaco. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

MCLAREN, Peter. *Multiculturalismo crítico*. Trad. Bebel Orofino Schaefer. São Paulo: Cortez, 2000.

MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MONTEMEZZO, Francielle Pasternak. *Jurisdição constitucional e os direitos fundamentais sociais: a atuação do Poder Judiciário no controle de políticas públicas*. 2014. 251f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná,
- NEVES, Marcelo. Justiça e diferença numa sociedade global complexa. In: SOUZA, Jessé (Org.). *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Brasília: UnB, 2001.
- PACHECO, José Augusto. Currículo e gestão escolar no contexto das políticas educacionais. *RBPAE*, v. 27, n. 3, p. 361-588, set./dez. 2011.
- PAIVA, Vanilda; RATTNER, Henrique. *Educação Permanente & Capitalismo Tardio*. São Paulo: Cortez, 1985.
- PIVETTA, Saulo Lindorfer. *Direito fundamental à saúde: regime jurídico, políticas públicas e controle judicial*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2014.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Constituição e democracia – tijolo por tijolo em um desenho (quase) lógico: vinte anos de construção do projeto democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- SANDEL, Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed., rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: _____. *Livres e Iguais: estudos de direito constitucional*. 2. tir. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.
- SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 16, maio/ago. 2007, p. 19. Disponível em <http://www.direitopublico.com.br/pdf_seguro/LIBERDADE_DE_EXPRESS_O__PLURALISMO_E_O_PAPEL_PROMOCIONAL_DO_ESTADO.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.
- SUÁREZ, Daniel. O princípio educativo da nova direita: neoliberalismo, ética e escola pública. In: GENTILI, Pablo (Org.). *Pedagogia da exclusão: crítica ao neoliberalismo em educação*. 19. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.
- SUNSTEIN, Cass R. *A Constituição parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.
- SUNSTEIN, Cass R. *A era do radicalismo: entenda por que as pessoas se tornam extremistas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. Trad. Joana Angélica d’Avila Melo. São Paulo: Cia das Letras, 2012.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, p. 441-464, jul./dez. 2008.
- WALZER, Michael. *Da tolerância*. Trad. Almiro Pisetta. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

Liberdade e democracia: entre a representação política e a prática participativa

KAROLINE STRAPASSON

Mestra em Direito Econômico e Socioambiental e Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná.

RENAN GUEDES SOBREIRA

Pós-Graduado em *Derecho Parlamentario* pela *Universidad Nacional Autónoma de México*
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Servidor do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Sumário: 1. Democracia, liberdade e participação política. 2. A democracia representativa brasileira em crise: origens e consequências. 3. Aspectos teóricos, constitucionais e desafios da democracia participativa. 4. O laboratório brasileiro da democracia participativa: experiências e reações. 5. Entre a participação e a representação: algumas considerações.

1. Democracia, liberdade e participação política

A via democrática se mostrou ao longo da História a forma de governo por excelência, revelando seu caráter fundamental,¹ apesar das críticas acerca de sua aplicação prática. O conteúdo da democracia desde sua gênese grega sofreu diversas alterações, de modo que pode ser preenchido por concepções múltiplas.² Porém, apesar da complexidade dessa temática, Ronald Dworkin a considera como sua questão central a distribuição do poder de modo igualitário a respeito das decisões públicas, para tanto seus participantes devem ser politicamente iguais, coletivamente soberanos, equipados de capacidade e recursos para guiar os destinos comuns.³

¹ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia: ensaios de história do pensamento jurídico*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 239.

² BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998. p. 319-329.

³ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 256.

Por ser uma ideia universalmente muito popular, diversos regimes reclamam o adjetivo democrático. Entretanto o estudo da democracia exige tanto acepções teóricas quanto o estudo das práticas democráticas. O governo democrático em sua raiz etimológica traz a ideia elementar de soberania popular, ou seja, o poder para governar emanaria do povo. O povo seria o conjunto de cidadãos titulares de direitos políticos, que durante o pleito eleitoral poderiam se candidatar ou manifestar seu voto. É nesse conceito, que define e exclui participantes, que reside a atribuição máxima de legitimidade dos governantes de um Estado. No entanto, denota-se o risco de a soberania ser usurpada, quando a capacidade de interferir nos destinos da política, ou da vida pública, concentra-se em alguns poucos, tal como lideranças políticas oligarquicamente instaladas, com aparência de legalidade.⁴

As manifestações populares ocorridas a partir de junho de 2013 revelaram evidências de injustiça na representação, seja pela pouca identidade entre os representantes eleitos e os manifestantes, como também pela crise de confiança nas instituições públicas. As expectativas apresentadas lançam dúvidas acerca da legitimidade dos processos institucionais e das condições para o exercício democrático no país, clamando uma série de reformas.⁵ Para Zygmunt Bauman a sensível e progressiva separação entre o poder (capacidade de se fazer com que as coisas sejam feitas) e a política (capacidade de decidir que coisas devem ser feitas), termina como a incapacidade do Estado-nação no exercício de suas funções.⁶

Desse modo, frente à atual crise na democracia representativa, é necessário estudar quais mecanismos possibilitam renovar e legitimar as decisões públicas. A participação política seria a tônica salvadora da via representativa, e, para tanto, faz-se preciso analisar os mecanismos institucionais que favorecem a noção de responsabilidade compartilhada acerca dos rumos políticos. O conceito de participação política precisa ser revisto dentro de um processo que extrapole a via representativa, porém que não a exclua, e deve ser construído sob a égide da liberdade e da igualdade entre os participantes.

Assim, para que o processo de decisão pública seja democrático é necessário considerar algumas condições de exercício: a liberdade de participação política, a igualdade entre os participantes que depende do exercício das garantias constitucionais de livre manifestação política e de livre associação política, ou seja, baseada na capacidade de cada cidadão se manifestar como quiser, se quiser, acerca dos rumos políticos, seja ele associado ou não a um partido político.⁷ Logo, a partir dessa prerrogativa o grau de influência da manifestação pessoal deveria ocorrer de modo igualitário e passível de impactar a decisão pública.⁸ E para

⁴ MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003. p. 48.

⁵ Em setembro de 2015 foi aprovada a Lei Ordinária 13.165/2015, que modifica as Leis n. 9.504/1997, 9.096/1995 e 4.737/1965 para reduzir o custo das campanhas, simplificar a administração dos partidos políticos e incentivar a participação feminina. Outro projeto discutido é a Proposta de Emenda à Constituição n.º 182/2007, que versa sobre a doação de recursos financeiros a partidos políticos por meio de pessoas físicas e jurídicas.

⁶ Cf: BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

⁷ BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002. p. 50-53.

⁸ Cf: DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 512-513.

tanto, o desenho institucional necessita de uma alteração significativa, lado a lado com a modificações na gramática social.⁹

Em uma perspectiva ideal o acesso ao poder político deveria ocorrer por um processo eleitoral equânime, afastada a herança ou domínio de um pequeno grupo proeminente. A definição de como as autoridades são escolhidas, as regras de seleção, a distribuição do poder, até que ponto é permitido que os eleitos indiquem autoridades para dividir seu poder e por quanto tempo devem permanecer são pressupostos definidos pelo arranjo constitucional. A alteração dessas regras do jogo democrático exige um debate amplo, para além da discussão nas casas legislativas, por meio de um despertar da participação cidadã. As manifestações e protestos demonstraram o interesse crescente no envolvimento com questões políticas. Esses temas levantam questionamentos audaciosos: seria possível rever as estruturas e práticas políticas sem destruir o governo representativo, atribuindo igual importância a cada cidadão em idade eleitoral acerca dos assuntos nacionais? Quais seriam os limites dessa pretensão participativa?¹⁰

Tendo em vista a emergência do tema da participação política, necessário analisar suas potencialidades, experiências e capacidade de incrementar e imprimir legitimidade na democracia representativa. Desse modo, se faz necessário analisar a democracia representativa, sua crise e desafios, as imprecisões teóricas e potencialidades da democracia participativa, por meio da análise de algumas experiências nacionais e internacionais, bem como a tentativa de alteração do desenho institucional via Decreto Presidencial n. 8.243/2014 e as resistências políticas que culminaram no desencadeamento de produção do Decreto Legislativo n. 1.491/2014, ainda não votado, aguarda manifestação de comissões desde 03 de junho de 2014.

2. A democracia representativa brasileira em crise: origens e consequências

O ordenamento jurídico brasileiro estabelece uma ideia “ambiciosa de democracia, caracterizada pelas noções de liberdade e igualdade, pela soberania popular e pelo pluralismo político, e informada profundamente pelo ideal republicano, pelo interesse público e pela responsabilidade dos cidadãos pelas decisões políticas”.¹¹ Nesse sentido, a Constituição Federal de 1988 consagra em seu preâmbulo a liberdade como valor supremo de uma sociedade fraterna, já em seu artigo 1º, V, o pluralismo político é definido como fundamento. A conjugação de ambos se esboça no artigo 5º, XVII, que assegura a plena liberdade de associação, e se confirma no Capítulo IV, que trata dos direitos políticos. A prática política do cidadão pode se dar em diversos níveis de associações, formadas com liberdade, mas é na “atividade política de militância partidária legalizada”, isto é, aquela “que se exerce dentro de

⁹ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015.

¹⁰ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 254-263.

¹¹ SALGADO, Eneida Desiree. O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério. IN: I Seminário Italo-Brasileiro, 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Negócios Públicos, 2011. p. 66.

um agrupamento, que se identifica com o sistema político vigente, com o regime político em vigor, consubstanciado na Constituição e nas leis”¹² que o atuar ganha vulto.

Nessa situação é que se nota a relevância do partido político, pois é no seu seio que a atuação política do cidadão ganhará mais projeção, voz social, viabilizando a exposição. Os partidos políticos são a única via pela qual um cidadão pode se apresentar candidato, isto é, exercer essa liberdade política que lhe é garantida pela Constituição.¹³ Ainda que o exercício da democracia não se esgote nos partidos políticos, eles “se apresentam como os meios mais adequados e capacitados para fazer valer as vontades pelas quais estão incumbidos de ‘fazer eco’”.¹⁴ Para tanto, o pluripartidarismo abarcaria gama maior de opções sociais, devendo o Estado “garantir que os diferentes grupos políticos” possam “expressar-se e concorrer entre si, para alcançar mutuamente um compromisso final”.¹⁵ Todavia, o projeto brasileiro de uma democracia pluripartidária tem sido dificultado por diversos fatores, gerando situações limítrofes de cooperação intrapartidária, em detrimento do debate público.

A atual condição dos partidos políticos e os enlaces históricos da política revelam a concentração de poder político como uma prática reiterada, sendo que a história política brasileira está eivada de vícios que não foram sanados com o passar do tempo, mas reformulados, mascarados e aprimorados. A concentração do poder decisório, desde o Império, está irmanada com o poder econômico, de modo que as oligarquias – estaduais, partidárias – regem o concerto político.¹⁶

A Constituição de 1988 trouxe, após anos de restrição, resposta normativa: não só um capítulo inteiro reservado aos direitos políticos como a sacração das liberdades fundamentais ao exercício da democracia, que foi pensada, predominantemente, para ser representativa. Tanto assim que a partir da entrada em vigor da nova Constituição houve o registro de novos partidos, totalizando, atualmente, trinta e duas legendas.¹⁷ Há, portanto, grande variedade de partidos que teria por objetivo representar as mais diversas nuances sociais, sendo algumas bastante específicas, como o Partido da Causa Operária (PCO) ou o Partido Ecológico Nacional (PEN). Entretanto, tem-se visto a “ocorrência de coligações eleitorais ou coalizões governamentais ‘esdrúxulas’, que envolvem simultaneamente partidos, formalmente situados, à direita e à esquerda do espectro ideológico, e a alta taxa de migração de políticos entre partidos.”¹⁸ As coligações realizadas durante o período eleitoral influem

¹² ANDRADA, Bonifácio de. *A crise dos partidos, do sistema eleitoral e a militância política*. 2. ed. Barbacena: Unipac, 2007. p. 81.

¹³ SALGADO, Eneida Desiree. Partidos Políticos e o Estado Democrático: a tensão entre a autonomia partidária a exigência de democracia interna. In: DANTAS, Ivo; SALGADO, Eneida Desiree. *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 137.

¹⁴ MEZZAROBBA, Orides. (Re)Pensar o Partido Político como Instrumento Fundamental para Consolidação da Democracia Representativa. In: DANTAS, Ivo; SALGADO, Eneida Desiree. *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 187.

¹⁵ MEZZAROBBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 246

¹⁶ Cf: FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2012. p. 144-178.

¹⁷ BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

¹⁸ CARREIRÃO, Yan de Souza. Ideologia e Partidos Políticos: um estudo sobre coligações em Santa Catarina. *Opinião Pública*. Campinas, v. 12, n. 1, abr./maio, 2006. p. 138.

no exercício do poder, pelo presidencialismo de coalização, no intuito de resolver eventuais crises institucionais e evitar a paralisia governamental. O custo alto dessa espécie de governabilidade é a anuência em práticas que vão contra os princípios elencados na Constituição relativos ao bom governo: ministros escolhidos por acordos partidários e não em virtude do conhecimento acerca do ministério, projetos aprovados nas casas legislativas mediante favores políticos, ou ainda decorrentes de repasses indevidos de verbas públicas.¹⁹

Situações dessa natureza afastam o cidadão de seus representantes, pois os vê como um mal necessário, gerando a perda de significado da política.²⁰ Há convivência com as instituições estatais por “absoluta impossibilidade de prescindir delas, pois já não acreditam que prezem ao benefício coletivo. Sua imagem denota-se cada vez mais negativa, provocando uma estrutural deslegitimação.”²¹ O resultado não é outro senão a quebra de confiança nas instituições públicas e na classe dos políticos profissionais. Segundo dados de 2013 da agência Transparência Internacional, 81% (oitenta e um por cento) dos brasileiros consideraram os partidos políticos nacionais como corruptos ou extremamente corruptos, independentemente se integram o Poder Executivo ou Legislativo. Já 72% (setenta e dois por cento) dos brasileiros reputam o Poder Legislativo como corrupto ou extremamente corrupto, sendo irrelevantes os partidos políticos.²²

O problema de legitimidade democrática dos partidos e demais instituições nacionais parece ser histórico. Importa ressaltar que as instituições e organização política na América Latina sofreram forte influência do período colonial, de modo que, apesar de ser acolhida a compreensão formal de república, é constante a negação das práticas republicanas.²³ O conto a “Sereníssima República” de Machado de Assis publicado em 1882, seis anos antes da Proclamação da República, é uma crítica ao delicado processo de alteração da estrutura política.

No conto “Cônego Vargas” revela à comunidade científica a descoberta da comunicação entre uma espécie de aranhas, ao decodificar sua linguagem inicia contato e termina por dar um regime social a elas: uma república à maneira de Veneza, na qual os representantes políticos eram sorteados. O sorteio dos cargos era realizado em um saco tecido pelas próprias aranhas, no entanto as regras de sorteio foram alteradas inúmeras vezes, pois as aranhas consideravam que as “falhas eleitorais” residiam na dimensão e formato do saco eleitoral, e não pelo fato das adulterações nas inscrições do nome das aranhas no sorteio.

¹⁹ CLÈVE, Clèmerson Merlin. Presidencialismo de coalização e Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, out./dez. 2012.

²⁰ FRATESCHI, Yara. Participação e liberdade política em Hannah Arendt. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 10, p. 83-100, jul./dez. 2007. p. 91.

²¹ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 71.

²² TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Global Corruption Barometer*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

²³ CENCI, Ana Righi. Os descaminhos na afirmação da democracia e da esfera pública na América Latina. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 35-58, jul/dez. 2013. p. 35.

Como os sorteios começaram a ser questionados, a solução encontrada pelas aranhas era proceder a alteração do formato e dimensão do saco.²⁴

A alteração do regime político precisa estar alicerçada na mudança da gramática social, reformas eleitorais ou modificações no desenho institucional devem envolver a sociedade de modo amplo, garantida a participação e a livre manifestação política. Pode-se afirmar que a atual crise não seria sem precedentes, mas sim o ponto atual de falha que advém do “nascimento” e “desenvolvimento” do poder político no Brasil. A concentração do poder político e a coerção como resposta às manifestações sociais remontam às origens da República Brasileira, que surge sem atender os elementos sociais que lhe sustentam, terminando por estabelecer uma má relação entre as pessoas e o Direito e entre os cidadãos e o Estado, o que gera o descumprimento de regras legais, inibe a participação e perpetua desigualdades.²⁵

Remontando apenas ao período da redemocratização nacional, em 1989, já se afirmava que “é preciso, portanto, que se assuma a crise de legitimação do poder ao mesmo tempo que deve-se assumir a crise da ordem institucional”.²⁶ Em 1993, Paulo Bonavides afirmou que as instituições representativas sofriam “uma erosão de legitimidade como jamais aconteceu em época alguma de nossa história” sendo a “cláusula constitucional da soberania popular reduzida a um mero simulacro de mandamento, sem correspondência com a realidade a combinação dos interesses que se confrontam e se impõem na região decisória onde se formulam as regras de exercício efetivo do poder”.²⁷ Para Eneida Desiree Salgado, apesar de existir um conjunto de instituições destinadas a serem o lugar da autoridade, por meio do exercício do poder político em nome dos outros, garantida pelas normas constitucionais, não parece existir aspecto jurídico na representação simbólica, na representação descritiva ou na representação como atividade.²⁸

O descompasso entre a atuação dos representantes políticos e a realidade tem se evidenciado, desde junho de 2013, por meio de várias manifestações e protestos. O descrédito dos partidos políticos tem gerado movimentações sociais tarjadas com a frase “Não me representa”, impulsionando a população às ruas. No entanto, nos últimos anos foram deflagrados diversos protestos em vários países tanto em virtude de regimes autoritários (Primavera Árabe), quanto em razão de crises financeiras (Grécia e Espanha). Na Espanha as manifestações tomaram tamanha intensidade que o governo elaborou uma legislação que criminaliza os protestos em frente as sedes do Poder Legislativo.²⁹

²⁴ ASSIS, Machado de. *A sereníssima República*. (Conto). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetailObraForm.do?select_action=&co_obra=1947>. Acesso em: 20 jun. 2015.

²⁵ CENCI, Ana Righi. Os descaminhos na afirmação da democracia e da esfera pública na América Latina. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 35-58, jul./ dez. 2013. p. 36.

²⁶ LEITÃO, Cláudia Sousa. *A crise dos partidos políticos brasileiros*. Fortaleza: Tipoprogresso, 1989. p. 185.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993. p. 24

²⁸ SALGADO, Eneida Desiree. Representação política e o modelo democrático brasileiro. In: CLÈVE, Clemerson Merlin. (Coord.) *Direito constitucional brasileiro*. vol I: teoria da constituição e direitos fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.1098.

²⁹ SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael. Protestos Sociais, direitos fundamentais e direito a desobediência civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 521-544, set./dez. 2014. p. 522-528.

Para Ana Lucia Sabadell e Jan-Michael Simon, o protesto é constitucionalmente tutelado quando há dois elementos que possam identificá-lo como atividade política: a crise de legitimidade e a proposta de mudanças sociais, servindo como forte indício de que a atividade política não é exercida de modo adequado, seja um desacordo total ou parcial com as ações governamentais. Roberto Gargarella registra que o protesto deve ser exercido quando “*el derecho acostumbra a hacer lo que no debe*”, isto é, quando este “*maltrata a quienes debe cuidar, persigue a quienes debe proteger, ignora a quienes debe mayor atención, y sirve a quienes debe controlar*”.³⁰

Essa compreensão parte de uma perspectiva sociológica do Direito, o Estado democrático estaria fundamentado no consentimento (aceitação). A obtenção do consenso social seria o alicerce da legitimidade de um Estado. No Brasil, após as manifestações de junho de 2013 foi promulgada a Lei n. 12.580/2013 que define o conceito de organização criminosa (art. 1º, §1º) e dispõe sobre o procedimento criminal a ser aplicado. No ano seguinte, 83 manifestantes foram presos em protestos durante a Copa do Mundo, por incorrerem nesse tipo penal.³¹

A crise do sistema político é de legitimidade, e deve ser lida, considerando sua origem na representatividade, como reflexo da violação da justiça na representação,³² como crescente quebra de identidade ou mesmo similitude entre a vontade dos representados e a ação de seus representantes no exercício o poder. Existe, portanto, congruência de vários fatores para a promoção da crise, justamente porque a democracia “se apoia em vários princípios ao mesmo tempo” e que o excesso ou o déficit “de algum desses em detrimento dos demais ameaça o conjunto”,³³ comprometendo também as liberdades e a observância do Direito. Algumas soluções têm sido buscadas, sobretudo na abertura de espaços para o exercício da democracia participativa, desviando dos vícios da representação.

Possíveis respostas a essa crise podem ser encontradas nos canais institucionalizados de aproximação entre o cidadão e as ações do Estado, por meio da fiscalização popular e pelo acesso à informação pública, estas bases podem incrementar o controle social e possibilitar um despertar cívico para a participação política.³⁴ Mecanismos de controle social como a Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011)³⁵ e os Portais da Transparência (Lei Complementar n. 139/2009) favorecem a fiscalização e o acompanhamento dos atos da Administração Pública, no entanto não são em si mesmos mecanismos participativos,

³⁰ GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la Protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007. p. 19

³¹ SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael. Protestos Sociais, direitos fundamentais e direito a desobediência civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 521-544, set./dez. 2014. p. 522-528.

³² Paulo Bonavides afirma que: “sem legitimidade, o direito é injusto e a norma aplicada uma violação dos cânones da constitucionalidade.” (*Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 39).

³³ TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Ciudad de México: Galaxia Gutenberg, 2014. p. 183.

³⁴ O conceito de controle social para fins deste capítulo está ligado à transparência pública e às noções de acompanhamento, monitoramento, fiscalização da atuação estatal, e não à vertente proveniente das ciências sociais que evoca a pressão social exercida pelo Estado ou sociedade em vista de determinados padrões sociais.

³⁵ Sobre o tema, consultar: SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação: comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015.

mas sim de consulta e de instrumentalização para a ação política. A dimensão de liberdade de participação política ocorre principalmente na tomada de decisões públicas relevantes. O envolvimento do cidadão nessas decisões e no controle das autoridades políticas também reflete na autonomia sobre o curso da própria vida e sobre a estrutura do meio em que vive.

3. Aspectos teóricos e constitucionais da democracia participativa

A democracia passou por um processo de expansão global sem precedentes, de modo que esse sistema de governo se tornou uma concepção hegemônica na via representativa. Carole Pateman descreve algumas compreensões austeras de democracia, que optam em seus desenhos institucionais por diminuir o número de participantes na deliberação pública em prol da estabilidade do regime político.³⁶ Os críticos da democracia divergem, pois há os que creem que ela é possível, mas não é desejável; outros que acreditam que ela é recomendável, porém é inerentemente impossível; e por fim os que são favoráveis e tendem a mantê-la, mas que nela encontram falhas importantes.³⁷ A interpretação de que o alargamento da participação não é algo possível ao sistema democrático traz à tona uma série de argumentos, que em tese a inviabilizariam.

Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer descrevem o surgimento de novas democracias após os eventos históricos da Segunda Guerra Mundial e da Guerra Fria em países que antes eram ditatoriais. No entanto, em virtude das práticas liberais esse processo se revelou de baixa intensidade democrática e terminou por consolidar uma crise de participação: o abstencionismo nos países em que o voto não é obrigatório, ou a sensação de má representação no pleito eleitoral. Para Pierre Rosanvallon, a legitimidade eleitoral é volátil e imperfeita, mas podem existir grupos na sociedade, quer por suas qualidades ou por sua formação, que possam melhor representar um estrato social, como as associações.³⁸ Ressalta-se que a visão hegemônica da democracia apresenta um forte viés elitista em relação às classes políticas, e lançam dúvidas se os procedimentos atuais de representação seriam minimamente suficientes para a representação da heterogeneidade social.

A ascese do tema da participação, especialmente no vocabulário político, envolve as mais diferentes acepções que terminam por esvaziar seu conteúdo. O local da participação em um sistema representativo estaria na proteção dos cidadãos contra as decisões arbitrárias dos líderes eleitos. Para Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, a boa gestão das instituições públicas decorre de um direito fundamental de que assuntos comuns e coletivos sejam ordenados e favoreçam o bem-estar, para que a Administração seja dirigida com critérios mínimos de bom governo.³⁹

³⁶ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 16.

³⁷ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 3

³⁸ ROSANVALLON, Pierre. Conferência: Las nuevas vías de la democracia. *Cuadernos del CENDES*, Caracas, v. 26, n. 72, set./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40314494007>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

³⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Trad. Daniel Wunder Ha-

Robert Dahl aponta duas questões de ordem prática que restringem a participação: (i) quanto maior o número de participantes, menor o tempo para a deliberação, assim a participação com liberdade de manifestação para todos só ocorreria em grupos muito pequenos, ou necessariamente pela via da representação; (ii) a organização das decisões públicas para a deliberação dependeria da disponibilidade dos participantes, respeitada suas ocupações, bem como a liberdade ou não de participar dessas assembleias. O autor conclui que os governos de larga escala não seriam perfeitamente democráticos, porém é melhor que sejam tão democráticos quanto possível, em vez de não democráticos. Assim, é necessário buscar maneiras que expandam as oportunidades de participação e controle, em unidades menores, e, posteriormente, em escalas maiores.⁴⁰

Um ponto crucial no incremento da participação é a educação para exercer esse papel. As pessoas não são “treinadas” para exercer o poder político. Considere-se que em seus ambientes de trabalho, e em outros âmbitos das relações sociais, elas permanecem, muitas vezes, envoltas em estruturas de servidão. Se as ferramentas de democracia participativa estivessem disponíveis em seu local de trabalho, seria possível ganhar familiaridade com procedimentos democráticos. Assim a participação em unidades menores de administração favoreceria o interesse coletivo pela política local, instruindo o indivíduo para a responsabilidade social.⁴¹ Ambientes como associações e organizações não governamentais são espaços importantes para o desenvolvimento político. A participação de associações civis e movimentos sociais em Conselhos Gestores favorece a representação de setores excluídos da sociedade colaborando para o seu engajamento social.⁴² Lúgia Helena Hahn Lüchmann enaltece as associações que em muitos casos participam de instâncias de formulação de políticas públicas, e suplementam o fornecimento de serviços públicos. A autora evoca a democracia associativa, uma vertente em que as associações assumem um papel político central, ao lado de governos e partidos, com forte atuação política.⁴³

Para Pierre Rosanvallon as noções de autonomia e emancipação estão inscritas na definição constitucional-liberal de democracia e correspondem a uma visão de emancipação humana como um poder social, alicerçada na igualdade. Assim a compreensão inicial de democracia participativa estava envolvida com a definição de autogestão, seja nas empresas, ou por meio de um conjunto de procedimentos de governo em espaços locais, e mais dificilmente em escala nacional. No entanto, após os anos 90 essa dimensão alterou-se para uma perspectiva distinta, foram institucionalizadas instâncias de participação que servem como local para deliberação, inclusão de informações sobre as políticas públicas, mas que

chem. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 156

⁴⁰ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 357-366

⁴¹ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 51-56

⁴² Um exemplo é o Movimento Nacional para a População de Rua que no ano de 2014 integrou uma das vagas de Conselheiro no Conselho Municipal de Assistência Social de Curitiba.

⁴³ LÜCHMANN, Lúgia Helena Hahn. Modelos contemporâneos de democracia e o papel das associações. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 20, n. 43, p. 59-80, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul 2015.

não são necessariamente locais de tomada de decisão. Trazem como benefício a ampliação do debate com organizações envolvidas nas temáticas discutidas, o que pode incluir grupos minoritários. O autor descreve também um terceiro sentido que considera mais intenso de democracia participativa: como modalidade de deliberação pública, sendo que nessa perspectiva a decisão se revestiria de legitimidade.⁴⁴

Dworkin considera a última concepção participativa como difícil de ser aplicada, porém ela colabora com a concepção de cidadania. Enquanto para a democracia representativa (denominada por ele de majoritária) o cidadão tem o papel de juiz das competições políticas (sejam em eleições formais ou plebiscitos) e possível participante desse processo como candidato ou correligionário, na concepção participativa são reconhecidas como igual importância as duas funções.⁴⁵ Para sua teoria a democracia participativa possui três dimensões: a soberania popular (que reconhece o senhorio do povo sobre todas as autoridades), igualdade da cidadania (que revela a desigualdade como dano quando qualquer grupo de cidadãos permanecer sem oportunidade de defender suas convicções porque não tem fundos para competir com aqueles com influência, ou ainda, impacto político), e o discurso democrático. A última dimensão considera genuína a ação coletiva por meio da interação, na oportunidade de convencer, falar e expor suas convicções, sem o discurso ser interrompido pela censura, gritos e calúnias, distorções; enquanto perdurar essas falhas “não há governo coletivo, nenhum tipo de empreendimento coletivo, mas somente a contagem de votos como uma espécie de guerra.”⁴⁶ Fica evidente o caráter deliberativo da democracia, todavia é necessário fortalecer os mecanismos de controle com consequências mais sensíveis às autoridades políticas.

Robert Dahl propõe a poliarquia como uma ordem política mais específica de democracia que se distingue pela cidadania extensiva que além de possibilitar o ingresso como funcionário em diferentes cargos, permite também a remoção de funcionários públicos por meio do voto. A poliarquia se identifica por sete instituições: funcionários eleitos, eleições livres, justas e frequentes; sufrágio inclusivo; ampliação no direito de concorrer a cargos eletivos; ampla liberdade de expressão nos mais diversos temas e de oposição ao governo e aos funcionários, sem punições severas; informações alternativas protegidas por lei; autonomia associativa, seja de organizações independentes, grupos de interesse ou partidos políticos.⁴⁷

A poliarquia de Dahl seria uma alternativa para potencializar a democracia, no entanto, a democracia participativa parte de pressupostos distintos, como privilegiar uma decisão pública que inclua maior número de cidadãos, o que é variável em razão da multiplicidade de espécies de arranjos institucionais. Yanina Welp e Cecília Schneider traçam a tipologia de

⁴⁴ ROSANVALLON, Pierre. Conferencia: Las nuevas vías de la democracia. *Cuadernos del CENDES*, Caracas, v. 26, n. 72, set./dez, 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40314494007>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

⁴⁵ DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 502-503.

⁴⁶ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 513.

⁴⁷ DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 350

participação cidadã institucional: (i) *instituições de deliberação geral*: quando os cidadãos são jurados, deliberam acerca do orçamento, encontros para definição de planos de desenvolvimento regional, nesse caso poderão ser convocados tanto cidadãos quanto associações civis para deliberar e alguns casos tomar decisões; (ii) *instituições cidadãs semi-representativas*: conselhos temáticos com representantes eleitos ou nomeados por agentes políticos, conselhos consultivos a fim de deliberar e conduzir espaços de legitimação de políticas públicas; (iii) *mecanismos de democracia direta*: por meio do voto universal podem ser consultivos ou vinculantes, são mecanismos de consulta cidadã diretamente nas urnas, têm por características propor leis ou vetá-las. Esses três tipos variam se a participação é ativa (propositiva) ou reativa (a partir da iniciativa do governo), se será vinculante ou consultiva.⁴⁸

A efetivação desses elementos, dependerá de vários fatores: (a) da vontade política dos governantes quando não estiverem regulados suficientemente (o que influenciará em sua continuidade após mudanças governamentais); (b) da abertura do governo e cessão dos recursos para o desenvolvimento de espaços participativos com impacto na vida social e com capacidade de negociação; (c) da fragmentação do sistema de partidos evitando um alto grau de conflito deste com a participação; (d) da demanda cidadã, ou seja, da participação para ativação das ferramentas de participação, no entanto se forem muito limitadas, meramente consultivas ou não respeitadas, aumentarão a insatisfação e esvaziarão o sentido das políticas de participação.⁴⁹

Patricia Mariel Sorribas e Zenaida Garay Reyna consideram que a democracia participativa exige a intervenção dos cidadãos de forma individual ou organizada na gestão pública, a qual exige deliberação, negociação e consulta dos cidadãos. Já a democracia deliberativa envolve um modelo normativo que aposta na capacidade de os cidadãos modificarem suas preferências em um espaço institucional, pelo intercâmbio de argumentos, fluxo de comunicação não distorcida, atenção às posições dos outros e tempo suficiente para tomar decisões com qualidade.⁵⁰ Importa ressaltar que as dimensões de participação (incluir diferentes vozes); representação (agir em nome de outro) e deliberação (tomar decisões com justificativas aceitáveis) não são excludentes, porém não são isentas de tensões, elas não precisam ser compatibilizadas apenas, mas favorecer a deliberação no processo decisório de modo que envolva tanto a resistência e o conflito quanto a cooperação e o diálogo.⁵¹

⁴⁸ WELP, Yanina; SCHNEIDER, Cecilia. Orígenes y contradicciones de la participación ciudadana institucional: Análisis de las experiencias de Buenos Aires, Montevideo, Barcelona y Zürich. *Revista Mexicana Ciencia Políticas y Sociales*. México, v. 56, n. 211, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁴⁹ WELP, Yanina; SCHNEIDER, Cecilia. Orígenes y contradicciones de la participación ciudadana institucional: Análisis de las experiencias de Buenos Aires, Montevideo, Barcelona y Zürich. *Revista Mexicana Ciencia Políticas y Sociales*. México, v. 56, n. 211, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁵⁰ SORRIBAS, Patricia Mariel; GARAY REYNA, Zenaida. La participación, entre la democracia participativa y la democracia directa. Aportes desde un enfoque psicossocial. *Polis* vol.10 no.2 México jul./dic. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332014000200003 &lang=pt> Acesso em: 14 jul. 2015.

⁵¹ FARIA, Claudia Feres; SILVA, Viviane Petinelli; LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, jan./abr. 2012.

Assim apesar de as ferramentas de democracia possuírem um potencial legitimador das autoridades representativas, o arranjo institucional pode favorecer a eficiência ou a eficácia da participação em prol da representação. Para Julie Masal, eficácia, eficiência e legitimidade têm peso distinto para cada ator social envolvido, a depender a origem dos processos se são “de cima” ou “de baixo”. “*Un proceso meramente consultivo, pierde legitimidad para los actores sociales convocados a participar si no ven impacto alguno en el proceso de decisión, pero puede resultar legítimo y eficaz para las autoridades que lo convocan*”⁵².

Julie Masal também descreve uma classificação das constituições latino-americanas acerca das ferramentas de participação. Ele as classifica em 5 grupos. (1) *Constituições declarativas de participação do Estado* (Colômbia, Costa Rica, Equador, Honduras, Nicarágua, Paraguai e Venezuela). (2) *Constituições que fazem menção à participação como um direito em si mesmo* (Bolívia, Colômbia, Equador, Nicarágua e Peru). (3) *Constituições que pretendem a participação em políticas setoriais específicas* (Brasil). (4) *Constituições que promovem a participação setorial dos diretamente interessados na temática* (Argentina); (5) *Constituições apoiadas no princípio de participação nos municípios* (Brasil). Após a década de 90 foram promulgadas diversas legislações infraconstitucionais sobre a participação cidadã em diferentes escalas, sejam nacionais, estaduais ou municipais.⁵³

Importa ressaltar que a história política latino-americana possui marcas das práticas coloniais e o descompasso entre a norma e a realidade por ela produzida. Implantar um regime político dissociado de elementos sociais que lhe dão sustentação, e excluindo parte significativa da população, termina por esfacelar a noção de pertencimento, o vínculo de cidadania.⁵⁴ As recentes reformas constitucionais (Colômbia, 1991; Bolívia, 2009; Equador, 2009) são incursões no campo da democracia participativa, posta como resposta à expropriação econômica e subjugo político de suas populações tradicionais.

A Colômbia promulgou nova constituição em 1991, que não só democratizou normativamente o âmbito político, como o jurídico, sendo “marco constitucional de expansão democrática dos institutos do controle de constitucionalidade, de acesso popular direto ao Tribunal responsável pelo julgamento de questões constitucionais”.⁵⁵ Em termos políticos, a Constituição Colombiana introduziu o artigo 40 que regula que o “*ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político*”⁵⁶ e oferece o caminho da

Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100011-&lang-pt>. Acesso em: 14 jul. 2015

⁵² MASAL, Julie. Democracia participativa: desafios y desencantos em el siglo XXI. *Análisis Político*, v. 23, n. 69, Bogotá, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052010000200005&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁵³ MASAL, Julie. Democracia participativa: desafios y desencantos em el siglo XXI. *Análisis Político*, v. 23, n. 69, Bogotá, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052010000200005&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2015.

⁵⁴ CENCI, Ana Righi. Os descaminhos na afirmação da democracia e da esfera pública na América Latina. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 35-58, jul./dez. 2013.

⁵⁵ SOBREIRA, Renan Guedes. *Legitimidade do cidadão no controle de constitucionalidade: uma questão de democracia*. 2012. 65f. Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. p. 18

⁵⁶ COLÔMBIA. Constituição (1991) *Constitución Política de Colombia*: promulgada em 7 de julho de 1991. Disponível

revogação de mandatos (Art. 40.4), dos plebiscitos, referendos, consultas populares e das iniciativas populares (Art.40. 2 e 5).⁵⁷ Além desses mecanismos, há a via do *cabildo abierto*, que é um canal de comunicação entre os governos municipais e sua população para a realização do Plano de Desenvolvimento Municipal.⁵⁸

A Assembleia Constituinte do Equador apresentou sua nova constituição em 2008, que foi submetida a referendo, além de serem feitas reformas por consulta popular, sendo o texto final datado de 2011.⁵⁹ Em pesquisa de campo, a Assembléa Constituinte constatou que os jovens equatorianos distinguem democracia da política, “*conciben la democracia como un régimen de valores, o como una configuración colectiva de individuos, pero no como un sistema político*”.⁶⁰ Assim, visando aproximar a população dos aparatos de Estado, a nova constituição estabelece em seu primeiro artigo o exercício da soberania popular por meio de órgãos estatais ou pela participação direta. Ainda acrescenta como mecanismos de participação popular na gestão democrática: apresentação de projetos de iniciativa popular (art. 61.3), realização de consultas populares (art. 61.4), revogação de mandatos (art. 61.6), comissões de fiscalização, *cabildos populares*, conselhos consultivos e outras instâncias que promovam a cidadania (art. 100). Dispõe também que na “*formulación, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas y servicios públicos se garantizará la participación de las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades*” (art. 85).⁶¹ Por fim, pode se ver que há trecho do texto constitucional todo dedicado à participação popular (Título IV), dispondo sobre: princípios gerais (art. 95), organização (art. 96 – 99), regulamentação para os vários níveis de governo (art. 100 – 102), democracia direta (art. 103 – 107), entre outros.

Destaca-se da Constituição do Equador o artigo 100, que dispõe que a participação se dará em todos os níveis de governo para: (1) elaborar planos e políticas nacionais, locais e setoriais entre os governos e os cidadãos; (2) melhorar a qualidade do investimento público e definir agendas de desenvolvimento; (3) elaborar orçamentos participativos dos governos; (4) fortalecer a democracia com mecanismos permanentes de transparência, prestação de contas e controle social e (5) promover a formação cidadã e impulsionar processos de comunicação. Além dessas espécies discriminadas no texto constitucional, há a margem deixada pelo final da redação do artigo 100, em que fica claro o aceiteamento de outras instâncias que promovam a cidadania.

em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁵⁷ CRIADO DE DIEGO, Marcos; NOGUERA-FERNANDEZ, Albert. *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. Estud. Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 15-49, 2011.

⁵⁸ COGOLLOS AMAYA, Silvia; RAMIREZ LEON, Jaime. *El camino tortuoso de la participación ciudadana. Una mirada al Cabildo Abierto en Bogotá Universitas Humanística*, n. 63, p. 109-132, 2007.

⁵⁹ EQUADOR. Constituição. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*: publicada em registro oficial n. 449, em 20 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

⁶⁰ GILLMAN, Anne. *Juventud, Democracia y Participación Ciudadana en el Ecuador. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, v. 8, n. 1, 2010, p. 342.

⁶¹ EQUADOR. Constituição. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*: publicada em registro oficial n. 449, em 20 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

A Bolívia elegeu Assembleia Constituinte em 2007, que apresentou projeto de texto constitucional ao Congresso Nacional, recebendo aprovação em 21 de outubro de 2008. Para lhe dar vigência, a nova constituição foi submetida a referendo e aprovada em 25 de janeiro de 2009. Já em seu artigo 5º, a Constituição Política do Estado Plurinacional da Bolívia reconhece como idiomas oficiais todas as línguas dos povos indígenas nativos, alçando-os à justa categoria de cidadãos inclusos no processo político e por este respeitados em suas particularidades.⁶² A democracia participativa é colocada como forma de governo ao lado da democracia representativa e comunitária (art. 11. I), sendo exercida por meio de referendo, iniciativa legislativa cidadã, revogação de mandado, assembleias populares, *cabildo abierto* e consulta prévia (art. 11. II. 1). O texto ainda salienta que as assembleias populares e o *cabildo abierto* terão força deliberativa e não meramente consultiva.⁶³ A constituição boliviana busca a “integração social do país” e a “inclusão das maiorias excluídas”.⁶⁴

O texto constitucional brasileiro de 1988, além de trazer os mecanismos tradicionais de exercício da democracia participativa – plebiscito (art. 14, I), referendo (art. 14, II) e iniciativa popular para propositura de leis (art. 14, III) – permitiu a autonomia federativa dos municípios, por meio da descentralização das políticas públicas e o alargamento das competências específicas. O referendo e o plebiscito são regulados pela Lei n. 9.709/1998.⁶⁵ Já a iniciativa popular de lei se dá por proposta, subscrita por 1% do eleitorado nacional, distribuído obrigatoriamente entre eleitores de no mínimo cinco estados (0,3%), para ser apreciada pela Câmara dos Deputados (art. 61, §2º, CRFB). A regra posta para admissão da proposta de lei de iniciativa popular implica na pouca utilização do mecanismo em virtude de envolver uma articulação e logística de assinaturas em um país de dimensões continentais –, enquanto o plebiscito e o referendo dependem da provocação e condução do Poder Legislativo.

O texto constitucional previu também espaços de diálogo mais estreito e colaborativo entre o cidadão e o Poder Público nas políticas públicas, como a participação em colegiados em vista do interesse profissional, previdenciário, na formação da política agrícola, para a proteção do patrimônio cultural; na preservação do meio ambiente, na assistência à saúde (art. 10; 37, §3º; 187; 216, §1º; 225; e 227, §1º). Outros artigos indicam como norteador de uma gestão democrática e descentralizada por meio da participação de diferentes atores sociais e comunidades, especialmente nas áreas da seguridade social, saúde, assistência social e educação (art. 194, parágrafo único, VII; 198, III; 204, II; e 206, VI).⁶⁶ A legislação

⁶² BOLÍVIA. Constituição. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*: promulgada em 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.ncpe.org.bo/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

⁶³ BOLÍVIA. Constituição. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*: promulgada em 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.ncpe.org.bo/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

⁶⁴ YNOUE, Daniela Hideko. *O novo constitucionalismo latino-americano e seu projeto emancipador: o caso da Bolívia*. 2014. 100f. Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014. p. 89.

⁶⁵ BRASIL. *Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

⁶⁶ BREDER, Jane Carvalho. *Controle social um modelo em construção*: contribuições do Tribunal de Contas da União. 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/documentos?perspectiva=501627>. Acesso em: 23 out. 2014. p. 5-6.

infraconstitucional aumentou as possibilidades de participação na fase instrutória do processo decisório, por meio de audiências públicas, porém que não vinculam a atuação pública.⁶⁷

Objetiva-se com esses mecanismos que o cidadão passe de mero consultado e representado para um importante ator social, hábil a discutir a aplicação das verbas orçamentárias, a propor sugestões legislativas, a realizar o controle e fiscalização dos gastos públicos, a participar dos conselhos que traçam as diretrizes em temas de acentuado interesse público. Boaventura de Sousa Santos e Leonardo Avritzer consideram que o incremento da democracia participativa depende do fortalecimento da diversidade democrática afastando a compreensão de que a democracia assumiria apenas uma forma universal. As experiências advindas do multiculturalismo e a abertura de locais de decisão pela via da participação direta são pontos importantes para a ampliação do espectro democrático.⁶⁸

Graham Smith ao tratar de inovações democráticas descreve o caso da Colúmbia Britânica (*British Columbia*), uma das dez províncias do Canadá que, entre 2004 e 2005, utilizou inovação democrática para deliberar acerca da reforma de seu sistema eleitoral. Tratou-se da seleção aleatória de 160 cidadãos, que durante quatro meses foram preparados para aprender e deliberar sobre a reforma eleitoral. Os finais de semana de janeiro a abril do primeiro ano foram dedicados ao estudo dos sistemas eleitorais e à abertura de audiências para a população local e grupos de interesse. Nos meses seguintes, os selecionados debateram sobre os sistemas eleitorais de modo comparativo, em caráter de competição entre os modelos. Em dezembro de 2004, foi finalizada a recomendação de substituição do padrão que vigia pela versão de voto único transferível (*single transferable vote*). A iniciativa previa que a medida recomendada seria incorporada se em consulta popular se obtivesse aprovação percentual de 60% da população local. O patamar não foi atingido, sendo que em maio de 2005, a medida logrou votos favoráveis de 57,69%.⁶⁹ Essa iniciativa de miniassembleias públicas por seleção aleatória demonstrou ser uma alternativa na discussão de reformas eleitorais, favorecendo o juízo ponderado e o empoderamento de cidadãos comuns em escolhas públicas importantes.

Outra ferramenta capaz de colaborar para com a democracia participativa é a rede mundial de computadores, e sua potencialidade em acompanhar a vida política. Um exemplo do uso da web para fortalecer as experiências de controle social está na constituinte islandesa. Após uma forte crise financeira em 2008, a Islândia sofreu as consequências do endividamento de seus principais bancos pela falta de controle do sistema bancário, seguida de uma luta popular por reforma política. Tentando recuperar a confiança do povo, o governo convocou uma eleição em prol da reforma constitucional, sendo que em 2011, foi criado o

⁶⁷ Algumas legislações que incluem audiências públicas: art. 27, Lei 8625/1993; art. 6º, 9882/1999; art. 13 e 21 do regulamento interno do STF; regimento interno do Senado Federal resolução 93/1970, art. 90 e 93, regimento interno da Câmara dos Deputados, art. 21-A, resolução 17/89, Decreto 5.591/2005, Decreto n. 3.327/2000, Decreto n. 3.029/1999; Decreto n. 2.455/1998; Decreto 2.335/1997; Decreto 1.937/1996; art. 39 Lei 8.666/1993.

⁶⁸ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 25

⁶⁹ SMITH, Graham. *Democratic Innovations: designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 73-75.

Conselho da Assembleia Constituinte, no qual todos os cidadãos podiam se candidatar, sendo eleitos 25 cidadãos dentre os 522 que apresentaram candidatura.⁷⁰

Diante da decisão de redigir novo texto constitucional, os cidadãos eleitos decidiram pela ampla abertura comunicacional entre o Conselho Constitucional – órgão responsável pela redação do texto – e a população nacional. Foram utilizados mecanismos triviais (como o envio de mensagens com sugestões à nova constituição para um *website*,⁷¹ que publicava as mensagens e oportunizava que outros usuários fizessem comentários), e outros, menos ortodoxos. O Conselho Constitucional contou com páginas nos canais Facebook,⁷² Youtube⁷³ e Flickr⁷⁴, publicando vídeos diariamente sobre os trabalhos da constituinte, além de haver transmissão ao vivo nas quintas-feiras às 13 horas. Além disso, eram publicados a agenda do Conselho Constitucional e os vídeos de tempo integral das reuniões dos grupos temáticos, do Conselho de Administração e das plenárias do Conselho Constitucional.

Ressalve-se que o sucesso dessa medida é suportado pelo amplo acesso da população a meios de comunicação conectados à Internet. Dados da *International Telecommunication Union*, agência atrelada à Organização das Nações Unidas, revelam que 97% da população da Islândia utiliza a internet, superando países como Noruega, Suécia e Dinamarca, 96% dos domicílios têm conexão com a Internet e, considerando a proporção entre a população e tamanho territorial, a Islândia atinge 96,5% de cobertura pela Internet.⁷⁵

A participação da população com propostas ao texto constitucional foi intensa cerca de 16 mil sugestões on-line e off-line, além de comentários debatidos em redes sociais.⁷⁶ O texto redigido pelo Conselho Constitucional foi submetido a referendo em outubro de 2012 sendo aprovado por 66% da população. No entanto, os meios materiais não agem por si próprios, sendo que seu bom uso se deve ao nível de envolvimento político, ao atual estágio de cidadania da população da Islândia.⁷⁷ Entretanto, sem o substrato de viabilidade é impossível a manifestação contundente dos indivíduos, isto é, sem o canal de comunicação, a voz apenas faz eco no abismo vazio, sem ouvido prudente que lhe dê atenção. De todo modo,

⁷⁰ CASTELS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

⁷¹ ISLÂNDIA. *The Constitutional Council – General Information*. Disponível em: <<http://stjornlagarad.is/english/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁷² ISLÂNDIA. *Stjórnlagaråd*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁷³ ISLÂNDIA. *Stjórnlagaråd*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/Stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁷⁴ ISLÂNDIA. *Stjórnlagaråd*. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

⁷⁵ INTERNATIONAL COMMUNICATION UNION. *Measuring the Information Society Report*. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2015.

⁷⁶ CASTELS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

⁷⁷ NICHEL, Andressa; OLIVEIRA, Gislaire Ferreira. A experiência de construção da nova constituição da Islândia: perspectivas constitucionais contemporâneas que privilegiam a colaboração. In: Congresso Internacional de direito e Contemporaneidade, 3., *Anais...* Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congressodireito/anais/2015/3-2.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

com a participação do povo islandês a nova Constituição foi redigida, mas ainda não está em vigor, sendo válido o texto constitucional de 1944, com a redação dada pela emenda de 1999.

Para Eneida Desiree Salgado, a participação direta via eletrônica no Brasil deve superar algumas barreiras para não se tornar uma democracia monossilábica, individualista e plebiscitária. A democracia exige um debate robusto, com a participação consciente, permitindo mudanças de opiniões, com fontes de informações livres e plurais e não concentradas entre grandes detentores da comunicação.⁷⁸ A desigualdade no acesso à cidadania digital no Brasil também limita o uso dessa ferramenta.⁷⁹

A Câmara dos Deputados desenvolveu o portal *e-democracia* o qual permite a discussão entre os internautas de propostas legislativas tramitando no plenário e nas comissões com a transmissão de audiências públicas, uma ferramenta de caráter informativo e deliberativo.⁸⁰ Em 28 de julho de 2015, o Poder Executivo federal lançou o portal *Dialoga Brasil*, no qual é possível fazer sugestões para a administração nacional em temas sensíveis: saúde, segurança pública, educação, redução da pobreza e cultura.⁸¹ Entretanto, ainda carece de análise o alcance desse instrumento no que concerne à participação popular.

A partir desse cenário de possibilidades de implementação de novos meios de democracia participativa, empreende-se a descrição de algumas experiências brasileiras. Elas podem ser verificadas em escala local e nacional, com limitações e destaques. Concomitantemente, importa observar que as transformações sociais locais têm enorme potencial no alargamento das dimensões democráticas, podendo promover ações de inovação institucional de maiores consequências.⁸² Apresentam-se essas propostas como o ponto de partida para o alargamento do debate democrático participativo. Desse momento a sociedade deve iniciar a busca pelo ponto ótimo entre os meios de exercício da democracia a fim de alcançar o estágio social proposto constitucionalmente.

⁷⁸ SALGADO, Eneida Desiree. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pciCntd=97811>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

⁷⁹ Considere-se que, segundo o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, o percentual de brasileiros com mais de dez anos de idade com acesso à Internet era de 49,4% da população. O número é ainda maior entre adolescentes na faixa etária 15 a 17, atingindo o total de 75,7% de usuários da Internet. Entretanto, não é congruência plena entre o grupo de cidadãos com capacidade plena de voto (acima de 18 anos) e aqueles apontados no estudo que têm acesso à rede mundial de computadores. Em análise que permite leitura mais aproximada, a partir da renda – pois se há renda computável, há maior chance de ser um cidadão no pleno gozo de seus direitos políticos – vê-se que apenas 23,9% das pessoas que auferem entre 1 e 2 salários mínimos tem acesso à Internet, o que representa 32,7% da população total. Somadas as pessoas que auferem menos de 2 salários mínimos, tem-se o total de 71,9% da população nacional. Esses dados revelam que há, ainda, enorme déficit de acesso à Internet pela população brasileira de modo geral. (Dados: IBGE. *Censo Demográfico*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_atlas.shtm> Acesso em: 18 jul. 2015; e em IBGE. *Pnad 2013: Internet pelo celular é utilizada em mais da metade dos domicílios que acessam a rede*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2876&busca=1&t=pnad-2013-internet-pelo-celular-utilizada-mais-metade-domicilios-que-acessam-rede>>. Acesso em: 18 jul. 2015)

⁸⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Portal e-democracia*. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

⁸¹ BRASIL. Governo Federal. *Portal Dialoga Brasil*. Disponível em: <dialoga.gov.br>. Acesso em 30 nov. 2015.

⁸² AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015.

4. O laboratório da democracia participativa: experiências e reações

Os estudos acerca da democracia participativa não se limitam à dimensão teórica, mas passam pela análise de práticas sociais, seus acertos e limitações, bem como as inovações democráticas. Para Graham Smith, os teóricos da democracia discutem a participação do cidadão, todavia, com algumas notáveis exceções, as discussões se mantêm em alto nível de abstração. Estudos sobre inovações democráticas são poucos, especialmente tratando da comparação entre mecanismos. Existe um divórcio entre a disciplina, o estudo acadêmico da política, a teoria normativa e a análise de política empírica, como se pertencessem a diferentes mundos.⁸³ Para o autor, faz-se necessário aliar a teoria democrática ao estudo das inovações democráticas. No Brasil, algo se tem testado nesse sentido, como, por exemplo, o Plano Nacional de Participação via decreto presidencial, o qual se objetiva sustar por decreto, ainda não finalizado, do Congresso Nacional, utilizando da prerrogativa do artigo 49, V, da Constituição Federal.

A Comissão de Legislação Participativa é uma comissão permanente com o objetivo de permitir a apresentação facilitada de sugestão de proposta de lei para as Casas Legislativas. Por meio da Resolução 21 de 2011 foi criada na Câmara dos Deputados, para receber e analisar sugestões legislativas da sociedade civil organizada: associações, órgãos de classe, sindicatos, (excetuados os partidos políticos), bem como apresentar pareceres técnicos, exposições e propostas de entidades científicas e culturais.⁸⁴ Essa modalidade se tornou um atalho para a iniciativa popular de lei definida pelo texto constitucional. Para Eneida Desiree Salgado essa iniciativa permanece como um filtro para a soberania popular, de modo que melhor seria que a exigência de assinaturas para a lei de iniciativa popular não fosse superior ao quociente para a eleição na Câmara dos Deputados, tendo em vista que o projeto passa pelas mesmas fases de apreciação e debate, não existindo necessidade de condicionar o apoio ao projeto por um número superior ao necessário para a eleição de um deputado federal.⁸⁵

O regimento interno da comissão permite que sejam feitas propostas de emenda à Constituição, de lei complementar, de lei ordinária, de decreto legislativo, de resolução, bem como requerimento de audiências públicas, de depoimento de autoridade ou cidadão, convocação de criação de comissão parlamentar de inquérito, sugestões de providências ao Poder Executivo ou Judiciário, emenda ao projeto de lei do plano plurianual e de lei de diretrizes orçamentárias.⁸⁶ Segundo relatório da Comissão, desde a criação da ferramenta em 2001 até

⁸³ SMITH, Graham. *Democratic Innovations: designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009. p. 9.

⁸⁴ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Resolução 21 de 30 de maio de 2001*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/documentos/legislacao/resolucao21.pdf> >. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁸⁵ SALGADO, Eneida Desiree. Iniciativa popular de leis: proposições, o positivado e o possível. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 43, n.169, p. 95-100, jan./mar. 2006. p. 98. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92457> >. Acesso em: 06 dez. 2015.

⁸⁶ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Regulamento Interno da Comissão de Legislação Participativa*. Disponível em: < <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/diversos/REGULAMENTO%20INTERNO%20-%20CONSOLIDADO.pdf> >. Acesso em: 17 jul. 2015.

o ano de 2013 foram recebidas cerca de 960 sugestões legislativas, sendo apreciadas 879 sugestões, 423 destas foram aprovadas, 380 rejeitadas, 25 prejudicadas e 51 devolvidas.⁸⁷

Esse mecanismo foi incorporado por outros entes da Federação, refletindo-se em, aproximadamente, 52 iniciativas disseminadas entre Câmaras Municipais e Assembleias Legislativas.^{88 89} Dentre esses entes federativos está o Município de Curitiba, que instituiu a iniciativa como uma comissão permanente em 2005, denominada Comissão de Participação Legislativa (Art. 54, VII, Regimento Interno da Câmara Municipal). O art. 60, VII define que a comissão receberá e processará pareceres e propostas e sugestões legislativas, por pessoas jurídicas de direito privado, sem fins lucrativos, excetuadas organizações internacionais, partidos políticos e entidades da administração pública direta e indireta.⁹⁰ No entanto, desde o início de suas atividades apenas duas sugestões legislativas encaminhadas via Comissão de Participação Legislativa se tornaram legislação local.

O pouco uso da Comissão de Participação Legislativa em 10 anos de existência decorre da sua pouca divulgação, e da falta de engajamento político das organizações da sociedade civil legítimas para usá-lo. A última proposta a se tornar lei foi apresentada pela Associação Paranaense de Encaminhamento Legislativo Autônomo (A.P.E.L.A.), e dispunha sobre a mobilidade urbana sustentável e espaços reservados para bicicletas em vias públicas e bicicletários, aprovada em janeiro de 2015.⁹¹ Já a primeira proposta foi aprovada em dezembro de 2012, sugerida pelo Centro Acadêmico Sobral Pinto da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, e versava sobre a transparência e publicidade dos Conselhos de Políticas Públicas Municipais, de outra ferramenta de democracia participativa.^{92 93}

⁸⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Relatório anual de atividades 2013*. Parte 3. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/documentos/relatorio2013finalparte3.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

⁸⁸ Atualmente na Assembleia Legislativa do Paraná foi proposta a criação da Comissão de Participação Legislativa, pelo Deputado Tião Medeiros do PTB. A proposta surge em um momento de grande impopularidade da casa legislativa. No primeiro semestre de 2015 foram votadas na Assembleia Legislativa medidas de austeridade financeira, dentre elas a alteração no regime previdenciário dos servidores públicos. A votação ocorreu com a mobilização de grande aparato policial e violência contra manifestantes contrários a aprovação da medida. Deste modo, proposta de criação desta iniciativa pode servir de dois modos: favorecer espaços de participação da sociedade civil organizada e melhorar a imagem da casa legislativa. Cf. PARANÁ. Assembleia Legislativa. Deputado propõe criação da Comissão de Participação Legislativa. *Sala de Imprensa*. Publicada em 17 jul. 2015. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/sala_de_imprensa/noticias/25049-deputado-propoe-criacao-da-comissao-de-participacao-legislativa>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁸⁹ BURGOS, Cristiano de Castro. *O processo de participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas: a experiência da comissão de legislação participativa da câmara dos deputados de 2001 a 2005*. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Social e do Trabalho) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

⁹⁰ CURITIBA. Câmara Municipal de Curitiba. *Regimento Interno*. Disponível em <<http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/system/LogonForm.do>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁹¹ CURITIBA. Câmara Municipal de Curitiba. *Lei Ordinária 14.594 de 16 de janeiro de 2015*. Sistema de Proposições Legislativas. Disponível em: <http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/BibLegVerForm.do?select_action=&ordena=Lei%20ordin%2014%20182%202012&popup=s&nor_id=15333>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁹² CURITIBA. Câmara Municipal de Curitiba. *Lei Ordinária 14.192 de 17 de dezembro de 2012*. Sistema de Proposições Legislativas. Disponível em: <http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/BibLegVerForm.do?select_action=&ordena=Lei%20ordin%2014%20182%202012&popup=s&nor_id=15333>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁹³ O desenvolvimento, redação e encaminhamento da proposição legislativo foi descrito no projeto de iniciação científica: STRAPASSON, Karoline. *Democracia participativa e controle social – uma análise crítica a partir de mecanismos jurídico-políticos e auto-regulatórios*. (Resumo). Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/SEMIC19?d>

Os Conselhos de Políticas Públicas têm sua gênese no enfrentamento ao regime militar por setores da esquerda, que, à época, tinham como objetivos: (a) atuar junto ao poder executivo e decidir sobre questões de governo; (b) servir como núcleos de luta e organização popular; (c) instituídos como organismos de administração municipal para incorporar o movimento popular nas funções de aconselhamento, deliberação ou execução.⁹⁴ Na década de 90 os conselhos foram institucionalizados. De caráter interinstitucional, eles têm composição paritária entre representantes da administração municipal e de instituições da sociedade civil, sobre diversas temáticas: saúde, assistência social, criança e adolescente, idoso, mulher, urbanismo, cultura, entre outros temas, e permitem uma abertura dos espaços de decisão política.⁹⁵ Alguns dos Conselhos são previstos na Constituição e sua estrutura (fundos, conferências e conselhos) se espalhou pelo ordenamento político brasileiro, sendo a vértebra de sistemas institucionais em diversas áreas de políticas públicas, tanto nos municípios, estados-membros como também na União Federal.⁹⁶

Entretanto, essa abertura não se traduz em participação direta da população no processo decisório, mas sim da representação de setores por meio de entidades de organização social. Essas instâncias são importantes para controle social da política, por meio da aprovação, fiscalização e avaliação de seus resultados,⁹⁷ promovendo o modelo de governança por *stakeholders*, ou seja, de partes interessadas que colaboram para a descentralização da política e para a criação de soluções compartilhadas, o que, em tese, deve cooperar para assistir as demandas locais e diminuir as críticas aos programas construídos de modo conjunto.⁹⁸ No entanto, vícios como o uso apenas formal dos conselhos, concentração de poder, subserviência de um ator social para com o outro, falta de acompanhamento satisfatório das políticas públicas, falta de integração com os órgãos de controle oficial, omissão na comunicação de irregularidades, falta de compromisso na presença ou motivação por parte dos conselheiros, e falta de condições de funcionamento pela ausência de capacitação de conselheiros sobre informações necessárias ao exercício de suas competências, são limitações que devem ser afastadas para o correto funcionamento da ferramenta.⁹⁹

d1=5232&dd99=view>. Acesso em: 17 jul. 2015.

⁹⁴ GOHN, Maria da Glória. O papel dos conselhos gestores nas políticas públicas. TADEI, Ana Clara torres Ribeiro-Emílio (Org.). *Repensando a Experiência Urbana na América Latina*: questões, conceitos e valores. Buenos Aires: Clacso, 2000. Disponível em: <<http://www.hminterlagos.com.br/webprof/..%5Cinstitucional%5Cimages%5Cgohn.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014. p. 176.

⁹⁵ GOHN, Maria da Glória. O papel dos conselhos gestores nas políticas públicas. TADEI, Ana Clara torres Ribeiro-Emílio (Org.). *Repensando a Experiência Urbana na América Latina*: questões, conceitos e valores. Buenos Aires: Clacso, 2000. Disponível em: <<http://www.hminterlagos.com.br/webprof/..%5Cinstitucional%5Cimages%5Cgohn.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014. p. 178.

⁹⁶ ALMEIDA, Carla; TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 109, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 out. 2014.

⁹⁷ SILVA, Vini Rabassa da; MEDEIROS, Mara Rosange. Conselhos municipais de assistência social: história, fragilidades e possibilidades. *Argumentum*, Vitória, v. 2, n. 2, p. 163-173, jul./dez. 2010. p. 165

⁹⁸ CRANTSCHEANINOV, Tamara Ilinsky; MATHEUS, Ricardo; SILVA, Vinicius Félix. Governança, acesso à informação e conselhos de políticas públicas. *Gestão & Políticas Públicas*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 73-91, 2011. p. 75

⁹⁹ BREDEI, Jane Carvalho. *Controle Social um modelo em construção*: contribuições do Tribunal de Contas da União. 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/documentos>.

Em Curitiba, antes de 2014, havia poucas informações relativas aos Conselhos de Políticas Públicas, apenas uma lista no site da Prefeitura Municipal que apontava a existência de 21 Conselhos Municipais com dados desatualizados, e informações imprecisas, sendo que alguns poucos possuíam sites ou informações junto às Secretarias Municipais. Após a aprovação da Proposta Legislativa via Comissão de Participação Legislativa, a prefeitura lançou o Projeto “Participação Popular Efetiva” e as informações relativas aos conselhos foram consolidadas no portal dos Conselhos Municipais de Curitiba que contém informações de 44 Conselhos com os campos: quem somos, legislação, atas/deliberações, notícias, serviços prestados, eventos/conferências e fale com o conselho. No entanto, em diversos conselhos falta o preenchimento adequado dessas informações.¹⁰⁰

Há, ainda, dificuldades comuns entre os mecanismos citados. Tanto a Comissão de Participação Legislativa como os Conselhos de Políticas Públicas na Cidade de Curitiba padecem pela invisibilidade oriunda da publicidade institucional nos últimos anos, reflexo da importância dada ao tema pelos Poder Legislativo e Poder Executivo locais. Após a criação do mecanismo é necessária a divulgação para que os cidadãos se aproximem das ferramentas e as utilizem. Todavia esses espaços de participação terminaram desconhecidos da população e acabam sendo subutilizados, em uma existência formal ou ainda, simbólica; o que mantém o *status* do cidadão como mero expectador, e da relação distante e artificial entre a base soberana e o poder público que dela é emanado.¹⁰¹

Outro mecanismo importante de democracia é o Orçamento Participativo. A experiência de maior impacto surgiu em Porto Alegre e teve grande repercussão acadêmica.¹⁰² Antes da experiência de Porto Alegre, ocorreram experiências participativas pontuais relacionadas ao orçamento e durante o regime militar nas cidades de Piracicaba e Lages, ocorridas no mesmo período entre os anos de 1977 a 1982. Em Piracicaba tinha um cunho consultivo, já em Lages se concentrava na cooperação de governo e comunidade na participação do processo orçamentário.¹⁰³

O Orçamento Participativo em Porto Alegre foi lançado em 1989, e se espalhou nas duas décadas seguintes para cerca de outros 350 municípios brasileiros.¹⁰⁴ No plano internacional, diversas cidades de Argentina, Bolívia, Chile, Colômbia, Equador, Guatemala, México, República Dominicana, Uruguai, Peru e Venezuela fazem uso do mecanismo citado. No Peru,

tos?perspectiva=501627>. Acesso em: 23 out. 2014.

¹⁰⁰ CURITIBA. *Portal dos Conselhos Municipais de Curitiba*. Disponível em: <<http://portaldosconselhos.curitiba.pr.gov.br/>>. Acesso em 17 jul. 2015.

¹⁰¹ LEAL, Rogério Gesta. O Controle Social dos Serviços Públicos no Brasil como Condição de Sua Possibilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12638>>. Acesso em: 3 jul. 2014. p. 11

¹⁰² LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 158-159.

¹⁰³ SOUZA, Celina. Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 84-97, dez. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 out. 2015.

¹⁰⁴ LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. 25 anos de Orçamento Participativo: algumas reflexões analíticas. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, set./dez. 2014. p. 168.

por exemplo, institucionalizou-se o Orçamento Participativo em escala nacional.¹⁰⁵ A iniciativa foi incluída no relatório de desenvolvimento humano de 2002 do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Segundo o relatório, a programação do orçamento com participação cidadã “mostra que até o véu da complexidade técnica que tem protegido os orçamentos do questionamento público pode ser levantado [...]”,¹⁰⁶ desde que os cidadãos tenham tempo, capacidade e acesso à informação.

A iniciativa tem por características a participação aberta sem atribuição a organizações sociais e combina a democracia direta e representativa, por meio da alocação de recursos para investimentos baseado na combinação de critérios gerais e técnicos atendendo as regras estabelecidas pelos participantes, porém com as exigências técnicas governamentais e aos limites financeiros. Esse modelo participativo é chamado por Leonardo Avritzer e Boaventura de Sousa Santos de “um processo de participação ampliada envolvendo um amplo debate público sobre as regras da participação, da deliberação e da distribuição.”¹⁰⁷

O Orçamento Participativo é um processo em que a população decide diretamente acerca da aplicação dos recursos em obras e serviços executados pela administração local. A primeira rodada marca o início das atividades com uma prestação de contas do município no exercício anterior, sobre as obras e serviços em andamento e quais irão começar. Nesse momento também são eleitos os delegados que representarão a comunidade no Fórum dos Delegados. De forma paralela às rodadas ocorrem chamadas intermediárias que envolvem toda a população local divididas em regionais. Na segunda rodada os participantes das assembleias regionais e temáticas elegem dois conselheiros para o Conselho Municipal do Orçamento Participativo. É este conselho que elabora o orçamento a partir das prioridades definidas pelas assembleias.¹⁰⁸

Cada região escolhe cinco de treze prioridades: saneamento básico, saneamento ambiental, pavimentação, habitação, saúde, educação, esporte, lazer, transporte, assistência social, iluminação pública, desenvolvimento econômico e cultura. Estabelecida as prioridades os recursos são distribuídos conforme as regiões, por critérios que consideram as suas diferenças: carências de serviços ou estrutura, população total, prioridade temática.¹⁰⁹ De acordo com dados de pesquisa realizada pelo Banco Mundial em 2007, o número de participantes foi de 11 mil pessoas, sendo diversos grupos sociais, dentre eles minorias étnicas e pessoas

¹⁰⁵ BANCO MUNDIAL. *Rumo a um orçamento participativo mais inclusivo e efetivo em Porto Alegre*. Brasil, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTBRAZIL/Resources/OP_port.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹⁰⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Desenvolvimento Humano 2002: *aprofundar a democracia num mundo fragmentado*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Lisboa, 2002. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/RDH%202002_pt.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹⁰⁷ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015. p.19.

¹⁰⁸ MARQUETTI, Adalmir. *Participação e Redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre*. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/participacao_e_redistribuicao_orcamento_participativo_em_porto_alegre_adalmir_marquetti.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹⁰⁹ MARQUETTI, Adalmir. *Participação e Redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre*. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/participacao_e_redistribuicao_orcamento_participativo_em_porto_alegre_adalmir_marquetti.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

com deficiência, que são representados nas reuniões. A faixa etária média dos delegados e conselheiros é de 50 anos, e o tempo semanal de dedicação dos conselheiros e delegados envolve de 4 a 12 horas ou mais. A pesquisa concluiu que o mecanismo tem um forte potencial de impacto distributivo para grupos mais carentes capazes de elevar os índices de redução da pobreza em um longo prazo.¹¹⁰

Ligia Helena Hahn Lüchmann descreve que a implantação dessa ferramenta em âmbito internacional modificou o orçamento participativo tornando-o o consultivo em cidades da Alemanha e de Portugal, por exemplo o que denota que o orçamento participativo varia conforme a configuração social local. Aponta também para algumas limitações na aplicação desse mecanismo como a fragilidade na representação política da sociedade civil, relações clientelistas e dependentes do sistema político, seja por reação às ameaças de perda do monopólio da representação popular, ou ainda pelo predomínio de grupos organizados em virtude do escasso protagonismo da sociedade civil. A ferramenta também poderia terminar subordinada às vontades e humores dos governos eleitos após sua implantação. Por fim, questiona se o uso da nomenclatura Orçamento Participativo seria suficiente para agrupar experiências tão diversificadas em uma única definição.¹¹¹

Apesar da atualidade das iniciativas locais, um dos pontos controversos em sua aplicação é o apoio da classe política. Ainda que o atual sistema de políticas públicas careça de Conselhos Nacionais, Estaduais ou Municipais para a execução e fiscalização de programas,¹¹² a tentativa mais recente de estabelecer novos canais de comunicação do Poder Público com a sociedade sofreu rejeição manifesta por parte de vários congressistas, embora a questão ainda não tenha sido votada. Em maio de 2014 a Presidente Dilma Rousseff instituiu a Política Nacional de Participação Social e o Sistema Nacional de Participação Social por meio do Decreto n. 8.243/2014, que previa a criação e regulação de “formas de diálogo entre Administração Pública Federal e sociedade civil” (art. 6º, *caput*), tendo como mecanismos: conselho de políticas públicas, comissão de políticas públicas, conferência nacional, ouvidoria pública federal, mesa de diálogo, fórum interconselhos, audiência pública, consulta pública e ambiente virtual de participação social.¹¹³

Importa ressaltar que parte dos mecanismos descritos no Decreto Presidencial exis-

¹¹⁰ BANCO MUNDIAL. *Rumo a um orçamento participativo mais inclusivo e efetivo em Porto Alegre*. Brasil, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTBRAZIL/Resources/OP_port.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹¹¹ LÜCHMANN, Ligia Helena Hahn. 25 anos de Orçamento Participativo: algumas reflexões analíticas. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, set./dez. 2014. p.189.

¹¹² Na área da assistência social valores para implementação do alargamento dos programas sociais assistenciais exigem a existência de um Conselho de Assistência Social, um Fundo de Assistência Social e um Plano de Assistência Social. O município deverá comprovar a execução orçamentária dos recursos próprios e dos recebidos em co-financiamento por meio da aprovação em Conselho Municipal conjuntamente com o acompanhamento e controle da gestão pelo Conselho, fazendo o Relatório Anual de Gestão e alimentando o sistema SUASWEB com as informações pedidas pela União. BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Norma operacional básica NOB/SUAS*: construindo as bases para a implantação do Sistema Único de Assistência Social. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/LO8Gqd>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

¹¹³ BRASIL. *Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 04 jun. 2015.

tem e servem para a execução, monitoramento, fiscalização e avaliação de políticas públicas, como os Conselhos de Políticas Públicas e as Conferências Nacionais. O texto aumentava a gama de mecanismos de participação e lhes conferia uma estrutura consolidada. Entretanto, não foi recebido pacificamente, havendo discussões acirradas na Câmara dos Deputados. Uma das críticas dirigidas ao decreto presidencial era a implementação dos mecanismos em órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta, especialmente em relação à escolha dos representantes. O Decreto n. 8.243/2014 em seu art. 10, I descreve que os representantes seriam eleitos ou indicados pela sociedade civil de modo paritário.¹¹⁴ A opção institucional pela escolha ou indicação surgiu como entrave, pois, para os opositores do Plano, tal medida ofenderia a isonomia entre os cidadãos ao criar um critério desigual de participação na construção das políticas públicas. As escolhas seriam uma forma de aparelhar a estrutura administrativa por meio de indicações ideológicas dos representantes para as estruturas de participação.¹¹⁵

Além dessa crítica, os opositores classificaram o decreto como uma proposta bolivariana.¹¹⁶ Para o Deputado Federal Mendonça Filho (DEM-PE), que protocolou o Projeto de Decreto Legislativo n. 1.491/2014 a fim de sustar os efeitos do texto presidencial, a proposta de um Plano Nacional de Participação por meio de um Decreto impediria alteração pelo Parlamento, uma imposição que “não podemos aceitar” totalmente “à revelia do Parlamento”, sendo manobra presidencial para instituir “uma política nacional de ‘consultas populares’, entre aspas, para passar o trator por cima do Parlamento brasileiro, aparelhando mais uma vez um espaço de discussão da nossa sociedade”.¹¹⁷

Já o Deputado Federal Mendes Thame (PSDB-SP) afirmou que a última palavra seria dada por órgãos de democracia direta, o que não estaria previsto na Constituição, mas sim que seriam mecanismos de aconselhamento.¹¹⁸ As falas dos deputados revelam a dificuldades de criar e manter mecanismos de democracia participativa embasados na representação

¹¹⁴ BRASIL. *Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹¹⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Jutahy Junior (PSDB-BA) na sessão 236.4.54.0*. Data: 29 out. 2014, às 20 horas e 26 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/sNRfna>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹¹⁶ Em remissão a Simón Bolívar, figura histórica importante na independência de vários países latino-americanos. A Constituição da Venezuela declara o país como República Bolivariana de Venezuela, pois seus princípios fundamentais estão alicerçados na doutrina de Simón Bolívar. A adjetivação “bolivarianismo” se deve ao discurso deste personagem, que “después de todo se trata de un discurso que responde a un cuadro de crisis política y derrumbe de los partidos políticos tradicionales como mediatizadores sociales” (“afinal, trata-se de um discurso que responde a um quadro de crise política e colapso dos partidos políticos tradicionais como mediatizadores sociais”) (ARANDA BUSTAMANTE, Gilberto; SALINAS CANAS, Sergio. *Cronotopos y parusia: las identidades míticas como proyecto político*. Polis, v. 9, n. 27, p. 15-43, 2010. p. 35). Isto é, a busca de uma solução para a crise, o que é visto por alguns como prejudicial à representação e, por outros, como salvadora, fixando duas visões antagônicas e radicais.

¹¹⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Mendonça Filho (DEM-PE) na sessão 164.4.54.0*. Data: 02 jun. 2014, às 22 horas e 56 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/9KUB02>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹¹⁸ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Antonio Carlos Mendes Thame (PSDB-SP), proferido na sessão 235.4.54.0*. Data: 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/iYM6St>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

dos cidadãos por organizações sociais, o que, em tese, prejudicaria a participação de cidadãos que não se envolvem no terceiro setor, estando aí a falta de isonomia da participação nos conselhos. Os políticos opositores não reconhecem a representação de organizações sociais nas instâncias participativas como uma verdadeira expressão da soberania popular, mas sim de tendências ideológicas não democráticas. Confirmando um dos fatores descritos por Yanina Welp e Cecilia Schneider de que a participação exigiria a fragmentação do sistema de partidos para evitar um alto grau de conflito e disputas entre as formas de exercício do poder.¹¹⁹

O Plano Nacional de Participação aumentaria as instâncias de participação para a Administração direta e indireta, recordando que a atual estrutura já permite a influência das organizações sociais na construção das políticas públicas em esferas municipais, estaduais, e nacionais, ficando o critério de eleição dentro do regimento interno de cada Conselho. Em defesa da proposta, o deputado Henrique Fontana (PT-RS) considera que ampliar o papel dos conselhos populares não significa um conflito com a democracia representativa. O objetivo do decreto é fortalecer e reestruturar sistematicamente um conjunto de conselhos que funciona há muitos anos.¹²⁰ Para ele, chamar os Conselhos Municipais, Estaduais e Nacionais de aparelhados é uma ofensa aos conselheiros que voluntariamente fiscalizam o governo e colaboram com as políticas públicas.¹²¹ O deputado considera que se tentou criar uma disputa a respeito se o decreto é uma conduta autoritária esquecendo-se que permitiria a ampliação do papel da sociedade, o que seria oposto a uma prática autoritária, mas sim de ampliação democrática.¹²² Fez também uma crítica à oposição, considerou estranho o fato de não haver tentativas de emendar ou retirar algum artigo do texto, mas sim derrotá-lo integralmente.¹²³

Outra crítica ao Decreto de Participação seria sua inconstitucionalidade formal. No entanto, sua eficácia se restringe aos órgãos da Administração federal. O art. 84, IV, da Constituição Federal define como competência privativa do Presidente da República a organização e funcionamento da Administração federal, desde que não implique aumento de despesa, criação ou extinção de órgãos públicos, o que afastaria o vício alegado.¹²⁴ No caso, a im-

¹¹⁹ WELP, Yanina; SCHNEIDER, Cecilia. Orígenes y contradicciones de la participación ciudadana institucional: Análisis de las experiencias de Buenos Aires, Montevideo, Barcelona y Zürich. *Revista Mexicana Ciencia Políticas y sociales*. México, v. 56, n. 211, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul. 2015.

¹²⁰ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana (PT-RS), proferido na sessão 235.4.54.O*. Data 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/3Ug5nz>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹²¹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana (PT-RS), proferido na sessão 208.4.54.O*. Data 05 ago. 2014, às 23 horas e 20 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/7pvsyf>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹²² BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana (PT-RS), proferido na sessão 201.4.54.O*. Data 15 jul. 2014, às 19 horas e 45 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/cYmhQs>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹²³ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana (PT-RS), proferido na sessão 235.4.54.O*. Data 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/OR40mz>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

¹²⁴ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jul.

plementação do Plano Nacional de Participação deveria ocorrer sem impactar o orçamento federal.

Segundo o Projeto de Decreto Legislativo n. 1.491/2014, a criação de mecanismos de diálogo entre a sociedade e o Poder Público subverte a lógica do sufrágio e “corrói as entranhas do regime representativo, um dos pilares do Estado democrático de direito”.¹²⁵ Olvida-se que a representação é apenas um dos modos de exercício da democracia e que a Constituição Federal não traz restrições e não é taxativa, mas pretende ser multifacetada e plural,¹²⁶ abrangendo novas formas de participação social.

O laboratório da democracia participativa tem sido, profícuo em experimentos, porém as limitações e os embargos pela elite política são patentes. O desenvolvimento das ferramentas de democracia participativa dependerá de um acompanhamento contínuo dessas ferramentas a fim de diagnosticar seus desafios, falhas e contribuições para a gestão pública e para o jogo democrático. E, considerando que a Constituição “representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social”¹²⁷, o caminho viável é o amadurecimento dos preceitos constitucionais para o exercício misto da democracia, resgatando o sentido perdido da representação e ampliando os espaços para a participação.

5. Entre a representação e a participação: algumas considerações

É inegável a consolidação da forma democrática de governo, ainda que o conceito de democracia tenha sido preenchido por diversos conteúdos nessa trajetória. Também é evidente que a modalidade de democracia escolhida no Brasil, predominantemente representativa, tem sido enfraquecida pela dissonância entre o anseio social e a prática dos representantes. Carole Pateman pondera que as obras a respeito dessa temática em sua maioria são “uma série de prescrições específicas e planos de ação necessários para se atingir a democracia política”¹²⁸, ou seja, preconizam condições ideais de existência, e muitas vezes se limitam a elas.

Contudo, a tarefa democrática de distribuir de modo igualitário as decisões públicas minguia frente à desigualdade de acesso aos bens de consumo e à falta de educação para a cidadania. O alcance de novos patamares de justiça social são necessidades imperiosas para a concretização da liberdade na participação política. A criação de novos mecanismos de democracia participativa é uma busca construtiva, não apenas almejada pelo Brasil, mas é uma realidade institucional outros países. A inclusão das associações na disputa de espaço

2015.

¹²⁵ CAMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Decreto Legislativo dos Srs. Mendonça Filho e Ronaldo Caiado. Disponível em : < <http://goo.gl/ZePwfj> >. Acesso em 18 de julho de 2015.

¹²⁶ COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, p. 265.

¹²⁷ CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

¹²⁸ PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992. p. 33.

políticos podem favorecer a representação de minorias étnicas e desassistidos sociais. Essas iniciativas relativizam a hegemonia da representação, e abrem margens aos matizes da participação e da colaboração. Diante de suas peculiaridades, os países se utilizam de elementos resgatados historicamente – como os *cabildos abiertos* – e mesmo de inovações – como a abertura ao debate oferecido pela Islândia.

Importa ressaltar que as dimensões de participação, representação e deliberação não são excludentes, apesar de não estarem livres de tensões. É preciso buscar novos desenhos institucionais capazes de contemporizar essas três dimensões, de certo modo as comissões de legislação participativa, o orçamento participativo e os conselhos gestores são exemplos de potenciais participação cidadã ou de inclusão de novos atores políticos nas decisões públicas. Mas, apesar dos pontos positivos dessas ferramentas, o conflito com as elites políticas pode obstar a criação e manutenção de mecanismos participativos, à exemplo da Política Nacional de Participação Social.

A coexistência e complementariedade da democracia representativa e desses mecanismos de participação deveriam implicar em uma convivência de diferentes formas de procedimentalismo na organização administrativa, acentuando as características participativas especialmente a nível local. A articulação da representação e participação implica uma perspectiva mais profunda de democracia por meio do desenvolvimento de um monitoramento popular das ações do Estado, da participação na deliberação pública, e uma paulatina alteração da concepção hegemônica de democracia. Assim, tem-se a possibilidade de recolocar “na pauta democrática as questões da pluralidade cultural e da necessidade da inclusão social”, de modo que os meios participativos favoreçam critérios de justiça distributiva, transferência de prerrogativas de âmbito nacional para nível local.¹²⁹

O amadurecimento contínuo e progressivo dos meios de participação locais tem por consequência novas leituras nos mais distintos âmbitos, especialmente as relações entre a sociedade e o Direito. O jurista, enquanto integrante da racionalidade e da formação do Estado, lida com o veículo de direcionamento social – a norma. Deve, portanto, “sujar as mãos com a lama impregnante da prática jurídica, oferecendo, no campo da dogmática, novas soluções, novas fórmulas, novas interpretações, novas construções conceituais” possibilitando “invadir um espaço tomado, muitas vezes, por forças conservadoras” e assim prosseguir “lutando ombro a ombro, no território onde elas imperam, para, com a reconstrução da dogmática, alijá-las de suas posições confortavelmente desfrutadas”.¹³⁰

Ressalta-se que não pretende estabelecer uma fórmula para solucionar a crise. É preciso que a sociedade debate sobre o tema, amadureça as ideias e os conceitos, atingindo o ponto ótimo entre a representação e as outras vias, sobretudo a participativa. Para José Saramago, alcançar uma nova realidade institucional não se trata de uma utopia que, apesar de trazer inspiração, seria uma nobre falácia, mas sim de uma utopia viável que é a do dia de amanhã, na ex-

¹²⁹ AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015. p. 25

¹³⁰ CLÊVE, Clémerson Merlin. *Para a Dogmática Constitucional Emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 36.

pectativa de que se possa vivê-la, e assim poder fazer ou cumprir o que necessitamos hoje.¹³¹ Reconhecer a atual democracia como deficitária exige sua construção hodierna e gradual a ser realizada pelo cidadão consciente, alguém que “tem espírito crítico, que não se resigna, que não aceita que as coisas sejam assim, ou assim sejam vistas apenas porque alguém decidiu”.¹³² Buscou-se, portanto, lançar luzes à possibilidade de debate e inovação, a fim de estimular o repensar de uma escala entre as proporções de representação e participação, para que se resgate o espírito democrático que impulsiona à solução dos problemas nacionais.

Referências

ALMEIDA, Carla; TATAGIBA, Luciana. Os conselhos gestores sob o crivo da política: balanços e perspectivas. *Serviço Social & Sociedade*, São Paulo, n. 109, mar. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-66282012000100005&lng=en&rm=iso>. Acesso em: 14 out. 2014.

ANDRADA, Bonifácio de. *A crise dos partidos, do sistema eleitoral e a militância política*. 2. ed. Barbacena: Unipac, 2007.

ARANDA BUSTAMANTE, Gilberto; SALINAS CANAS, Sergio. *Cronotopos y parusia: las identidades míticas como proyecto político*. *Polis*, v. 9, n. 27, p. 15-43, 2010.

ASSIS, Machado de. *A sereníssima República*. (Conto). Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraForm.do?select_action=&co_obra=1947>. Acesso em: 20 jun. 2015.

AVRITZER, Leonardo; SANTOS, Boaventura de Sousa. Para ampliar o cânone democrático. *Eurozine*, nov. 2003. Disponível em: <http://www.eurozine.com/articles/article_2003-11-03-santos-pt.html>. Acesso em: 20 jun. 2015.

BANCO MUNDIAL. *Rumo a um orçamento participativo mais inclusivo e efetivo em Porto Alegre*. Brasil, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/INTBRAZIL/Resources/OP_port.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

BAUMAN, Zygmunt; DONSKIS, Leonidas. *Cegueira Moral: a perda da sensibilidade na modernidade líquida*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.

BOBBIO, Norberto. *Igualdade e liberdade*. 5. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Brasília: Universidade de Brasília, 1998.

BOLÍVIA. Constituição. (2009). *Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia*: promulgada em 7 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://www.ncpe.org.bo/>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹³¹ SARAMAGO, José. *Democracia e Universidade*. Belém: UFPA, 2013. p. 35-38.

¹³² SARAMAGO, José. *Democracia e Universidade*. Belém: UFPA, 2013. p. 43.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Decreto Legislativo n. 1.491 de 28 de outubro de 2014*. Disponível em: <<http://goo.gl/oK9SUt>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Antonio Carlos Mendes Thame* (PSDB-SP), proferido na sessão 235.4.54.0. Data: 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/iYM6St>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana* (PT-RS), proferido na sessão 235.4.54.0. Data 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/3Ug5nz>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana* (PT-RS), proferido na sessão 208.4.54.0. Data 05 ago. 2014, às 23 horas e 20 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/7pvysf>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana* (PT-RS), proferido na sessão 201.4.54.0. Data 15 jul. 2014, às 19 horas e 45 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/cYmhQs>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Henrique Fontana* (PT-RS), proferido na sessão 235.4.54.0. Data 28 out. 2014, às 22 horas e 36 minutos. Disponível em: <<http://goo.gl/OR40mz>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Jutahy Junior* (PSDB-BA) na sessão 236.4.54.0. Data: 29 out. 2014, às 20 horas e 26 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/sNRFna>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Discurso do Parlamentar Mendonça Filho* (DEM-PE) na sessão 164.4.54.0. Data: 02 jun. 2014, às 22 horas e 56 minutos. Discursos e Notas Taquigráficas. Disponível em: <<http://goo.gl/9KUB02>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Portal e-democracia*. Disponível em: <<http://edemocracia.camara.gov.br/>>. Acesso em: 16 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Projeto de Decreto Legislativo dos Srs. Mendonça Filho e Ronaldo Caiado*. Disponível em: <<http://goo.gl/ZePwfj>>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Resolução 21, de 30 de maio de 2001*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/documentos/legislacao/resolucao21.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. *Regulamento Interno da Comissão de Legislação Participativa*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/diversos/REGULAMENTO%20INTERNO%20-%20CONSOLIDADO.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara dos Deputados. Comissão de Legislação Participativa. *Relatório anual de atividades 2013*. Parte 3. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/clp/documentos/relatorio2013finalparte3.pdf>>. Acesso em: 19 jul. 2015.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. *Decreto n. 8.243, de 23 de maio de 2014*. Institui a Política Nacional de Participação Social – PNPS e o Sistema Nacional de Participação Social – SNPS, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Decreto/D8243.htm>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Governo Federal. *Portal Dialoga Brasil*. Disponível em: <dialoga.gov.br>. Acesso em 30 nov. 2015.

_____. *Lei n. 9.709, de 18 de novembro de 1998*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19709.htm>. Acesso em: 07 jun. 2015.

_____. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. *Norma operacional básica NOB/SUAS: construindo as bases para a implantação do Sistema Único de Assistência Social*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://goo.gl/LO8Gqd>>. Acesso em: 31 dez. 2014.

_____. Tribunal Superior Eleitoral. *Partidos políticos registrados no TSE*. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/partidos/partidos-politicos/registrados-no-tse>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

BREDER, Jane Carvalho. *Controle Social um modelo em construção: contribuições do Tribunal de Contas da União*. 2008. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/page/portal/TCU/comunidades/biblioteca_tcu/documentos?perspectiva=501627>. Acesso em: 23 out. 2014.

BURGOS, Cristiano de Castro. *O processo de participação da sociedade civil na elaboração de políticas públicas: a experiência da comissão de legislação participativa da câmara dos deputados de 2001 a 2005*. 2007. 173 f. Dissertação (Mestrado em Gestão Social e do Trabalho) – Universidade de Brasília, Brasília, 2007.

CARREIRÃO, Yan de Souza. Ideologia e Partidos Políticos: um estudo sobre coligações em Santa Catarina. *Opinião Pública*. Campinas, v. 12, n. 1, abr./maio 2006.

CASTELS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CENCI, Ana Righi. Os descaminhos na afirmação da democracia e da esfera pública na América Latina. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*, Belo Horizonte, ano 11, n. 14, p. 35-58, jul./dez. 2013.

CLÊVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Presidencialismo de coalização e Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*. Belo Horizonte, ano 12, n. 50, p. 35-39, out./dez. 2012.

COGOLLOS AMAYA, Silvia; RAMIREZ LEON, Jaime. *El camino tortuoso de la participación ciudadana. Una mirada al Cabildo Abierto en Bogotá*. *Universitas Humanística*, n. 63, p. 109-132, 2007.

COLÔMBIA. Constituição (1991) *Constitución Política de Colombia*: promulgada em 7 de julho de 1991. Disponível em: <<http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

COSTA, Pietro. *Soberania, Representação, Democracia*: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010.

CRANTSCHANINOV, Tamara Ilinsky; MATHEUS, Ricardo; SILVA, Vinícius Félix. Governança, acesso à informação e conselhos de políticas públicas. *Gestão & Políticas Públicas*. São Paulo, v. 1, n. 1 p. 73-91, 2011.

CRIADO DE DIEGO, Marcos; NOGUERA-FERNANDEZ, Albert. *La Constitución colombiana de 1991 como punto de inicio del nuevo constitucionalismo en América Latina. Estud. Socio-Jurídicos*, v. 13, n. 1, p. 15-49, 2011.

CURITIBA. Câmara Municipal de Curitiba. *Lei Ordinária 14.192 de 17 de dezembro de 2012*. Sistema de Proposições Legislativas. Disponível em: <http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/BibLegVerForm.do?select_action=&ordena=Lei%20ordin%20ria%2014%20182%202012&popup=s&nor_id=15333>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara Municipal de Curitiba. *Lei Ordinária 14.594 de 16 de janeiro de 2015*. Sistema de Proposições Legislativas. Disponível em <http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/BibLegVerForm.do?select_action=&popup=s&chamado_por_link&nor_id=15798&pesquisa=>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Câmara Municipal de Curitiba. *Regimento Interno*. Disponível em <<http://www.cmc.pr.gov.br/wspl/system/LogonForm.do>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

_____. Portal dos Conselhos Municipais de Curitiba. Disponível em: <<http://portaldosconselhos.curitiba.pr.gov.br/>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

DAHL, Robert. *A democracia e seus críticos*. Trad. Patrícia de Freitas Ribeiro. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DIEGUES, Geraldo César. O controle social e participação nas políticas públicas: o caso dos conselhos gestores municipais. *Nau Social, Bahia*, v. 4, n. 6, p. 82-93, maio/out. 2013.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

EQUADOR. Constituição. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*: publicada em registro oficial n. 449, em 20 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ec/sites/default/files/documents/old/constitucion_de_bolsillo.pdf>. Acesso em: 11 jul. 2015.

FAUSTO, Boris. *História Concisa do Brasil*. São Paulo: Edusp, 2012.

FARIA, Claudia Feres; SILVA, Viviane Petinelli; LINS, Isabella Lourenço. Conferências de políticas públicas: um sistema integrado de participação e deliberação? *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, n. 7, jan./abr. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-33522012000100011&lang=pt>. Acesso em: 14 jun. 2015.

FELLET, João. Um ano depois, qual o saldo dos protestos de junho de 2013? *BBC*, 2014. Disponível em: <http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2014/06/140612_saldo_protestos_junho_jf_kb> Acesso em: 04 jun. 2015.

FRATESCHI, Yara. Participação e liberdade política em Hannah Arendt. *Cadernos de Filosofia Alemã*, São Paulo, n. 10, p. 83-100, jul./dez. 2007.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GARGARELLA, Roberto. *El Derecho a la Protesta: el primer derecho*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007.

GILLMAN, Anne. *Juventud, Democracia y Participación Ciudadana en el Ecuador*. *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, v. 8, n. 1, 2010.

GOHN, Maria da Glória. O papel dos conselhos gestores nas políticas públicas. In: TADEI, Ana Clara torres Ribeiro-Emílio (Org.). *Repensando a Experiência Urbana na América Latina: questões, conceitos e valores*. Buenos Aires: Clacso, 2000. Disponível em: <<http://www.hminterlagos.com.br/webprof/./%5Cinstitucional%5Cimages%5Cgohn.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2014.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/default_atlas.shtrn>. Acesso em: 18 jul. 2015.

_____. *Pnad 2013: Internet pelo celular é utilizada em mais da metade dos domicílios que acessam a rede*. Disponível em: <<http://saladeimprensa.ibge.gov.br/noticias?view=noticia&id=1&idnoticia=2876&busca=1&t=pnad-2013-internet-pelo-celular-utilizada-mais-metade-domicilios-que-acessam-rede>>. Acesso em: 18 jul. 2015

INTERNATIONAL COMMUNICATION UNION. *Measuring the Information Society Report*. Disponível em: <http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Documents/publications/mis2014/MIS2014_without_Annex_4.pdf>. Acesso em: 09 jul. 2015.

ISLÂNDIA. *Stjórnlagaráð*. Disponível em: <<https://www.facebook.com/Stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. *Stjórnlagaráð*. Disponível em: <<https://www.flickr.com/photos/stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. *Stjórnlagaráð*. Disponível em: <<https://www.youtube.com/user/Stjornlagarad>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

_____. *The Constitutional Council – General Information*. Disponível em: <<http://stjornlagarad.is/english/>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. _____. O Controle Social dos Serviços Públicos no Brasil como Condição de Sua Possibilidade. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 3, n. 13, jul./set. 2003. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=12638>>. Acesso em: 3 jul. 2014.

LEITÃO, Cláudia Sousa. *A crise dos partidos políticos brasileiros*. Fortaleza: Tipoprogresso, 1989.

LÜCHMANN, Lígia Helena Hahn. 25 anos de Orçamento Participativo: algumas reflexões analíticas. *Política e Sociedade*, Florianópolis, v. 13, n. 28, set./dez. 2014.

_____. Modelos contemporâneos de democracia e o papel das associações. *Revista de Sociologia Política*, Curitiba, v. 20, n. 43, p. 59-80, out. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-44782012000300004&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul 2015.

MARQUETTI, Adalmir. *Participação e Redistribuição: o orçamento participativo em Porto Alegre*. Disponível em: <http://democraciaejustica.org/cienciapolitica3/sites/default/files/participacao_e_redistribuicao_orcamento_participativo_em_porto_alegre_adalmir_marquetti.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

MASAL, Julie. Democracia participativa: desafios y desencantos em el siglo XXI. *Análisis Político*, v. 23, n. 69, Bogotá, maio/ago. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052010000200005&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2015.

MEZZARROBA, Orides. (Re)Pensar o Partido Político como Instrumento Fundamental para Consolidação da Democracia Representativa. In: DANTAS, Ivo; SALGADO, Eneida Desiree. *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

MEZZARROBA, Orides. *Introdução ao Direito Partidário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *Quem é o povo?* A questão fundamental da democracia. Trad. Peter Naumann. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NICHEL, Andressa; OLIVEIRA, Gislaire Ferreira. A experiência de construção da nova constituição da Islândia: perspectivas constitucionais contemporâneas que privilegiam a colaboração. In: Congresso Internacional de direito e Contemporaneidade, 3., *Anais...* Disponível em: <<http://coral.ufsm.br/congresso-direito/anais/2015/3-2.pdf>>. Acesso em: 27 out. 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Relatório do Desenvolvimento Humano 2002: *aprofundar a democracia num mundo fragmentado*. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. Lisboa, 2002. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/hdr/arquivos/RDHglobais/RDH%202002_pt.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2015.

PARANÁ. Assembleia Legislativa. Deputado propõe criação da Comissão de Participação Legislativa. *Sala de Imprensa*. Publicada em 17 jul. 2015. Disponível em: <http://www.alep.pr.gov.br/sala_de_imprensa/noticias/25049-deputado-propoe-criacao-da-comissao-de-participacao-legislativa>. Acesso em: 17 jul. 2015

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Trad. Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Direito fundamental à boa Administração Pública*. Trad. Daniel Wunder Hachem. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

ROSANVALLON, Pierre. Conferencia: Las nuevas vías de la democracia. *Cuadernos del CENDES*, Caracas, v. 26, n. 72, set./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=40314494007>>. Acesso em: 29 jun. 2015.

SABADELL, Ana Lucia; SIMON, Jan-Michael. Protestos Sociais, direitos fundamentais e direito a desobediência civil. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*, Belo Horizonte, ano 8, n. 30, p. 521-544, set./dez. 2014.

SALGADO, Eneida Desiree. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 8, n. 14, jan./jun. 2013. Disponível em: <<http://bid.editoraforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdiCntd=97811>>. Acesso em: 15 jul. 2015.

_____. Iniciativa popular de leis: proposições, o positivado e o possível. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 43, n. 169, p. 95-100, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/92457>>. Acesso em: 06 dez. 2015.

_____. *Lei de Acesso à Informação*: comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. O desenvolvimento democrático e os direitos fundamentais: levando o direito de petição a sério. IN: I Seminário Ítalo-Brasileiro, 2011, Curitiba. *Anais...* Curitiba: Negócios Públicos, 2011.

_____. Partidos Políticos e o Estado Democrático: a tensão entre a autonomia partidária a exigência de democracia interna. In: DANTAS, Ivo; SALGADO, Eneida Desiree. *Partidos Políticos e seu Regime Jurídico*. Curitiba: Juruá, 2013.

SARAMAGO, José. *Democracia e Universidade*. Belém: UFPA, 2013.

SILVA, Vini Rabassa da; MEDEIROS, Mara Rosange. Conselhos municipais de assistência social: história, fragilidades e possibilidades. *Argumentum*, Vitória, v. 2, n. 2, p. 163-173, jul./dez. 2010.

SOBREIRA, Renan Guedes. *Legitimidade do cidadão no controle de constitucionalidade: uma questão de democracia*. 2012. 65f. Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

SORRIBAS, Patricia Mariel. GARAY REYNA, Zenaida. La participación, entre la democracia participativa y la democracia directa. Aportes desde un enfoque psicossocial. *Polis* vol.10 no.2 México jul./dic. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-23332014000200003&lang=pt>. Acesso em: 14 jul. 2015.

SOUZA, Celina. Construção e consolidação de instituições democráticas: papel do orçamento participativo. *São Paulo em Perspectiva*, São Paulo, v. 15, n. 4, p. 84-97, dez. 2001. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392001000400010&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 27 out. 2015.

SMITH, Graham. *Democratic Innovations: designing institutions for citizen participation*. Cambridge: Cambridge University Press, 2009.

STRAPASSON, Karoline. *Democracia participativa e controle social – uma análise crítica a partir de mecanismos jurídico-políticos e auto-regulatórios*. (Resumo). Disponível em: <<http://www2.pucpr.br/reol/index.php/SEMIC19?dd1=5232&dd99=view>>. Acesso em: 17 jul. 2015.

TODOROV, Tzvetan. *Los enemigos íntimos de la democracia*. Ciudad de México: Galaxia Gutenberg, 2014.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Global Corruption Barometer*. Disponível em: <<http://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>>. Acesso em: 04 jun. 2015.

WELP, Yanina; SCHNEIDER, Cecilia. Orígenes y contradicciones de la participación ciudadana institucional: Análisis de las experiencias de Buenos Aires, Montevideo, Barcelona y Zúrich. *Revista Mexicana Ciencia Políticas y sociales*. México, v. 56, n. 211, abr. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182011000100004&lng=es&nrm=iso>. Acesso em: 14 jul. 2015.

YNOUE, Daniela Hideko. O novo constitucionalismo latino-americano e seu projeto emancipador: *o caso da Bolívia*. 2014. 100 f. Monografia (Graduação) – Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Graduação em Direito Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

O Estado e a concentração dos meios de comunicação digital: o direito à liberdade de informação na era da comunicação em rede

LUASSES GONÇALVES DOS SANTOS

Doutorando e Mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná
Advogado

LUZARDO FARIA

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná
Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Advogado

Sumário: 1. O conteúdo jurídico do direito à liberdade de informação e a importância da democratização das mídias digitais; 2. As mídias digitais e a (limitada) democratização do acesso à informação; 3. A concentração de propriedade das mídias digitais e o risco de verticalização das informações no âmbito digital: barreiras econômicas à liberdade de informação; 4. O Estado e a relação com a sociedade em rede: Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e função estatal mediadora em relação aos meios de comunicação digital.

1. Conteúdo jurídico do direito à liberdade de informação e a importância da democratização das mídias digitais

A “liberdade de informação”, tema central desse trabalho, consagra a relação entre a necessidade social de proteger os direitos das pessoas com a necessidade, que tem o ser humano, de informar e ser informado.

Cabe, então, ao Direito conferir um tratamento jurídico adequado a essa tema, para harmonizá-lo com a estrutura social e o contexto político vigentes. Sendo assim, é no século XVIII, como será melhor analisado adiante, que a liberdade de informação ganha sua primeira roupagem jurídica, ainda fundamentada em postulados liberais.

Mais recentemente, a liberdade de informação passou a ser enxergada também por

um viés social, não apenas com foco na liberdade do transmissor, mas também no aspecto referente à dignidade do receptor. Nesse contexto, desenvolveu-se o conteúdo da liberdade de informar e de ser informado, o que, recentemente, se torna mais complexo com o desenvolvimento e o empoderamento da mídia digital, fazendo com que a liberdade de informação seja transplantada para um novo paradigma sociológico (e, conseqüentemente, também jurídico).

Na metáfora de Néstor Raúl Correa Henao, a liberdade é como uma árvore, da qual partem variados ramos: liberdade de consciência, de culto, de circulação, de profissão etc. Em um deles repousa os direitos dos emissores e receptores de informação, que nada mais são senão as próprias liberdades de, respectivamente, informar e ser informado.¹

Vê-se, assim, que a liberdade de informação possuía uma íntima relação com a liberdade de expressão. Esta, por sua vez, se constrói em conjunto com a democracia, pois, enquanto condição para o Estado Democrático de Direito, a liberdade de expressão é uma via de ingresso ao exercício de outras tantas liberdades relacionadas ao conhecimento, à crítica e à deliberação, que caracterizam uma sociedade democrática.

Como pontuado por Konrad Hesse, a liberdade de expressão constitui, ao lado dessas outras ramificações do princípio geral de liberdade, um âmbito de proteção, no qual as concepções de valores decisivas para a sociedade devem ser formadas sem influência do Estado.²

A Constituição Federal de 1998, despontando como uma luz de esperança democrática após um período sombrio de ditadura militar, reconhece a relevância da liberdade de expressão para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, consagrando-a como um dos principais valores da nova República. Assim, logo no inciso IV do art. 5º foi solenemente anunciado que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”. A proteção jurídica da liberdade de expressão continua. No inciso V, a Constituição demonstra sua preocupação em garantir uma restrição legítima desse direito, assegurando “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. Outro dispositivo de alta relevância é o inciso IX do mesmo artigo, que afirma ser “livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”.³ Esses são apenas alguns exemplos da especial proteção que a Constituição de 1988 conferiu ao tema da liberdade de expressão.

Como dito acima, uma das formas de manifestação da liberdade de expressão é, exatamente, a possibilidade de informar, isto é, de se noticiar, transmitir, difundir algum conteúdo, ou seja, assim como se expressa ideias, sentimentos, opiniões etc., expressa-se, também, informação. Nesse sentido, Jorge Miranda acentua que a liberdade de informação pode ser entendida como “a interiorização de algo externo: consiste em apreender ou dar a

¹ CORREA HENAO, Néstor Raúl. La libertad de informar y sus derechos conexos. In: CABALLERO, Doris Réniz (Org.) *Medios, información y comunicación: a mayores libertades, mayores responsabilidades*. Bogotá: Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación - AIDIC, 2003. Disponível em: <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/educacion/medios/indice.htm>>. Acesso em: 22 maio 2015.

² HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. p. 302-303.

³ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 451-452.

apreender factos e notícias e nela prevalece o elemento cognoscitivo”.⁴ Em outras palavras, Washington Luiz Tesla Júnior afirma que “na liberdade-direito de expressão expõe-se uma ideia qualquer, uma opinião crítica ou não. Na liberdade-direito de informação, a atividade comunicacional ativa (dar) e passiva (receber) é sobre fatos e pessoas”.⁵

Nesse ponto, é importante lembrar, conforme lição de Hannah Arendt, que “fatos e opiniões, embora possam ser mantidos separados, não são antagônicos um ao outro. Eles pertencem ao mesmo domínio”⁶, ou seja, a caracterização diferenciadora elencada acima serve para melhor delinear cada uma dessas liberdades-direito, mas não as isola em compartimentos fechados, uma vez que, não raramente, o fato e a opinião serão emitidos de forma indissociada.

Para Mariana Cendejas Jáuregui, a doutrina do direito à informação nasce como consequência de uma reflexão crítica dentro do próprio pensamento liberal sobre os problemas sociopolíticos originados pela aplicação da liberdade de informação no contexto surgido após a Segunda Guerra Mundial. Em primeiro lugar, criticou-se a ideia de a liberdade de informação ser, prioritariamente, um direito do informador e, em boa medida, da empresa informadora. Em segundo lugar, criticou-se o fato de que se permitiu que a liberdade de informação se submetesse aos imperativos do mercado e, dessa forma, aos critérios mercantis de sua gestão. Em terceiro lugar, criticou-se, ainda, a utilização da liberdade de informação como meio de barrar ou frear a intervenção do Estado.⁷ Enfaticamente, Washington Luiz Testa Júnior deixa claro que a liberdade de informação, se analisada contemporânea e contextualmente, impõe uma visão desapegada do passado, pois a concepção liberal é insuficiente ao liberar por um lado, mas *aprisionar* por outro.⁸

A perspectiva estatal em relação ao direito à informação, desse modo, precisa seguir adiante, assegurando a livre informação, sob uma perspectiva pluralista e democrática, em respeito aos princípios da igualdade e da dignidade.⁹ A informação, nesse cenário, converte-se em elemento imprescindível para o desenvolvimento da sociedade, tornando-se, em última análise, uma necessidade social, em que o receptor da informação, nesse contexto, segundo Luis Gustavo Carvalho, é um sujeito agora ativo dotado do direito de ser informado (e bem informado), expurgando o papel meramente passivo no processo informativo massificado por meios de comunicação.¹⁰

No atual contexto jurídico, político e social brasileiro, aponta-se que o direito à liberdade de informação pode ser subdividido em 3 (três) outros direitos, que dele decorrem: (i) o

⁴ MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 2005. p. 453-454.

⁵ TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 79.

⁶ ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 6. ed. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009. p. 295.

⁷ CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana. El derecho a la información: delimitación conceptual. *Derecho Comparado de la Información – Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 15, ene./jul. 2010. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/15/art/art1.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

⁸ TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 135.

⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 50.

¹⁰ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 50.

direito de informar, caracterizado pela faculdade de difundir informações e mais relacionado à liberdade de imprensa, com previsão constitucional no art. 220; (ii) o direito de se informar, que garante aos cidadãos a possibilidade de buscar as informações desejadas, sem qualquer espécie de restrição ou censura indevida, com previsão constitucional no art. 5º, XIV¹¹; (iii) e o direito de ser informado, que corresponde ao direito de ser mantido, pelos meios de comunicação, integral e corretamente informado, com previsão constitucional no art. 5º, XXXIII.¹²

Quanto ao conteúdo: (i) o direito de informar é aquele que confere ao seu titular o poder-dever de difundir informações relevantes e de interesse coletivo; (ii) o direito de se informar se caracteriza pela possibilidade de se buscar informações livremente, e pode ser considerado, nesse sentido, um direito com conteúdo específico, voltado à informação pública; (iii) o direito de ser informado, por sua vez, corresponde a uma situação de passividade, na qual se encontra o cidadão que tem o direito de receber informações verídicas por parte do emissor.

Essas três subdivisões traduzem, também, uma bifrontalidade jurídica no âmbito direito à informação: (a) o direito de informar (i) é um direito de caráter instrumental, com foco na função jornalística e representado pelo status de fornecedor da informação ante a atividade profissional de informar. (b) Por outro lado, o direito de se informar (ii) e o direito de ser informado (iii) possuem um viés substantivo e são caracterizados por um status passivo de receptor da informação. Isso quer dizer que enquanto o primeiro é um meio para se atingir outros fins, os outros são fins em si mesmo (afinal, nessa relação, o objetivo último do receptor é, obviamente, o de receber a informação, conforme seu interesse e necessidade).¹³

Logo, a contemplação unicamente sob o aspecto ativo do direito de informar é, como aponta Aurelia Maria Romero Coloma, uma concepção unilateral e mutilada¹⁴, pois é com o equilíbrio dos dois perfis, ativo e passivo, da liberdade de informação que se garante a comunicação plural no interior de uma sociedade.¹⁵

Em relação às formas com que o direito à liberdade de informação se manifesta, importa, de forma mais específica, para o presente o trabalho o direito de se informar e de ser informado, o que inclui não apenas o aspecto instrumental, englobando também o aspecto substantivo dessa liberdade, pois, como lembra Edilsom Pereira de Farias, a informação se tornou um “alimento imprescindível para os cidadãos”, uma vez que possibilita tanto o autodesenvolvimento da personalidade humana, quanto à participação cívica dos cidadãos na

¹¹ Sobre o direito do cidadão à obtenção de informações no plano estatal, ver: SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*. São Paulo: Atlas, 2015.

¹² Essa tripartição é defendida por vários autores especialistas no tema da liberdade de informação. Cite-se, por exemplo: NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FDT, 1997. p. 31; FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 287f. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2001. p. 74; TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 80;

¹³ TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 80; 83.

¹⁴ ROMERO COLOMA, Aurelia Maria. *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*. Madrid: Colex, 1987. p. 42

¹⁵ PAESINI, Liliane Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 21.

democracia, e que, com isso, “pode evitar a marginalização social provocada pela falta de informação sobre os problemas e desafios enfrentados pela sociedade”.¹⁶

Não basta, porém, para o cumprimento dessas metas, a mera difusão de informação, uma vez que o cidadão tem mais do que um simples direito à informação¹⁷, exigindo a participação democrática a capacidade de decisão como pressuposto da própria informação, como acentua René Ariel Dotti.¹⁸ Informar é, nesse sentido, promover e possibilitar a participação, e, diante disso, José Maria Desantes conclui que sendo participação um direito e um dever, estando a informação em proporção direta com ela, também da informação se pode falar como direito e dever.¹⁹ Em outra oportunidade, Desantes chega a afirmar que o “o direito à informação é tão importante que já não é apenas um direito fundamental, mas, além disso, um direito fundamentante, que deveria figurar na ‘cabeça’ de toda Constituição estatal ou de toda norma fundamental”²⁰.

Sobre o processo de democrático, Ronald Dworkin defende que se deve possibilitar às minorias, entre outras coisas, a participação igualitária no processo de formação da democracia política, não obstante, a fim de deliberarem sobre como agir coletivamente, seja imprescindível que os indivíduos interajam democraticamente entre si. Assim, a minoria, ainda que vencida pela maioria, não terá sido suplantada por essa, mas terá participado de um processo de deliberação racional na arena pública.²¹

A maximização da participação dos cidadãos no processo político garante uma forma de inclusão social dos grupos menos favorecidos, usualmente marginalizados. Nesse sentido, Jürgen Habermas desenvolve a teoria de que se deve desenvolver uma “esfera pública”, em que os integrantes da sociedade possam agir de forma comunicativa, visando a influenciar nos processos políticos institucionalizados. Sendo assim, uma vez que o poder comunicativo deriva de um processo racional (e não coercitivo) forma-se um elemento de legitimidade das decisões tomadas na “esfera pública” – e que deve ser levado ao poder político.²²

Nesse ponto, a intervenção estatal para promoção do direito à liberdade de informação passa a guardar íntima relação com questões de justiça democrática. A democracia, nessa perspectiva, não pode se basear apenas nos canais de deliberação e tomada de decisão institucionalmente regulamentados, devendo, também, levar em consideração o processo de formação de opinião e vontade na esfera pública. Ou seja, uma democracia que “não seja aberta à participação de todos e não ofereça condições para uma ação comunicativa gerará

¹⁶ FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 287f. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2001. p. 79-80.

¹⁷ FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 287 f. Tese (Doutorado em Direito). UFSC: Florianópolis, FARIAS, Edilson Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 287f. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2001. p. 80.

¹⁸ DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. p. 161.

¹⁹ DESANTES, José Maria. *Información como derecho*. Madrid: Nacional, 1974. p. 31.

²⁰ DESANTES, José Maria. *El Derecho a la Información en cuanto valor constitucional*. Piura: Universidad de Piura, 1992. p. 23.

²¹ DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. p. 357-358; 368

²² HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1996. p. 299; 360.

problemas de legitimação do poder político”²³. Logo, a ação pública dos cidadãos não pode ser limitada ao direito de voto, pois conforme maior for a participação política (e crítica) dos indivíduos na formação e implementação de serviços e políticas públicas, maior será a legitimidade democrática do Poder Público a que se submetem.

Como lembra Alexandre Ditzel Faraco, o espaço público de diálogo e interação de uma democracia é essencialmente relacionado aos meios de comunicação social de massa, que possibilitam, para a população, o acesso à informação de uma forma coerente e organizada,²⁴ admitindo-se, assim, a função nevrálgica dos meios de comunicação em massa para o desenvolvimento de uma sociedade democrática, reconhecendo-se, entretanto, que a concentração privada desses meios é capaz de distorcer o processo político e frear a participação dos cidadãos no cenário público.²⁵ A garantia da liberdade à informação garante uma maior participação da sociedade nas questões políticas, o que enseja o caminho do desenvolvimento social, afinal, o livre fluxo de informações possibilita uma melhor avaliação e embate dos assuntos e posições de relevância pública pela sociedade, preparando, assim, os cidadãos, para tomarem decisões de forma mais consciente. Como frisa Owen M. Fiss, a proteção constitucional desse direito objetiva garantir a soberania popular, ao passo que a informação, por criar cidadãos mais conscientes dos temas discutidos no espaço público, enriquece o debate político e a democracia.²⁶

A importância da democratização da mídia para um cenário de difusão de informações justo se percebe pelo fato de que quanto maior for o número de fontes informativas melhor será a qualidade da informação difundida, pois “a escassez de diversidade quanto à difusão de ideias e notícias na realidade social fatalmente redundará no empobrecimento da cultura cívica”²⁷. O pluralismo na informação pode propiciar aos cidadãos um contato (e um embate crítico) com as mais diversas formas de opinião, ideologia e filosofia existentes na sociedade e, com isso, tornam-se cidadãos mais capacitados, instruídos e preparados para participar do debate democrático na arena pública e daí fruírem seus direitos fundamentais.

A ausência de pluralidade de canais de informação, por sua vez, tem como resultado a prevalência dos interesses do detentor do canal de comunicação social, cuja atividade informativa opera sobre valores pré-definidos e determinam o que deva ser entendido como verdade ou mentira.²⁸

A liberdade de informação, então, é essencial para o desenvolvimento da democracia, uma vez que ela só se concretiza com a socialização da informação e sua ampla possibilidade

²³ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 32.

²⁴ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 39.

²⁵ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 42.

²⁶ FISS, Owen M. *Libertad de expresión y estructura social*. México D.F.: Fontamara, 2004. p. 172.

²⁷ FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação*: rádio, televisão e internet. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009. p. 69.

²⁸ CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira...*, p.116.

de acesso.²⁹ É importante ressaltar a relevância de algumas críticas quanto à excessiva interferência do Estado no âmbito da liberdade de informação, pois não é admissível que o Estado elimine a independência própria da liberdade de imprensa e dos próprios cidadãos, sob pena de se ter um fenômeno oposto ao da concentração de poder, mas igualmente prejudicial. No entanto, como lembra Owen M. Fiss, a estrutura social pode ser tão danosa ao Estado Democrático de Direito quanto essa arbitrariedade estatal³⁰, exigindo que o papel interventor ou mediador do Estado, portanto, seja realizado com habilidade cirúrgica, o que quer dizer: não pode ser tão amplo a ponto de tolher as liberdades individuais, mas também não pode ser de tal forma restrito a ponto de permitir que o mercado ordene a estrutura social conforme seus interesses, restringindo o livre acesso e recebimento de informações.

2. As mídias digitais e a (limitada) democratização do acesso à informação

No pós Segunda Guerra Mundial, em especial nas três décadas subsequentes, a televisão adquire singular importância no âmbito dos instrumentos de comunicação. É dizer: dentre as formas tradicionais de comunicação construídas até então, a televisão assume um papel preponderante. Como alerta Manuel Castells, não se trata de admitir que os outros meios de comunicação (rádio, jornal impresso, revistas) desapareceram, mas que foram reestruturados e reorganizados na perspectiva de um sistema em que a televisão é o eixo central em relação ao qual os demais meios gravitam.³¹ Os meios de comunicação (por assim dizer) periféricos foram constante e gradativamente sendo pautados pela mídia televisiva, o que é facilmente perceptível até hoje ao se descerrar periódicos pela manhã ou revistas semanais às segundas-feiras.

Vários fatores podem ser levantados para explicar a explosão da televisão como mídia preponderante: da preguiça dos expectadores à maçante rotina e condições de vida, somados à ausência de opções de acesso à informação e entretenimento. O que é, no entanto, perceptível é que a mídia televisiva é um meio de comunicação de massas por excelência, pois envia a milhões de receptores uma mensagem similar e ao mesmo tempo, cujo conteúdo e formato eram personalizados para o denominador comum mais baixo, ou seja, manipulado para que fosse inteligível à maioria dos telespectadores.³²

A televisão é presença constante nos domicílios, em especial no Brasil. Como demonstra dados do censo de 2010, realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), cerca de 95% dos domicílios brasileiros têm pelo menos um aparelho de televisão e 81% tem aparelhos de rádio; enquanto que somente 30% dos domicílios possuem computador com acesso à internet.³³ A mídia audiovisual se constitui ainda como o meio de comu-

²⁹ SALIBA, Maurício Gonçalves. Apresentação. In: TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011. p. 12.

³⁰ FISS, Owen M. *Libertad de expresión y estructura social*. México D.F.: Fontamara, 2004. p. 31.

³¹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 415.

³² CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 416.

³³ Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/imprensa/ppts/00000008473104122012315727483985.pdf>. Acessado em 30/05/2015.

nicação com o qual as pessoas mais interagem, numa relação em que “vivemos com a mídia e pela mídia”³⁴, sendo que as informações transmitidas por esses meios seguem a lógica do respectivo oligopólio de propriedade, seja do Estado ou de grupos econômicos poderosos.

Nas últimas décadas, entretanto, a Internet consolidou-se como fenômeno concreto de mídia, moldada definitivamente como a estrutura base de um novo veículo de comunicação, cuja arquitetura, cultura e usuários são extremamente diferentes em relação aos meios de comunicação tradicionais. A arquitetura é aberta do ponto de vista tecnológico, possibilitando amplo acesso do público, bem como evitando, em tese, restrições governamentais ou comerciais.³⁵

A Internet e as demais mídias digitais (celulares, softwares e outras ferramentas de comunicação), em que pese sua expansão, não são enquadráveis como meios de comunicação de massa, tal qual se considerava em relação às tradicionais mídias audiovisuais (televisão, rádio e mídia impressa). As mídias digitais possuem o que André Lemos e Pierre Lévy denominam de “função pós-massiva”, ou seja, uma função personalizável e interativa, em que não se estimula apenas o consumo, mas a produção e distribuição da informação, o que ocorre de forma não centralizadora, logo, mais abertas, colaborativas, interativas, distributivas.³⁶ A propagação da Internet e de outras mídias correlatas proporciona a eclosão de um novo paradigma, cuja principal característica é a informação como protagonista, como define Castells, “são tecnologias para agir sobre a informação, não apenas informação para agir sobre a tecnologia, como foi o caso das revoluções tecnológicas anteriores”³⁷.

Os meios de comunicação de massas, notadamente as mídias tradicionais, manejam o fluxo de informações de forma centralizada, com controle editorial imposto por grandes conglomerados econômicos, financiados pela publicidade. Informações essas direcionadas a uma massa de *receptores massivos* e homogêneos, os quais possuem ínfima capacidade de interação. As mídias digitais, por seu turno, permitem a quebra do monopólio do fluxo informacional, pois há, em tese, uma maior liberação da emissão a partir da transversalidade e da personificação do consumo da informação. A internet e seus derivativos tecnológicos permitem a produção livre da informação, bem como a circulação aberta e corporativa dos produtos informacionais. O custo financeiro é reduzido e não há dependência de concessões estatais, não existindo relação necessária com verbas publicitárias e havendo possibilidade concreta de desvinculação a um território específico.³⁸

A autonomia em informar e ser informado, desvinculada das amarras inerentes às mídias tradicionais, é agora factível, cuja passagem da interação individual e empresarial na internet para uma condição de construção autônoma de redes sociais, controladas e guiadas por seus usuários, constitui-se como a mais profunda transformação social promovida no

³⁴ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 419.

³⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 441.

³⁶ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010. p. 47.

³⁷ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 108.

³⁸ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010. p. 48-49

início do séc. XXI.³⁹ Por meio da *web*, permite-se a individualização e propagação da produção da informação, em que cada indivíduo é capaz de testemunhar e registrar tudo que lhe é possível a sua volta, e por meio dos *blogs*, cada vez mais em proliferação, permite-se a efetiva disseminação e acesso a tais informações.⁴⁰

Essa autonomia de comunicação, desatrelada dos meios tradicionais e suas limitações centralizadoras, não se restringe, obviamente, ao mero envio e publicação digital pelo usuário do fato captado e da respectiva informação produzida, ou seja, o processo não se encerra com a mera exposição da informação no âmbito digital, o que, *de per se*, contempla o direito à liberdade de expressão.

A oportunidade que se cria é ainda mais complexa e inovadora, pois, em idêntica medida, são criados em progressão geométrica novos canais de acesso à informação, pertinentes aos mais diversos temas, privilegiando não apenas o direito de se expressar, mas fornecendo sustentação crível à realização do direito à obtenção de informações. É dizer que se abre, como jamais foi viável, um espectro infinito de canais e possibilidades para que os cidadãos informem e sejam informados, numa rede cada vez mais complexa e fragmentada que se retroalimenta.

Essa nova rede de informações, alicerçada pela internet e mídias digitais, cuja mediação não depende daqueles antigos e ainda influentes meios de comunicação, sofre a incidência definitiva da possibilidade de acesso à rede em alta velocidade (banda larga), determinando um crescente poder de processamento das informações, aliado ao aumento de alcance a todos os âmbitos da vida social. Essa combinação de elementos permite a Manuel Castells apontar o desenvolvimento de um processo de *autocomunicação de massas*, cujo conteúdo é autogerado, a emissão é autodirigida e a recepção auto-selecionada pelos que se comunicam, em contraposição à comunicação de massas de caráter unidirecional e de pouca interação.

Um dos exemplos selecionados por Castells em relação a esse processo de *autocomunicação* é o canal digital youtube, em que os usuários podem postar vídeos (com algumas restrições), escolher quais serão assistidos, bem como comentá-los dentre uma enorme lista de possibilidades. Essas ferramentas tornam o *youtube*, no sentido proposto por Castells, uma espécie de meio de comunicação de massas, extremamente diferente dos meios tradicionais, mas que atinge uma boa parcela da sociedade que interage por meio da rede.⁴¹

É inegável que a elevação da internet e das mídias digitais à condição de meios de comunicação permite a interação dos usuários com caráter multidimensional, cujos papéis de informante e informado se confundem na medida em que há espaço efetivo para que ocorra a obtenção e troca de informações, permitindo concluir que se está diante de um processo que garante maior liberdade às pessoas, não apenas de se expressarem, mas também de obterem informações a partir de diversas fontes, cuja escolha depende, em tese, apenas do usuário.

³⁹ CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013. p. 168.

⁴⁰ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010. p. 82.

⁴¹ CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza, 2009. p. 112.

Nessa perspectiva, é impossível não concluir que o acesso à informação, de fato, está em processo de democratização, já que o usuário tem a opção de se livrar (ainda que parcialmente) das garras da centralidade de informação das mídias tradicionais, ao passo que pode buscar as informações, ou mesmo se deparar sem querer por si mesmo.

Há, entretanto, alguns senões em relação a esse cenário tão colorido de democracia e liberdade. A expansão da comunicação digital é causa e, ao mesmo tempo, consequência da alteração do sistema de relações sociais, cuja centralidade passa a ser o indivíduo inserido em redes *egocentradas*, representando a privatização da sociabilidade em que o cidadão-usuário se afasta cada vez mais do Estado e da esfera pública, adotando um novo padrão de sociabilidade denominado de *individualismo em rede*,⁴² característica própria desse novo padrão social, carregado de negatividade, na medida em que democracia e liberdade factíveis exigem um mínimo de interação social e entrelaçamento dos interesses diante de um espaço público que permita às pessoas se enxergarem e se preocuparem com o outro, logo, algo muito além do que apenas espaços para obtenção e postagem informações.

Ademais, como pondera Eneida Desiree Salgado, a maior oferta de informações, decorrente da expansão dos espaços digitais de interação dos usuários, carrega inevitavelmente uma desconfiança em relação à credibilidade do conteúdo postado e compartilhado na rede. Isso quer dizer que a crescente individualização da participação digital, por meio de blogs e redes sociais, não representa necessariamente alguma qualidade nessa participação, observando-se corriqueiramente interações extremamente antidemocráticas e reacionárias, acobertadas pela utilização de pseudônimos ou pelo anonimato, fazendo da internet o “*paraíso dos difamadores*”.⁴³

A Internet, como se observa, não é em si um instrumento de liberdade ou uma arma de dominação, como bem destaca Castells, mas, sim, “*um potencial extraordinário para a expressão dos direitos dos cidadãos e a comunicação de valores humanos*”, o que demonstra o seu proeminente caráter instrumental, tendo esta instrumentalidade uma repercussão limitada uma vez que não substitui a mudança social ou a reforma política. Isto é, a Internet é um instrumento que permite a ampliação de fontes de comunicação, contribuindo com a democratização e disponibilizando às pessoas uma espécie de *ágora pública*, em que inquietações e esperanças podem ser compartilhadas sem as mediações tradicionais, demandando como questão política fundamental da contemporaneidade o controle popular desse espaço público.⁴⁴

Conjuntamente ao desafio de expandir os canais de comunicação, de forma que as informações possam trafegar com a mínima mediação possível, chegando aos mais diversos e longínquos interlocutores, está em jogo, essencialmente, o próprio conteúdo objeto de

⁴² CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 108.

⁴³ SALGADO, Eneida Desiree. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 262.

⁴⁴ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 135.

compartilhamento na rede, como destaca Eneida Desirre Salgado.⁴⁵ É dizer, o aspecto democrático inerente às mídias digitais pode carregar (e carrega) questões de mérito que, em verdade, são antidemocráticas em sua essência. Gera-se, assim, uma contradição inescapável em que o conteúdo de caráter antidemocrático só tem viabilidade de tráfego em decorrência do caráter democrático instrumental da internet, ou seja, não fosse pela liberdade democrática instituída pela rede, a informação contrária à democracia teria extrema dificuldade para ser divulgada e, só então, produzir seus efeitos negativos.

Nesse sentido, Castells aponta como exemplo concreto a utilização da Internet como instrumento que aprofunda a crise de legitimação política contemporânea, na medida em que fornece uma plataforma mais ampla para propagação da *política do escândalo*. Como o sociólogo bem ressalta, o problema não está na Internet, mas no tipo de política que as sociedades estão gerando, ou seja, o elemento frágil e possivelmente antidemocrático é o próprio conteúdo das comunicações possibilitadas pela conexão em redes digitais.⁴⁶

Pode-se concluir que o desenvolvimento, propagação e adesão à internet e às demais mídias digitais que a rodeiam são instrumentos que fortalecem a democracia ao abrir canais para o conhecimento e participação dos cidadãos nos processos sociais, pois invertem a lógica centralizadora e vertical até então vigente de acesso e exposição das informações.

Porém, não se pode esperar da internet, enquanto aparato tecnológico, mais do que ela pode oferecer. As informações e mídias que transitam pela rede ainda dependem das pessoas que as captam, elaboram e recebem, sendo que os respectivos conteúdos não serão automaticamente “democratizados” pela mera passagem ao mundo digital. Há que se ir além da mera instrumentalidade.

3. A concentração de propriedade das mídias digitais e o risco de verticalização das informações no âmbito digital: barreiras econômicas à liberdade de informação

Em que pese a ascensão da Internet e das mídias digitais correlatas como instrumentos efetivos de comunicação democrática em boa parte do globo – processo em que os interlocutores podem se desvencilhar da centralização de informação das mídias tradicionais – o fato é que a televisão, o rádio, os jornais e as revistas ainda possuem papel relevante na sociedade brasileira e mundial, em especial a mídia televisiva, a qual ainda domina a maioria dos lares como principal fonte de informação e entretenimento.

A manutenção da importância da televisão como fonte elementar na comunicação implica na busca incessante do controle pelo Estado e por poderosos grupos econômicos, os quais implementam generosos investimentos nesse campo, com a formação de megagrupos

⁴⁵ SALGADO, Eneida Desirre. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁴⁶ CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003. p. 130.

e alianças.⁴⁷ Permite-se, assim, que poucos abocanhem uma imensa fatia do mercado de comunicação audiovisual, em especial a televisiva, desenvolvendo-se, com isso, um processo de crescente concentração das mídias tradicionais por um oligopólio de amplitude global. Afinal, em qualquer lugar em que há concentração de poder há concentração dos meios de comunicação.⁴⁸

Castells demonstra como o poderio econômico de determinados grupos e a importância econômica da mídia televisiva tornou a propriedade desses “bens” um campo de intensa disputa. Utiliza como exemplo, para isso, as emissoras estadunidenses e o controle quase que monopolístico na Itália por Silvio Berlusconi, mencionando, ainda, a América Latina, a Inglaterra e o Japão como exemplos de regiões em que a concentração das emissoras de televisão nas mãos de poucos e poderosos grupos econômicos é uma realidade.⁴⁹

É de tal ordem a gravidade na concentração de mídias por todo o mundo que inúmeros movimentos sociais tem se organizado no sentido de construir e cobrar pautas e políticas públicas de regulação da mídia, em especial no que tange ao combate ao oligopólio de propriedade das mídias televisivas. No Reino Unido, por exemplo, um movimento autodenominado de *The Campaign for Press and Broadcasting Freedom* (CPBF) reivindica, dentre tantas questões, o aprofundamento do controle de propriedade das mídias por grupos econômicos.⁵⁰ Na América Latina, o tema do oligopólio de propriedade dos meios de produção afeta praticamente todos os países, como vem recentemente ocorrendo no Peru.⁵¹

A concentração da mídia, como se vê, é um tema polêmico pautado mundialmente e que exige atenção crescente, especialmente em relação à lesão ao princípio democrático, na medida em que os poucos meios de comunicação tradicionais são subservientes aos interesses de poucos grupos econômicos que detêm sua propriedade.

James Gørgen aponta que, mais especificamente no Brasil, o processo de oligopolização é relativamente recente e decorre do binômio segurança/soberania nacional deflagrado pelo regime de exceção imposto no Brasil a partir da década de 60, somado à reconfiguração do capital mundial. Apesar de ser passível de regulação estatal, o cenário das comunicações seria, em tempos democráticos, de baixa intervenção e fraca regulação.⁵²

⁴⁷ Demonstrando a importância da televisão no cotidiano das pessoas, a Secretaria de Comunicação Social da Presidência da República levantou que 65% da população brasileira utiliza a televisão periodicamente durante os sete dias da semana. Em média, costuma-se assistir nos dias de semana um total de três horas e vinte e nove minutos por dia, média que se eleva um pouco aos fins de semana. BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Pesquisa de mídia 2014: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2014. p. 22-26.

⁴⁸ CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza, 2009. p. 113.

⁴⁹ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006. p. 425-426.

⁵⁰ Manifesto publicado pelo movimento *The Campaign for Press and Broadcasting Freedom* (CPBF), disponível em: http://www.mediareform.org.uk/wp-content/uploads/2014/12/2517_CPBF_MRC-nov14b.pdf, acessado em 31 de maio de 2015.

⁵¹ A iminência do fenômeno de concentração exacerbada de mídias no Peru, levou o seu governo a se manifestar contrariamente a tal possibilidade, indicando inclusive a possibilidade real de intervenção estatal em casos futuros semelhantes, como demonstra reportagem publicada no periódico *Folha de São Paulo*. Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2014/01/1403077-concentracao-da-midia-gera-debate-no-peru.shtml>. Acessado em 31 de maio de 2015.

⁵² GÖRGEN, James. *Sistema central de mídia: proposta de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil*. 2009. 141f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Faculdade de Biblioteconomia e Comu-

Em relação à mídia televisiva, alguns poucos grupos econômicos (alguns deles familiares), controlam seis redes de televisão (Globo, SBT, Bandeirantes, Record, CNT e Rede TV), aglutinando um total de 309 (trezentos e nove) canais de televisão, 308 (trezentos e oito) canais de rádio e 50 (cinquenta) jornais impressos diários, como revela pesquisa formulada no ano 2002 pelo Instituto de Estudos e Pesquisas em Comunicação (Epcom), intitulada *Os donos da Mídia*.^{53 54}

A concentração da mídia no Brasil é, em sua essência, histórica. Sua repercussão nefasta para o país e para sociedade brasileira pode ser exemplificada a partir do relato lavrado pela jornalista Natalia Viana, na apresentação do livro *Cypherpunks*, de Julian Assange e outros, em que conta como a publicação no Brasil dos documentos obtidos pelo *Wikileaks* teve que se adaptar e contornar o fato de 70% dos meios de comunicação estarem em posse de cinco empresas, as quais pertencem a seis famílias.⁵⁵

Não obstante o amplo controle que esses grupos econômicos exercem sobre os meios de comunicação clássicos, a avalanche da internet e das mídias sociais vem provocando a alteração substancial na forma como a televisão, a imprensa escrita e até o rádio são formatados e recepcionados pelos usuários. O efetivo crescimento do acesso à internet, a banda larga⁵⁶ e a demanda das pessoas por opções digitais das próprias mídias tradicionais, causou uma espécie de migração dos meios de comunicação de massa para a plataforma digital e da Internet, tanto em relação à produção como à transmissão.⁵⁷

Sem deixar de manter, porém, o controle na via tradicional centralizada, jornais, rádios e televisões publicam e emitem atualmente quase que todo seu conteúdo também via Internet, havendo, inclusive, certas mídias que não podem ser captadas ou lidas por meio que não seja o digital. Não se trata apenas de uma mudança na forma de consumo das mídias, mas de uma radical transformação na forma de produção e distribuição de conteúdo informacional.⁵⁸

Claramente, a principal razão para essa migração sem precedentes dos meios de comunicação do ambiente analógico para o ambiente digital tem no âmbito econômico sua

nicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009. p. 63.

⁵³ Disponível em: http://www.donosdamidia.com.br/media/documentos/james_fgv20072.doc. Acessado em 31 de maio de 2015.

⁵⁴ No mesmo sentido, matéria publicada na revista Carta Capital, disponível em <<http://donosdamidia.com.br/media/documentos/DonosCarta.pdf>>. Acessado em 31 de maio de 2015.

⁵⁵ Para a jornalista, “o processo de publicação dos documentos da missão norte-americana no Brasil acabou sendo um dos mais criativos e extensos, e teve também uma boa dose de experimentação. Começou com uma dura decisão, já que só existem três jornais de circulação nacional – Estado de S. Paulo, Folha de S.Paulo e O Globo –, todos eles parte de conglomerados com interesses que muitas vezes interferem na cobertura de temas nacionais. Isso reflete a concentração histórica da mídia no Brasil, onde cinco empresas, pertencentes a seis famílias, controlam 70% de todos os meios de comunicação.” Cf. ASSANGE, Julian; et al. *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo, 2013.

⁵⁶ A expansão da internet banda larga no Brasil, enquanto política pública, tem como principal norte o Plano Nacional para Banda Larga, encabeçado pelo Ministério das Comunicações. Sobre o tema: PRONER, Carol. Democracia, inclusão digital e acesso à internet. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

⁵⁷ CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza, 2009. p. 101.

⁵⁸ LEMOS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010. p. 73.

causa primordial, afinal, havia nesse “novo mundo” digital um campo virgem “implorando” pela intervenção dos grupos econômicos da mídia tradicional. A já sangrenta batalha – sangue midiático, é claro – pela apropriação dos meios de comunicação transcendeu a antiga esfera material analógica e chegou à esfera digital, na qual os antigos e arcaicos detentores e as próprias mídias clássicas se rejuvenescem. Adquirido, agora, o status de digital ou eletrônico, permite-se a esses proprietários a disputa incisiva por esse novo terreno, cujo princípio angular de fragmentação e pluralidade da informação pode sofrer grave ameaça, na medida em que ocorre apenas a “digitalização” dos meios de comunicação tradicionais por meio da Internet, retornando-se ao paradigma da centralidade na emissão da informação, mas agora sob a máscara da suposta democratização promovida pela mídia digital.

Em verdade, os grandes e poucos grupos econômicos tradicionais que detém em seu poder grande fatia dos meios de comunicação se articulam de forma incisiva e desenvolve para redominar a centralidade na emissão das informações e, com isso, concentrar os altos investimentos financeiros que hoje circulam pela rede digital.

Confirmando essa perspectiva, reportagem publicada no Jornal O Estado de São Paulo dá conta que cinco meios de comunicação tradicionalíssimos em âmbito internacional (*The Guardian*, *CNN*, *Reuters*, *Financial Times* e *The Economist*) firmaram uma parceria para implementar uma nova plataforma, chamada de Pangaea, com leitores e espectadores na América do Norte, Europa, Ásia e Oriente Médio, cuja intenção publicizada é a de concorrer com a plataforma Google em relação ao mercado publicitário digital.⁵⁹ O objetivo é o domínio de remessa das informações e, conseqüentemente, constituir-se como meio de comunicação digital com credibilidade global, permitindo a captação de investimentos publicitários.

Trata-se de exemplo notório na seara internacional de como a internet e as mídias digitais se constituem em campo estratégico e em disputa não apenas pelos novos atores digitais, mas também pelos empoeirados e poderosos detentores dos meios de comunicação da antiga escola.

No plano nacional a realidade não é diferente. Os grandes conglomerados econômicos que dominam imensa parcela dos meios de comunicação tradicional no Brasil vêm gradativamente lançando esforços e investimentos para adentrar e conquistar o mercado de comunicação digital. Prova disso é que as duas maiores emissoras nacionais de televisão – Globo e Record – mantém portais digitais, cujo conteúdo vai do jornalismo a triviais notícias de fofocas sobre famosos (aliás, as mais acessadas), repetindo, em grande medida, o que é objeto de conteúdo na via tradicional.

Não é diferente com os jornais impressos de grande circulação, os quais mantêm sites, páginas, blogs e outros mecanismos digitais que, em grande parte do tempo, reproduzem as matérias que serão ou seriam publicadas na prensagem tradicional desses periódicos. Os periódicos *Isto é*, *O Globo*, *Folha de São Paulo*, *O Estado de São Paulo*, dentre outros, continuam possuindo, de certa maneira, a centralidade da informação, mas agora com a

⁵⁹ Grupos de mídia forma plataforma publicitária digital. *O Estado de São Paulo*. Disponível em: <http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios.grupos-de-midia-formam-alianca-publicitaria-digital,1654360>. Acessado em 31 de maio 2015.

maquiagem da aura democrática digital, pois são veículos de comunicação que se adaptaram de forma salutar às vicissitudes da sociedade em rede digital, fazendo com que seus produtos continuassem a ser consumidos, mas agora pelos usuários digitais.

O que torna preocupante esse contexto não é mera passagem dos meios tradicionais para a esfera digital, mas sim a manutenção da proeminência desses grandes grupos econômicos em relação à centralidade na emissão de informações.

Não obstante a radical alteração para plataforma base digital, os mesmos conglomerados que historicamente dominam os meios de comunicação no Brasil continuam a exercer seu poderio, especialmente sobre a emissão de informações consumidas. A partir de dados fornecidos pelo site <Alexa.com>, que congrega informações sobre a quantidade de acessos na rede, dentre os 25 (vinte e cinco) sites/portais mais visitados, seis sites (UOL, Globo.com, Abril, IG, Terra e Folha.com) pertencem a grupos econômicos detentores de mídias tradicionais – sendo que os demais sítios que compõem a lista são de redes sociais, buscas ou de compras.⁶⁰

Nessa mesma perspectiva, o site *Olhar Digital*, em matéria de 2014,⁶¹ aponta que a esfera digital no Brasil conta com 79,7 milhões de internautas, sendo que quatro grandes portais de notícias e entretenimento pertencentes a grupos tradicionais da mídia (UOL, Globo.com, R7 e Terra) possuem, somados, cerca de 200.000.000 (duzentos milhões de acessos) e estão no topo dos sítios eletrônicos visitados pelos usuários brasileiros.

Ainda que os dados considerados não sejam oficiais – e tampouco há levantamento nesse sentido –, eles demonstram que o usuário brasileiro de internet quando vai à procura de informações acaba acessando os mesmos veículos que já dominavam o círculo de comunicação tradicional, ou seja, embora a rede ofereça uma infinidade de opções para obtenção de informações por meio de blogs e páginas independentes, cuja pluralidade e verticalização sobre temas específicos poderia oxigenar a compreensão, a grande maioria dos usuários consulta os sítios eletrônicos pertencentes aos meios de comunicação tradicionais (agora travestidos de digitais).

A partir dessa realidade, pode-se concluir que a migração dos meios de comunicação tradicionais para âmbito digital representa uma espécie de reocupação de terreno. À medida que perceberam que o cenário digital adquiriu amplitude informacional e, conseqüentemente, econômica/comercial, os grupos econômicos tradicionais não perderam tempo e se lançaram de cabeça nessa nova frente, obtendo êxito, de alguma forma, em manter a centralidade na moldagem e envio de informações, mas agora a partir da plataforma digital.

Portanto, ainda que de maneira parcial, a democratização da informação – em que pese ser uma potencialidade, pois não se pode negar a existência e crescimento de um incontável número de canais independentes de informação no âmbito digital – encontra sólida barreira na ofensiva que os proprietários dos grandes meios de comunicação vêm lançando para consolidarem seus veículos como legitimados a transmitirem as informações, de forma novamente

⁶⁰ Disponível em <http://www.alexa.com/topsites/countries/BR>. Acessado em 31 de maio de 2015.

⁶¹ Disponível em: <http://olhardigital.uol.com.br/noticia/os-20-sites-mais-acessados-do-mundo/32477>. Acessado em 31 de maio de 2015.

vertical e centralizada. Nesse cenário complexo e preocupante, o debate se encaminha novamente em relação ao sentido instrumental da Internet e das mídias digitais, uma vez que a rede digital por si só não determina a democratização da informação, seja no envio ou na recepção.

A inicial dispersão do poder de informar, resultante da fragmentação da centralidade causada pela internet e mídias digitais, passa atualmente por um preocupante processo de neutralização, em que os principais conglomerados econômicos voltam a ter certo domínio sobre os canais de comunicação, essencialmente porque se lançaram com sucesso no âmbito digital, sem perder a hegemonia sobre os meios de comunicação tradicionais. Ressalta Eneida Desiree Salgado que o cenário atual da organização dos meios eletrônicos de informação é tenebroso, pendendo à refutação do princípio democrático na medida em que a expansão digital vem, na verdade, fortalecendo as grandes empresas de comunicação e o discurso único.⁶²

Observa-se, com efeito, um movimento em curso de reapropriação por esses grupos econômicos dos novos meios de comunicação responsáveis pelo manejo das informações em âmbito digital. Esse assustador cenário de concentração de propriedade dos meios de comunicação está em vias de se repetir no domínio digital, cuja descentralização sempre foi seu caráter mais fascinante.

O que se observa, diante desse quadro, é que o avançado debate sobre democratização das mídias, no sentido de reconfiguração da apropriação dos meios de comunicação tradicionais, precisa ser estendido ao plano digital. A realidade demanda que se intensifique o debate sobre a participação dos controladores dos grandes meios de comunicação em relação à Internet e demais mídias digitais, inclusive no sentido de se averiguar se há ou não legitimidade do Estado para intervir nessa seara.

4. O Estado e a relação com a sociedade em rede: Lei n. 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e função estatal mediadora em relação aos meios de comunicação digital

Na internet, em tese, a horizontalidade é a regra e a interação seu maior atrativo; a coleta das informações pode ser realizada pelos próprios usuários, bem como a própria elaboração das informações é possível, enquanto que as mídias audiovisuais tradicionais continuam sob o esquema clássico sustentado pela verticalidade e unilateralidade.⁶³

No entanto, o caráter plural e aberto que tanto identifica a Internet e as mídias digitais em relação à consolidação e ampliação da democracia, vem sofrendo uma espécie de neutralização com o crescimento de domínio das grandes corporações econômicas, já detentoras dos meios de comunicação tradicionais, nas redes, em especial em relação aos veículos digitais que tratam do tráfego de informações, ou seja, mídias cujo objetivo é captar, moldar e entregar informações ao público conectado.

⁶² SALGADO, Eneida Desiree. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 268.

⁶³ CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 245.

Como ressalta Tzvetan Todorov, a ausência de pluralidade distancia o instrumento, como a Internet e as mídias digitais, do seu potencial democrático, ocorrendo quando o poder, ainda que legítimo, esteja concentrado às mesmas pessoas ou instituições, acrescentando que o poder da mídia se insere nesse contexto e deve ser mantido de forma plural.⁶⁴

Em Todorov há a clara reverência ao indivíduo, o qual deveria julgar por ele mesmo as informações em tráfego. O que ocorre, porém, é o risco do indivíduo receber uma informação cujo conteúdo é uniformizado, como se viesse do Estado, ou, ainda, a partir da decisão de um indivíduo ou de um grupo. Uma pessoa com muito dinheiro para comprar meios de comunicação – e aqui Todorov cita os meios clássicos – pode fazer com que as pessoas pensem o que se espera que elas pensem. Somando-se poder midiático com poder econômico, o resultado é o império do dinheiro, uma plutocracia em que o indivíduo ou grupo poderoso impõe sua vontade.⁶⁵

Atento aos perigos que rondam a revolução tecnológica, Castells alerta para o fato de que a rede pode se tornar um mero instrumento comercial das empresas de comunicação, colocando em risco a capacidade democrática das novas redes. Segundo o sociólogo, a crescente influência das empresas do setor de meios de comunicação sobre as instituições públicas pode colocar a revolução das comunicações a serviço dos interesses empresariais.⁶⁶

As ameaças de centralização e polarização dos canais de informação que cercam as novas tecnologias, inevitavelmente incitam o debate sobre a quebra do paradigma do “não controle” da Internet. Ocorre que a Internet de há muito não pode mais ser considerada “território livre”, na essência da expressão. Afinal, como pondera Jonas Chagas Lúcio Valente, tal expressão, não obstante legítima, carece atualmente de sofisticação e atualidade, já que sob os mais variados aspectos a Internet sofre regulação, em especial no que tange ao provimento de acesso, condições de infraestrutura etc.⁶⁷

Ocorre que o debate sobre uma possível regulação estatal dos meios de comunicação digital – em especial sobre a concentração de propriedade e de canais de informação – precisa, no entanto, ser conduzido de forma cuidadosa e sensível para que não se caia na armadilha de se ser taxado de ressuscitador da censura, como bem destaca Armand Mattelart.⁶⁸

⁶⁴ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 17.

⁶⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 144.

⁶⁶ CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza, 2009. p. 91.

⁶⁷ VALENTE, Jonas Chagas Lúcio. Regulação do acesso à Internet no mundo: modelos, direitos e desafios. In. PEREIRA, Sivaldo; BIONDO, Antônio (Orgs.). *Caminhos para a universalização da internet banda larga: experiências internacionais e desafios brasileiros*. São Paulo: Intervezes, 2012. p. 52.

⁶⁸ “A liberdade de comunicação não deve sofrer nenhuma proibição. As reservas que podem ser feitas em relação a essa concepção da liberdade logo serão taxadas pelos grupos de pressão de tentativas de restauração da censura. Somente a sanção exercida pelo consumidor sobre o mercado de livre-oferta deve reger a circulação dos fluxos culturais e informacionais. O princípio da auto-regulação tira a legitimidade de toda a tentativa de formulação de políticas públicas, nacionais ou regionais, no assunto. Não encontram acolhida nem sequer as interrogações sobre o papel que deve desempenhar o Estado em uma coordenação dos sistemas de informação e de comunicação tendo em vista a preservação dos canais de expressão cidadã em relação às lógicas da segregação diante do mercado e da técnica, nem as que estão ligadas à função das organizações da sociedade civil como fator de pressão decisivo para exigir da autoridade pública essa arbitragem. O mundo se metamorfoseia em “comunidades de consumo” (*consumption communities*), esses grandes segmentos transfronteiriços que compartilham a mesma solvabilidade, os mesmos socioestilos. Definitivamente, a palavra *comunidade* jamais foi utilizada de modo tão diferente e vazio.” MATTELART,

A discussão sobre a regulação da mídia tradicional não é nova no Brasil, tampouco o debate sobre a regulação da mídia digital. Tramitaram no Congresso Nacional vários projetos de lei, nos mais variados sentidos, com o objetivo de criar uma política pública da Internet no Brasil.

Dentre tantas propostas, houve uma exitosa, resultando na Lei n. 12.965/2014, chamada de *Marco Civil da Internet*. A referida norma foi antecedida por uma inédita consulta pública – acompanhada de audiências públicas e seminários – chamada pela Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça em 2009, dividida em duas etapas, nas quais os usuários puderam efetivamente participar e determinar o processo de construção normativa, com a realização de grandes e qualificados debates a respeito de regulação, de liberdade de expressão, da neutralidade da rede, da necessidade de privacidade dos usuários etc. Conferiu-se à consulta pública, assim, um caráter extremamente democrático, como apontam Rachel Callai Bragatto, Rafael Cardoso Sampaio e Maria Alejandra Nicolás.⁶⁹

Tendo a Internet – enquanto plataforma de comunicação – como tema central, a Lei n. 12.965/2014 é dividida em capítulos sobre: princípios e conceitos gerais; direitos e garantias dos usuários; provisão de conexão e aplicações de internet; atuação do Poder Público; e disposições finais. Trata, como se vê, de diversos temas que impõe um determinado recorte, com o intuito de se extrair da referida norma se há previsão jurídica sobre a concentração dos meios de comunicação em âmbito digital e qual a legitimidade do Estado para intervir nessa seara.

Com efeito, o art. 2º, *caput* e inciso III, reconhece como fundamentos do uso da Internet no Brasil a liberdade de expressão, a pluralidade e a diversidade. Já o art. 3º, I, IV e VII, determina como princípios a garantia da liberdade de expressão, comunicação e pensamento, bem como a preservação e garantia da neutralidade da rede, aludindo ainda à preservação da natureza participativa da rede. No art. 4º, II, impõe-se como objetivo da Internet a promoção específica do acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos. Por fim, o art. 6º determina, ainda, que a interpretação da Lei deve considerar a promoção do desenvolvimento humano, econômico, social e cultural.

Pode-se observar que o conteúdo principiológico formador da Lei n 12.965/2014 é, por assim dizer, progressista, contemplando o acesso à comunicação lastrado em um ambiente plural e com diversidade, em que se garante o direito à livre participação na rede e a promoção do conhecimento.

Sendo assim, ainda que não se denote em sua redação uma vedação específica sobre a concentração da propriedade ou apropriação dos meios de comunicação digital, parece claro que o sentido sociológico e político da norma em questão vai na contramão da manutenção da estrutura oligopólica dos meios de comunicação tradicionais. É dizer, no âmbito

Armand. *História da sociedade da informação*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002. p. 154-155.

⁶⁹ BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso; NICOLÁS, Maria Alejandra. O Marco Civil da Internet no Brasil: como foi construído, quem participou e quais os impactos? In: Seminário Nacional de Sociologia e Política, 5., 2014. Curitiba: UFPR. *Anais...* Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/porta/semnariosociologiapolitica/files/2014/08/24778_1397848930.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

digital, a sociedade brasileira privilegia, ao menos formalmente, a fragmentação dos canais de informação, exatamente como maneira de se manter o caráter democrático da Internet, na medida em que os usuários comuns permanecem horizontalmente planejados aos grandes conglomerados econômicos, pelo menos no que diz respeito à obtenção, formatação e emissão das informações. Vale ressaltar, de qualquer modo, que o alicerce democrático e plural da rede já estava sedimentado no texto da Constituição Federal de 1988, nos termos do art. 5º, IV, IX e, em especial, XIV.

A interpretação do alicerce principiológico da Lei n. 12.965/2014 à luz da Constituição Federal, em especial frente à redação do art. 220, §5º, que impõe a absoluta restrição ao oligopólio ou monopólio dos meios de comunicação social, dentre os quais obviamente se inclui a Internet e as mídias digitais, conduz a um caminho sem volta de disputa contra a tentativa de domínio e centralização das informações em âmbito digital pelos mesmos conglomerados econômicos que já reinam sobre os meios de comunicação clássicos. Há, desse modo, restrição legal imperativa e negativa pertinente à centralização dos canais de informação no campo da internet e das mídias digitais correlatas, o que induz concluir que a verticalização dos canais de comunicação ofende a Lei n. 12.965/2014 e, ainda mais grave, lesa o art. 220, §5º, e art. 5º, IV, IX e XIV, da Constituição Federal.

Restando claro que a centralização dos meios e dos canais de comunicação em âmbito digital constituído na forma de oligopólio é vedada no ordenamento jurídico pátrio, ou seja, que a restrição material do caráter plural e diversificado da circulação de informações na internet constitui ofensa no plano jurídico, fica pendente identificar qual a função e legitimidade de atuação do Estado nesse processo.

Mais uma vez, analisando o teor da Lei n. 12.965/2014, nota-se que no capítulo referente à atuação do Poder Público inexistem dispositivos específicos sobre alguma forma de regulação ou controle do poder estatal, propriamente dito, sobre a apropriação de meios de comunicação na internet. Ao Estado, na verdade, a lei impõe três atividades: (i) a prestação da infraestrutura; (ii) o fomento; (iii) forma de uso da internet pelo próprio Poder Público.

A atividade de prestação de infraestrutura está relacionada à constituição de elementos concretos que possibilitem materialmente a expansão e manutenção da rede, como se observa no art. 24, VII e art. 28, todos da Lei n. 12.965/2014, o que demonstra a reafirmação do dever estatal de promover esse tipo de estrutura. O uso da internet pelo próprio Poder Público sofre a incidência concreta de algumas diretrizes, tal como a acessibilidade, compatibilização e facilidade do uso de serviços de governo eletrônico, publicidade de informações públicas e fortalecimento da participação popular nas políticas públicas. O fomento, por sua vez, relaciona-se com a promoção de ações em âmbito estatal que estimulem o uso e expansão racional – seja lá que racionalidade for essa – da rede em relação aos usuários e aos próprios meios digitais, incitando, ainda, a interoperabilidade entre os sistemas público e da sociedade civil, determinando também o desenvolvimento de ações e programas para o desenvolvimento do uso da internet e promoção da cultura e da cidadania. O art. 27, aliás, determina especificamente o fomento estatal à cultura digital e da promoção da internet como *ferramenta social*,

devido o Estado: promover a inclusão digital; reduzir as desigualdades regionais em relação ao acesso às novas tecnologias; fomentar a produção e circulação de conteúdo nacional.

Essa lei não prevê, como se observa, qualquer possibilidade direta de intervenção estatal em relação à acumulação de meios de comunicação no domínio da internet, ou seja, não há qualquer dispositivo que imponha peremptoriamente o dever do Estado em intervir no meio digital para readequar a distribuição de canais de comunicação objetivando proteger o direito dos usuários à informação. Aliás, era de se esperar que a legislação que marca a regulamentação da internet no Brasil fosse *desapegada* das amarras estatais, uma vez que a relação entre a rede e seus usuários é justamente marcada pela ausência de mediação do Estado, o qual mantém apenas uma função garantidora no sentido de permitir que a engrenagem cibernética rode por si mesma. Ademais, os dispositivos constitucionais sobre comunicação igualmente não parecem conferir legitimidade à intervenção estatal direta na internet, até porque não se trata de campo dependente da outorga de concessões do Estado para que os usuários manjem informações na rede, tal qual ocorre com os meios de comunicação tradicionais como rádio e televisão.

Mas na prática o problema da possibilidade de concentração dos meios de comunicação digital permanece, colocando em risco a horizontalidade da circulação das informações na rede, ou seja, o fato é que as grandes e poucas corporações de comunicação, que já de há muito dominam os meios tradicionais, já migraram para a esfera digital e lançam ações no sentido de estender seu domínio também nessa seara. O que reste então ao Estado diante desse quadro perigoso e complexo?

A conclusão a que se chega, alicerçada em Raffaele de Giorgi, é que a questão ora em debate, qual seja, possibilidade e legitimidade de intervenção estatal na concentração de meios de comunicação em âmbito digital, é resultado de um processo no qual a própria sociedade moderna se colocou, a partir da complexidade que ela mesma produz e que gera contingências. Nesse sentido, a liberdade e a ausência-refutação de mediações tradicionais, pilares ideológicos que sustentam a rede digital, são justamente as causadoras de aporias sistêmicas que levam à possibilidade de reconcentração dos meios de informação pelos veículos tradicionais, em contradição com verticalidade que a internet prometeu desafiar e derrogar. Trata-se, como aduz o sociólogo italiano, de uma *instabilidade autoproduzida* e que se traduz na *modernidade da sociedade moderna*, em que se observa a contínua reprodução de indeterminações. Nessa perspectiva, a sociedade digital, assim como a sociedade moderna que a abrange, é resultante de si própria e suas operações se dão, senão, apenas dentro do próprio sistema.⁷⁰

Entendendo-se que o problema da concentração da informação em âmbito digital é decorrente das operações implantadas dentro do próprio sistema criado pela sociedade moderna, ou seja, que essa autoinstabilidade é fruto da imposição dos próprios princípios que fundamentam a lógica da circularidade das informações na esfera digital, a abertura dessa aporia só é

⁷⁰ GIORGI, Raffaele de. *Direito, democracia e risco*: vínculos com o futuro. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 153.

possível dentro do próprio sistema e a partir da sua lógica estruturante. Com efeito, o papel do Estado nesse contexto é fomentar e estimular, constantemente, o aspecto plural e horizontal da rede, exatamente nos moldes como o *marco civil da internet* estabelece, ou seja, a ação estatal está em estimular o uso da rede por toda a sociedade de forma que qualquer usuário possa se tornar um pólo em potencial de captação, formatação e emissão de informações, sem que ele dependa de meios pertencentes a poucos e abastados grupos econômicos.

A promoção e a expansão do uso da internet, somadas à conscientização dos usuários, são as chaves para que a rede não seja apenas um mero mecanismo de entretenimento em que se repete o conteúdo dos meios tradicionais, apenas travestido na forma digital. É essa a intervenção estatal possível e extraível da legislação, logo, uma interferência relativa e fraca, do ponto de vista direto, mas que se mostra essencial para a preservação do caráter plural e independente da rede, sem que se caia na armadilha de uma atuação mais incisiva, antidemocrática e, talvez, anacrônica do Estado.

Veja que se trata de uma complexa e até contraditória função posta ao Estado: incitar o desenvolvimento da internet e das mídias digitais pelos próprios usuários, de forma horizontal e plural, não obstante isso representar justamente o afastamento da presença estatal nas mediações da rede. O Estado, então, age de forma a encorajar o exercício de atividades pelos usuários, atividades essas que em última análise acabam por refutar a intervenção estatal. Assim, a premente e perigosa reconcentração dos meios de informação digitais pelos veículos tradicionais só pode ser combatida com as armas presentes na própria arena que possibilita a sua existência, isto é, são as novidades e facilidades expansivas da internet e das mídias digitais que possibilitam guerrear com os problemas criados dentro do próprio sistema.

À toda sorte, ainda que se crie um ambiente favorável à democratização da rede digital, em que a liberdade da circularidade das informações seja protegida, não há espaço para ilusões. Como bem lembra Raffaele de Giorgi, essa é uma sociedade em que a simultaneidade global de acontecimentos é regra e a razão não é mais a sua ordem, mas sim um *incompreensível horizonte de irreduzíveis indeterminações*⁷¹, o que permite concluir que não há respostas pré-formatadas para os problemas complexos decorrentes desse ápice da modernidade, em especial sobre a relação do Estado com as novas tecnologias e com a sociedade cada vez mais “virtualizada”. A sensibilidade para a criação e manutenção de políticas públicas que estimulem a difusão e uso racional da internet e das mídias digitais, inclusive em cumprimento ao que estabelece o Marco Civil da Internet, será fundamental para que o equilíbrio plural e horizontal da rede seja mantido, já que os perigos de verticalização batem à porta e só poderão ser diretamente combatidos dentro do próprio sistema digital a partir da atuação livre dos próprios usuários.

Na realidade imposta pela virtualidade e novas tecnologias, a intervenção direta ou abstenção plena não são opções factíveis para o Estado nesse processo. A mediação estatal precisa de equilíbrio e sensibilidade para ao mesmo tempo não intervir diretamente em ambiente impróprio, maculando o caráter democrático da rede, mas também não se omitindo em

⁷¹ GIORGI, Raffaele de. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartir Latin, 2006, p. 212.

relação aos riscos, impondo que atue na forma de estímulo ao uso e desenvolvimento plural e livre da internet e das mídias digitais no Brasil.

Trata-se, sem dúvida, de enorme desafio pelo qual o Estado brasileiro jamais passou e que exigirá mais do que sensibilidade dos gestores públicos, na medida em que serão obrigados a atuar num campo em que, por princípio fundamental, qualquer regulação do Estado não é bem-vinda, mas, de outro lado, a ausência de atuação é igualmente danosa à democracia da internet e das mídias digitais. A muralha a ser transposta é justamente se estabelecer um processo harmônico, em que nenhuma dessas extremidades se manifeste.

Referências

ARENDDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. 6. ed. Trad. Mauro W. Barbosa. São Paulo: Perspectiva, 2009.

ASSANGE, Julian; et al. *Cypherpunks: liberdade e o futuro da internet*. São Paulo: Boitempo, 2013.

BRAGATTO, Rachel Callai; SAMPAIO, Rafael Cardoso; NICOLÁS, Maria Alejandra. O Marco Civil da Internet no Brasil: como foi construído, quem participou e quais os impactos? In: Seminário Nacional de Sociologia e Política, 5., 2014. Curitiba: UFPR. *Anais...* Disponível em: <http://www.humanas.ufpr.br/portal/seminariosociologiapolitica/files/2014/08/24778_1397848930.pdf>. Acesso em: 1 jun. 2015.

BRASIL. Presidência da República. Secretaria de Comunicação Social. *Pesquisa de mídia 2014: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira*. Brasília: Secom, 2014.

BREGA FILHO, Vladimir. Prefácio. In: TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011.

CAMARGO, Ricardo Antônio Lucas. *Liberdade de informação, direito à informação verdadeira e poder econômico*. São Paulo: Memória Jurídica, 2007.

CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión y información y sus límites*. Madrid: Edersa, 1991

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.

CASTELLS, Manuel. *A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2006.

CASTELLS, Manuel. *Comunicación y poder*. Madrid: Alianza, 2009.

CASTELLS, Manuel. *Redes de indignação e esperança: movimentos sociais na era da internet*. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

CENDEJAS JÁUREGUI, Mariana. El derecho a la información: delimitación conceptual. *Derecho Comparado de la Información – Revista de la Universidad Nacional Autónoma de México*, n. 15, ene./jul. 2010.

Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoinc/cont/15/art/art1.htm>>. Acesso em: 1 jun. 2015.

CHEVALLIER, Jacques. *O Estado pós-moderno*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

ROMERO COLOMA, Aurelia María. *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*. Madrid: Colex, 1987.

CORREA HENAO, Néstor Raúl. La libertad de informar y sus derechos conexos. In: CABALLERO, Doris Réniz (Org.) *Medios, información y comunicación: a mayores libertades, mayores responsabilidades*. Bogotá: Asociación Iberoamericana de Derecho de la Información y de la Comunicación - AIDIC, 2003. Disponível em: <<http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/educacion/medios/indice.htm>>. Acesso em: 22 maio 2015.

DESANTES, José Maria. *El Derecho a la Información en cuanto valor constitucional*. Piura: Universidad de Piura, 1992.

DESANTES, José Maria. *Información como derecho*. Madrid: Nacional, 1974.

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign virtue*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Democracia e regulação das redes eletrônicas de comunicação: rádio, televisão e internet*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

FARIAS, Edilsom Pereira de. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. 2001. 287f. Tese (Doutorado em Direito) – UFSC, Florianópolis, 2001.

FISS, Owen M. *Libertad de expresión y estructura social*. México D.F.: Fontamara, 2004.

GIORGI, Raffaele. *Direito, democracia e risco: vínculos com o futuro*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

GIORGI, Raffaele. *Direito, tempo e memória*. São Paulo: Quartir Latin, 2006.

GÖRGEN, James. *Sistema central de mídia: proposta de um modelo sobre os conglomerados de comunicação no Brasil*. 2009. 141f. Dissertação (Mestrado em Comunicação e Informação) – Faculdade de Biblioteconomia e Comunicação, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2009.

HABERMAS, Jurgen. *Between facts and norms*. Cambridge: MIT Press, 1996.

HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Trad. Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998.

LEMONS, André; LÉVY, Pierre. *O futuro da internet: em direção a uma ciberdemocracia planetária*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2010.

MATTELART, Armand. *História da sociedade da informação*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2002.

MIRANDA, Jorge; MEDEIROS, Rui. *Constituição Portuguesa anotada*. t. IV. Coimbra: Coimbra, 2005.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística*. São Paulo: FDT, 1997.

PAESINI, Liliâne Minardi. *Direito e Internet: liberdade de informação, privacidade e responsabilidade civil*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008

PRONER, Carol. Democracia, inclusão digital e acesso á internet. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SAAVEDRA LÓPEZ, Modesto. *La libertad de expresión en el Estado de Derecho: entre la utopia y la realidade*. Barcelona: Ariel, 1987.

SALGADO, Eneida Desiree. Inclusão tecnológica e desenvolvimento democrático. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder. *Globalização, direitos fundamentais e direito administrativo: novas perspectivas para o desenvolvimento econômico e socioambiental*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*. São Paulo: Atlas, 2015.

SALIBA, Maurício Gonçalves. Apresentação. In: TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

TESTA JÚNIOR, Washington Luiz. *Informação, direito e verdade: regulação constitucional da imprensa*. Curitiba: Juruá, 2011.

TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

VALENTE, Jonas Chagas Lúcio. Regulação do acesso à Internet no mundo: modelos, direitos e desafios. In: PEREIRA, Sivaldo; BIONDO, Antônio (Orgs.). *Caminhos para a universalização da internet banda larga: experiências internacionais e desafios brasileiros*. São Paulo: Interozes, 2012.

Manifestações de ódio no exercício da atividade parlamentar: liberdades de discurso e abuso de prerrogativas

PAULA BERNARDELLI

Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Paraná
Advogada

TUANY BARON DE VARGAS

Graduanda em Direito pela Universidade Federal do Paraná

Sumário: 1. Discurso de ódio e democracia: há limites para a defesa de liberdades? 2. A necessidade das prerrogativas parlamentares: liberdade de convicção e consciência como elemento essencial para o exercício do mandato e garantia de representação das minorias. 3. Tratamento Constitucional e Regimental da imunidade e do decoro parlamentar. 4. O direito de ofender em plenário e a restrição dos discursos possíveis. 5. Os abusos das prerrogativas parlamentares e a busca pela efetivação dos mecanismos de responsabilização.

1. Discurso de ódio e democracia: há limites para a defesa de liberdades?

Demarcando o ressurgimento da democracia brasileira, a Constituição Federal de 1988, após um longo período ditatorial e autoritário, trouxe consigo a missão de garantir a todos direitos tão vastos quanto a igualdade, a liberdade e a justiça, considerados como valores supremos de uma sociedade fraterna. Contudo, o projeto constitucional que almeja “a democracia como ideal de igualdade e tarefa de justiça”¹ parece não corresponder às suas significações práticas.

A literatura desenvolvida no âmbito da ciência política, ao analisar as experiências recentes de democratização, passou a identificar a democracia como um processo multidimensional. Diversos autores, a partir de então, a definiram em termos de competição, participação e contestação pacífica do poder, acompanhando tanto uma abordagem mini-

¹ BOBBIO, Norberto. *Qual Democracia?* Tradução de Marcelo Perine. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013. p. 41.

malista de Schumpeter², quanto uma abordagem procedimentalista de Dahl³. A partir de tais formulações teóricas, basicamente, a democracia implica as seguintes condições: (i) a possibilidade de escolha de representantes mediante voto popular; (ii) a existência de eleições regulares; (iii) a liberdade de expressão, reunião e organização e; (iv) o acesso a fontes alternativas de informação.⁴

Por outro lado, é possível identificar em toda a história do pensamento político a noção de que uma sociedade é tão melhor governada quanto mais repartidos e numerosos forem os centros de poder, sendo esse um dos critérios mais clássicos para distinção entre governos despóticos e democráticos. Essa noção do que hoje convencionou-se chamar de pluralismo exibe basicamente três características: em um primeiro momento constata-se a existência de uma sociedade complexa; em segundo lugar, privilegia-se a adoção de um sistema político organizado de tal forma que permita “aos vários grupos ou camadas sociais que se expressem politicamente, participem, direta ou indiretamente, na formação da vontade coletiva”⁵; e por fim, trata-se de um regime avesso a qualquer modalidade de totalitarismo.

A identificação de tais aspectos torna-se relevante para a análise de quais discursos são permitidos em uma configuração democrática. Ao se conceber a democracia como procedimento, em nada influi o teor das mais variadas falas. Em contrapartida, se for adotada a concepção de que uma “adequada proposta política requer uma ‘prática de civilidade’ mediante atos de engajamento e participação”⁶, é preciso que tomar com especial atenção a análise do conteúdo dos discursos. A democracia brasileira parece conceber-se a partir do segundo ponto.

Os discursos proferidos no Parlamento, em que as mais variadas vontades políticas se materializam, tem como uma de suas funções o fomento de um verdadeiro espaço político, um espaço que permita a interação com o outro sem que esse outro seja obrigado a abandonar suas particularidades ou tenha apontadas contra si as características que o definem. Assim, “somente por intermédio dessa política é que se torna possível um projeto de auto-

² Dentro dessa concepção a democracia é somente um método para a escolha de governantes, um conjunto de regras que estabelecem como devem ser escolhidos aqueles que devem realizar as decisões políticas. (SHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961). Nesse sentido, a “democracia não é um tipo de sociedade específica ou um conjunto de normas morais (virtudes públicas), mas, sim, um sistema em que o poder do eleitor resume-se em simplesmente sancionar ou não os nomes que lhe são oferecidos no mercado político, por meio de eleições competitivas” (GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo schumpeteriano, teoria econômica da democracia e escolha racional. *Revista de Ciência Política*, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 27-42, fev. 2011. p. 31). Diversas são as críticas a tal concepção, chegando a ser definida como uma “falácia eleitoralista” (Cf. RICHARD, Rose. *International encyclopedia of elections*. Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 2000.).

³ A democracia aqui, deve ser entendida em duas dimensões: contestação pública e inclusividade. O direito de voto em eleições livres participa das duas dimensões, pois tal direito estimula a contestação pública e ao mesmo tempo torna o regime inclusivo com a proporção significativa de pessoas votantes. Cf. DAHL, Robert Alan. *Poliarquia*: participação e oposição. São Paulo: Edusp, 1997.

⁴ MOISÉS, José Álvaro. Cultura política, instituições e democracia: lições da experiência brasileira. In: _____ (Org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições políticas?*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010. p. 81.

⁵ BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999. p. 16.

⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 41.

mia”⁷. Dessa forma, é apreensível que em um ambiente como esse, favorável ao estímulo de desigualdades, a diminuição das possibilidades de contestação, como se verá adiante, tenda a diminuir as condições do próprio exercício democrático⁸.

No Brasil, a ampliação de desigualdades materiais, sobretudo no âmbito do livre debate político, tem sido fortemente fomentada a partir de uma crescente tendência de invocação da liberdade de expressão para a legitimação de um “primitivismo político”⁹, traduzido por meio de discursos de ódio. Um movimento que não é enquadrado nas concepções de direita ou esquerda, situação ou oposição, ou nas definições do que venham a ser posturas conservadoras ou progressistas. Trata-se de um movimento que se distingue de todos os outros pela não aceitação das imposições democráticas ou das delineações constitucionais¹⁰. Tais manifestações visam à dominação, à exclusão¹¹, à violência¹², ao afastamento social e ao emudecimento das vozes dissidentes, ou seja, a redução de um espaço de deliberação plural.

Nesse ponto, tem sido comum a invocação do regime de inviolabilidades parlamentares como respaldo constitucional para uma atuação a serviço de interesses concretos de grupos específicos no seio das Casas Legislativas. Contra tal movimento é necessária a

⁷ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 41.

⁸ DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997. p. 110.

⁹ MENDES, Conrado Hübner. Reféns do bolsonarismo. *Estadão*. São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,refens-do-bolsonarismo-imp-,1140280>>. Acesso em: 11 set. 2015.

¹⁰ MENDES, Conrado Hübner. Reféns do bolsonarismo. *Estadão*. São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,refens-do-bolsonarismo-imp-,1140280>>. Acesso em: 11 set. 2015.

¹¹ Em 2015, ao comentar a realização de acordos entre as legendas para definição do Presidente da Comissão de Direitos Humanos e minorias, o Deputado Marco Feliciano (PSC-SP) afirmou: “para mostrar o nosso posicionamento político e dizer que a comissão de Direitos Humanos é de direitos humanos e não ‘direitos dos manos’”. Outro episódio marcante aconteceu em 2011: ao ser representado perante o Conselho de Ética da Câmara dos Deputados após uma discussão com a Senadora Marinor Brito (PSOL-PA) durante reunião na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) que debatia a criminalização da homofobia, o Deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) afirmou perante a Comissão “Não posso ter medo dos senhores, até porque a maioria aqui são heterossexuais preocupados com a família. Se fosse LGBT, eu seria condenado. [...] Não vou me calar com essa representação sem vergonha, com esse lixo. Sou parlamentar com P maiúsculo, não com H minúsculo de homossexual». Disponível em <<http://bit.ly/1Ndq4Cy>>. Acesso em: 05 ago. 2015.

¹² Nas dependências do Congresso Nacional, em 2015, o Deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) asseverou que “violência se combate com violência” e, questionado sobre um levantamento da Anistia Internacional que apontou o Brasil como o país em que polícia mais mata no mundo, declarou: “Eu acho que essa Polícia Militar do Brasil tinha que matar é mais. Quase metade dessas mortes são em combate, em missão. Então, a Anistia Internacional está na contramão do que realmente precisa a segurança pública do nosso País” (Disponível em <http://www.brasilpost.com.br/2015/10/05/jair-bolsonaro-apoio-pm_n_8244412.html>). Em 2014, o parlamentar fluminense ao contestar o pronunciamento da Deputada Maria do Rosário (PT-RS) sobre as comemorações no Brasil pelo transcurso do Dia Internacional dos Direitos Humanos, durante uma sessão plenária da Câmara dos Deputados, afirmou que só não a estupraria porque ela não merece e adiante afirmou “Vamos aproveitar e falar um pouquinho sobre o Dia Internacional dos Direitos Humanos. No Brasil, este é o dia internacional da vagabundagem! Os direitos humanos no Brasil só defendem bandidos, esturpadores, marginais, sequestradores e até corruptos! O Dia Internacional dos Direitos Humanos no Brasil serve para isso.” (Notas taquigráficas da Sessão 284.4.54.0, de 09 de dezembro de 2014. Disponível em <<http://bit.ly/1YZIF9V>>). O mesmo Deputado, em entrevista à revista IstoÉ, em 2000, também defendeu a tortura: “Eu defendo a tortura. Um traficante que age nas ruas contra nossos filhos tem que ser colocado no pau-de-arara imediatamente. Não tem direitos humanos nesse caso. É pau-de-arara, porrada. Para sequestrador, a mesma coisa. O cara tem que ser arrebitado para abrir o bico”. (Disponível em <http://www.terra.com.br/istoegente/28/reportagens/entrev_jair.html>).

imposição de resistência, sobretudo para que não se esvazie o atual regime político de sua substância¹³.

Não se trata, porém, de se discutir a possibilidade de censura, ou de negar as funções e objetivos do próprio sistema de imunidades, como será visto adiante. Trata-se da verificação das disfunções de tal sistema e das consequências dos abusos de determinadas prerrogativas.

Os defensores da proteção da liberdade de expressão irrestrita, ou seja, da proteção da liberdade de expressão mesmo que diante da configuração de discursos odiosos, tomam como ponto de partida a teoria libertária e se baseiam no direito ao livre desenvolvimento da personalidade. Sobretudo porque, para tal corrente, “para preservar a justiça é preciso preservar que cada um seja capaz de aperfeiçoar as suas possibilidades e fazer o seu melhor na medida de sua vontade”¹⁴. Essa concepção, bastante presente no Direito estadunidense por meio da doutrina da *State Action*, faz com que os discursos de ódio quando proferidos por sujeitos privados tornem-se indiferentes constitucionais. Ou seja, a partir do ideal do *self-made man* o Estado deve enrijecer a proteção à liberdade de expressão de modo que esta possa suportar e superar todas as agressões advindas do “mercado de ideias”, a despeito de configurarem-se como manifestações de ódio.¹⁵

O posicionamento libertário entende que mesmo ausentes as mesmas condições fáticas, a mera possibilidade de se assegurar igualdade de oportunidades a todos em abstrato é bastante para que esteja configurada a equidade¹⁶. Desse modo, não haveria de se falar em desproporcionalidade entre as falas ou em disparidade de armas no seio do debate público.

Já numa perspectiva liberal, John Stuart Mill em *Sobre a liberdade*¹⁷, um dos mais importantes trabalhos dessa corrente, dedica-se fortemente à defesa da liberdade de expressão irrestrita. A liberdade de expressão apresenta-se, nesse contexto, como o direito da concorrência das ideias, combatendo a concentração monopolista de poder comunicativo e facilitando o acesso de novas ideias ao mercado. Logo, a principal justificação de tal liberdade é a possibilidade de expor os erros e acertos de ideias num debate aberto, partindo-se da premissa de que o ser humano não é infalível e suas ideias, igualmente, podem se afigurar equivocadas. A busca pela verdade, na arena de um livre mercado de ideias, justifica a tolerância com o pensamento odioso.

Entretanto, o liberalismo concebido de tal modo torna-se uma “prática política defeituosa” na medida em que desconsidera as desigualdades presentes nas experiências concretas¹⁸. As falas que serão ouvidas – e as falas de ódio que serão ouvidas –, serão as falas

¹³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 197.

¹⁴ SOUZA, Claudia Beecq Moreira de; COSTA, Tailane. Libertarismo, felicidade e justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 150.

¹⁵ SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: CHAVES, Cristiano (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009. p. 51.

¹⁶ SOUZA, Claudia Beecq Moreira de; COSTA, Tailane. Libertarismo, felicidade e justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014. p. 141.

¹⁷ MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2 ed. Petropolis, RJ: Vozes, 1991. No mesmo sentido cf. MILL, John Stuart. *Da liberdade de pensamento e de expressão*. 2 ed. Lisboa: Dom Quixote, 1976.

¹⁸ WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2008.

das maiorias (assim consideradas a partir das relações de poder). Logo, a concorrência de mercado torna-se inviável nesse plano e o debate sujeita-se a uma espécie de oligopólio de ideias.

Se a concepção minimalista de democracia for adotada, ou ainda, se for a democracia identificada com um governo de vontade de maiorias, em princípio a adoção das doutrinas libertárias e liberais de proteção à liberdade de expressão não inviabilizam o exercício democrático. Nesse sentido, então, é possível afirmar que não há garantia de que a maioria vá ter como nortes pautas justas. Seus discursos, suas decisões e seus projetos podem refletir injustiças para as minorias cujos interesses a maioria sistematicamente ignora. Se assim for, a democracia poderia ser acusada de ser injusta, mas não seria menos democrática por esse motivo¹⁹.

Entretanto, o desenho democrático-constitucional não é esse. A democracia não pode consistir em um mero conjunto de instituições, porque é, intrinsecamente, um regime que possibilita que, em alguns momentos, uma mesma Constituição ou um conjunto de leis possam ser invocados para sufocar a discordância protegida pela liberdade de expressão (sobretudo na forma de discursos de ódio), ao mesmo tempo em que permite e promove a chamada para a proteção de outros direitos.²⁰

Desse modo, uma das principais ameaças – fortemente encorajada pelo discurso libertário – que pesa sobre a democracia atualmente provém do fortalecimento desmesurado de certos indivíduos²¹ ou grupos. É necessário compreender que a liberdade não é o único valor digno de ser defendido numa sociedade plural, sobretudo porque a liberdade pode ser também traduzida em poder e, em governos moderados, todo poder ilimitado é um poder ilegítimo²². Assim, no âmbito dos debates travados nas Casas legislativas, os discursos libertários devem ser afastados com ainda mais veemência.

A concepção de representação, numa perspectiva liberal²³, parte do pressuposto de que a existência de eleição reproduz a concepção do eleitorado, de modo que os representantes atuarão para representar os interesses e os ideais dos representados, de forma tal que os parlamentares, erroneamente, sejam identificados como os representantes da nação de duas formas: “por um lado, porque se supõe que todos os interesses particulares aí possam se manifestar, e, por outro lado, porque se supõe que esse conjunto de representantes é a imagem miniaturizada do todo”²⁴.

Porém, os representantes não conservam uma relação de dependência em relação às preferências de seu eleitorado. Na atual configuração político-institucional, não existem

p. 13.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

²⁰ RANCIÈRE, Jacques. Who is the subject of the rights of man?. *The South Atlantic Quarterly*, v. 103, n. 2/3, , spring/summer 2004.

²¹ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 89.

²² MONTESQUIEU. *Cartas persas*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Nova Alexandria, 2005.

²³ MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília, DF: Ed. Univ. de Brasília, 1981.

²⁴ CHAUI, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011. p. 297.

mecanismos que garantam a vinculação das atuações dos representantes às propostas e discursos de campanha, de tal modo que há a liberdade inclusive para que sejam contrariadas as preferências de seu próprio eleitorado²⁵. Logo, a reprodução de um utópico mercado de ideias equilibrado apresentado em menor escala mediante o exercício representativo é, aqui, um engano ainda maior.

O que se observa, portanto, nas atuais posturas parlamentares é uma atuação que desconsidera o caráter verdadeiramente político de sua atividade. “Assim é preciso colocar limites aos desejos humanos, pois se ‘a noção de finitude não for reintroduzida na agenda da vida’, produzindo-se uma limitação coletiva do indivíduo, não trarão resultado nem as medidas redistributivas mais radicais”²⁶.

2. A necessidade das prerrogativas parlamentares: liberdade de convicção e consciência como elemento essencial para o exercício do mandato e garantia de representação das minorias

A ideia de prerrogativas parlamentares surgiu no Parlamento Inglês a partir da introdução de dois fundamentos que protegiam a atuação parlamentar: o *freedom of speech*, que determinava ser inválido qualquer processo judicial contra o representante em razão das declarações que tivesse feito no exercício de sua função, e o *freedom from arrest*, que vedava a prisão arbitrária dos parlamentares. Por meio do *Bill of Rights* assegurou-se, assim, a liberdade ampla de expressão no parlamento pela segurança trazida pela imunidade material, determinando que as opiniões dos parlamentares só poderiam ser apreciadas pelos seus pares.²⁷

Essa proteção, no século XIX, adquiriu um caráter absoluto, para se apresentar como um contraponto ao poder supremo do monarca. A Revolução Francesa e o temor de retorno ao Antigo Regime implicaram na adoção da prerrogativa que determinava a inviolabilidade de cada deputado, garantindo o poder de votar e se manifestar com absoluta liberdade. O objetivo era imunizar o parlamento da ingerência dos demais poderes, garantindo a integridade “liberal-democrática” dos parlamentares, imunizando sua atividade das ameaças de qualquer outro poder ou grupo. Essa proteção da atuação parlamentar evidenciava característica do

²⁵ Bernard Manin, ao tratar do tema, destaca a concepção de Siéyès que identificava a forma representativa como a mais adequada às sociedades mercantis modernas. O autor observa que para Siéyès não é função dos representantes agir como meros transmissores da vontade dos eleitores, sendo “incontestável que os deputados não estão na Assembléia Nacional para afirmar vontades já formuladas por seus eleitores, mas para deliberar e votar livremente, de acordo com o juízo que façam no momento e esclarecidos por todas as luzes que a Assembléia possa lhes proporcionar.” (Cf. MANIN, Bernard. A Metamorfose do Governo Representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 29, ano 10, p. 5-34, out./1995.).

²⁶ GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009. p. 41.

²⁷ A Declaração de Direitos da Inglaterra, a Bill of Rights de 1689, trazia no seu bojo o artigo 9º, que expressava o seguinte: “a liberdade da palavra, da discussão e dos atos parlamentares não pode ser objeto de exame perante qualquer tribunal, e em nenhum lugar que não seja o próprio parlamento”.

Estado Liberal. A imunidade era nada mais que a reprodução da liberdade de cada indivíduo no âmbito estatal.²⁸

No Brasil, é possível observar a partir da análise das Constituições pátrias que as garantias parlamentares foram menores nos governos não democráticos. Maurício Gentil Monteiro aponta esse fato ao afirmar que “não é de causar espanto que tenha sido justamente nas Constituições dos períodos mais autoritários da história política nacional que o instituto da imunidade parlamentar tenha sofrido excessivas restrições ou até mesmo supressão”. O autor destaca que “a imunidade parlamentar é garantia do poder legislativo em face do abuso dos demais poderes, principalmente do poder executivo”, de forma que “nos regimes autoritários, os detentores do poder executivo não gostam de conviver com a limitação ao seu poder político e com a independência do poder legislativo. Por isso outorgam à nação uma Carta Política restritiva ou supressiva dessa garantia”²⁹.

A Constituição Federal brasileira adota um modelo de democracia deliberativa republicana, dentro de um paradigma bastante liberal de representação. Esse modelo combinado com os princípios da democracia representativa, do mandato representativo, da fidelidade partidária (adequadamente compreendida de acordo com a Constituição) e da liberdade de convicção e consciência, delimitam o chamado “princípio da liberdade para o exercício do mandato”. Esse princípio busca assegurar a ampla e livre participação de todos no debate público. A liberdade para o exercício do mandato, mais que um direito ou uma prerrogativa parlamentar, é muitas vezes apresentado como decorrência do direito à liberdade de expressão, manifestada como uma liberdade de manifestação política individual.³⁰

As prerrogativas parlamentares encontram seu principal embasamento justamente na tentativa (e na importância) de ampliar a autonomia dos parlamentares para que tenham ampla liberdade de se posicionar.

Entre as prerrogativas, aparecendo como instrumento garantidor do exercício da liberdade de convicção e consciência do parlamentar, está a inviolabilidade dos parlamentares, civil e penal, por suas opiniões, palavras e votos.³¹ Importante notar que essa imunidade não é restrita ao espaço da Casa à qual está vinculado o parlamentar. Se a ação praticada tiver ocorrido no cumprimento de sua função (interpretado de forma bastante ampla) a inviolabilidade o alcança.

Jorge Kuranaka aduz que o Poder Legislativo é absolutamente essencial para a conformação do Estado democrático de Direito, de forma que o parlamentar é fundamental para a estrutura representativa que existe para a busca da vontade geral. Assim, é de grande necessidade que se dê ao órgão legislativo, e àqueles que exercem seus cargos, prerrogativas que garantam sua independência e máxima liberdade para desempenho das funções. A

²⁸ GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 42, p. 190-206, jan./mar. 2003.

²⁹ MONTEIRO, Maurício Gentil. A limitação da imunidade parlamentar: apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 35/2001. *Revista da Esmese*, Temas de Direito na Modernidade, n. 2, Aracaju, p. 347-360, jul. 2002.

³⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 69-72.

³¹ Constituição Federal de 1988, art. 53.

imunidade e inviolabilidade parlamentar são, justamente, a materialização dessas garantias necessárias.³²

Rosah Russomano há muito defende a ideia de que o parlamentar, deputado ou senador, indispensavelmente deve possuir meios para manter sua independência, tomar atitudes que julgue necessárias, ter atitudes para fiscalização e apontamento de abusos da administração e possa, também, manifestar livremente suas posições (e oposições) sem nenhum medo. Justamente nisso que reside a importância das imunidades parlamentares.³³

O princípio republicano do governo representativo, tem como seus fundamentos a necessidade de manter a separação dos poderes e garantir a livre atuação parlamentar para permitir a efetiva representatividade dos eleitores, permeia todo o instituto das imunidades parlamentares e faz com que elas adquiram especial importância. Sendo o Legislativo um poder que tem por peculiaridade a deliberação (que se sobrepõe, inclusive, à própria atividade legislativa)³⁴, as decisões resultantes de seu processo não refletem uma única vontade³⁵ e são capazes de alterar concepções iniciais de seus componentes. Tais mudanças só são possibilitadas mediante a livre discussão.

A imunidade parlamentar existente hoje no Brasil pode ser classificada em formal e material. A imunidade formal se refere à possibilidade de que a Casa Legislativa a que o parlamentar pertence suste o andamento de processo criminal existente contra os membros da casa, também chamada de imunidade processual. A imunidade material, por sua vez, chamada de inviolabilidade parlamentar, é justamente a “prerrogativa do parlamentar de se expressar livremente, por opiniões, palavras e votos, no exercício de seu mandato, sem ser responsabilizado penal ou civilmente por isso”³⁶.

Dessa forma, pode-se dizer que a imunidade material é a que protege o exercício do mandato eletivo no que tange às opiniões, palavras e votos dos parlamentares, excluindo a caracterização de crime eventualmente decorrente desses atos, com o objetivo de assegurar a ampla liberdade de expressão, garantindo com isso o adequado exercício do mandato.³⁷

É evidente a importância da imunidade parlamentar como instrumento para inibir perseguições políticas. No direito brasileiro sua importância se deu, especialmente, no período imperial em que o parlamento coexistiu com o Poder Moderador.³⁸ Isso não impede,

³² KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002. p. 1-2.

³³ LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. *O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

³⁴ HAURIOU, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2 ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

³⁵ A relação de representação não é estabelecida a partir da transmissão de concepções individuais. O mandato, nesse sentido, pressupõe a representação do povo, em toda sua heterogeneidade. SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.

³⁶ Definição do Glossário da Câmara dos Deputados. Disponível em < <http://www2.camara.leg.br/glossario/i.html#inviolabilidadeparlamentar> >.

³⁷ PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A Imunidade Parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, p.190-206, jan./mar. 2003.

³⁸ A Constituição Imperial de 1824 adotou o Poder Moderador como o maior centro de decisão do país. Dando a ele uma superioridade hierárquica que permitiu o nascimento do arbítrio e a manutenção, em certa medida, de um poder absoluto. Afirma José Afonso da Silva que “aqui, o rei reinava, governava e administrava, como considera Itaboraí, ao contrário do sistema inglês, onde vigia e vige o princípio de que o rei reina, mas não governa.” (SILVA, José Afonso da.

no entanto, que o instituto eventualmente sofra desvios. Se a existência das prerrogativas parlamentares é, inegavelmente, essencial para a consolidação democrática, a ausência de (e a dificuldade de impor) limites claros para o exercício e uso dessas prerrogativas, por vezes, revela-se como um problema de difícil solução na atual configuração democrática.

Ocorre que, muitas vezes, a imunidade parlamentar acaba se apresentando como instrumento de “irresponsabilidade” parlamentar, de abuso de prerrogativas. Definir juridicamente o conceito de abuso e delimitar seus contornos não é tarefa simples. A noção básica de seu significado, em regra, vem definida pela “exorbitância de poderes” ou “excesso, mal uso, uso injusto” de um poder. A Lei n. 4.898/1965, que dispõe sobre o direito de representação e o processo de responsabilidade administrativa civil e penal nos casos de abuso de autoridade, apresenta uma definição de abuso de poder em relação aos excessos que podem ser cometidos por autoridades específicas, mas não trata de abusos cometidos por outros detentores de poder, como no caso dos parlamentares.

Assim, é evidente a existência de uma lacuna de definição que, claramente, deve ser preenchida, embora não sem cautela. Por um lado, é preciso garantir que a impunidade não se fundamente na prerrogativa; por outro, deve-se evitar que a perseguição política encontre espaço na definição de limites muito estreitos para as garantias parlamentares.

O abuso da prerrogativa de imunidade parlamentar aparece atualmente como mais um exemplo das forças apontadas por Tzvetan Todorov, que são produzidas pela democracia e passam a atacá-la internamente.³⁹ Como visto, a absolutização da ideia de liberdade de expressão parlamentar tem dado margem à defesa de discursos de ódio por um número cada vez mais expressivo (ou mais notável) de parlamentares. Essas manifestações levam a questionamentos relativos à necessidade e possibilidade de controle dos discursos defendidos sob a proteção das prerrogativas. Estabelecer os limites das liberdades parlamentares e dos discursos possíveis parece um passo essencial e urgente para a construção democrática.

Por fim, relevante o destaque das discussões travadas acerca da constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 35/2001. A redação original do artigo 53 da Constituição Federal dispunha que “Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”, determinando em seus parágrafos que os membros do Congresso Nacional não poderiam ser presos nem processados criminalmente sem prévia licença de suas casas, salvo em flagrante de crime inafiançável (§1º), que o indeferimento dessa licença ou a não deliberação sobre o tema suspenderia a prescrição pelo tempo do mandato (§2º) e que em caso

Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 76.)

³⁹ “A democracia produz, nela mesma, forças que a ameaçam, e a novidade de nossos tempos é que essas forças são superiores àquelas que a atacam de fora. Combatê-las e neutralizá-las é tanto mais difícil quanto mais elas invocam o espírito democrático e possuem, assim, as aparências de legitimidade”. Todorov ainda pontua que “Os perigos inerentes à própria ideia democrática surgem quando um dos ingredientes dela é isolado e absolutizado. [...] O povo, a liberdade, o progresso são elementos constitutivos da democracia; mas se um deles se emancipa de suas relações com os outros, escapando assim a qualquer tentativa de limitação e erigindo-se em único e absoluto, eles transformam-se em ameaças”. TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 14; 18.

de flagrante de crime inafiançável os autos seriam remetidos à Casa respectiva dentro de 24 horas, para que a maioria dos membros decidisse sobre a prisão e a formação de culpa (§3º).

Com a Emenda Constitucional n. 35/2001, o artigo 53 passou a definir que “Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.”, determinando, em seus parágrafos que, desde a expedição do diploma, Deputados e Senadores são submetidos a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal (§1º), e que, com o recebimento da denúncia, o Supremo Tribunal Federal dará ciência à Casa respectiva que, por maioria, poderá sustar o andamento da ação (§3º).

Assim, a partir de então, a imunidade parlamentar formal teve seus efeitos restringidos ao retirar a necessidade de licença prévia da Casa Legislativa para que o Supremo Tribunal Federal pudesse processar e julgar parlamentares. Se antes o Parlamento detinha a primeira e a última palavra a respeito de um congressista criminalmente denunciado, a partir da Emenda Constitucional n. 35/2001 o Supremo Tribunal Federal não necessita mais da autorização das casas para dar prosseguimento ao processo. A única necessidade passa a ser uma comunicação à Casa Legislativa que, por iniciativa de partido político com representação e com voto de maioria absoluta de seus membros, tem o poder de sustar o andamento da ação. Com isso a imunidade formal do parlamentar foi consideravelmente limitada, vez que o desgaste político de instauração de um procedimento de sustação do processo criminal impede que o partido político faça isso em qualquer caso. Essa, justamente, era a justificativa do projeto de emenda à Constituição que resultou na Emenda Constitucional n. 35/2001. A maior dificuldade e custo político de um ato de sustação do processo criminal impediria o uso da imunidade parlamentar como instrumento de impunidade.⁴⁰

A inversão processual aumentou a responsabilidade da Casa Legislativa nas decisões que envolvem parlamentares processados criminalmente, especialmente por implicar numa necessidade intrínseca de justificação pública do Parlamento pela decisão de sustação de algum processo.⁴¹

Entretanto, por outro lado, a edição dessa emenda introduziu o vocábulo “quaisquer” no caput do artigo 53, ampliando sobremaneira a imunidade parlamentar material. No julgamento do Inquérito 1.710-8/SP, o Supremo Tribunal Federal fixou entendimento de que estão protegidas todas as manifestações que o congressista emite especificamente na condição de parlamentar, ou seja, é necessário que a manifestação guarde alguma relação com o exercício do mandato parlamentar. A dificuldade de, em muitos casos, definir os limites exatos da atuação parlamentar torna a aplicabilidade da alteração constitucional que amplia a imunidade material, um pouco mais complexa.

A limitação da imunidade formal, com a inversão processual do momento e da forma da autorização da casa legislativa para o prosseguimento da ação, por sua vez, esbarra em

⁴⁰ Proposta de Emenda à Constituição 610/1998, disponível em < <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=14848>>. Acesso em: 05 out. 2015.

⁴¹ KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do Instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 2004.

uma série de críticas. Alega-se que, ao restringir a imunidade às acusações de práticas de crimes que ocorram somente após a diplomação, assim como ao permitir o processamento da ação pelo Supremo Tribunal Federal sem a necessidade de licença da Casa Legislativa, houve uma redução visível nas garantias existentes no exercício da função parlamentar, o que é tido por muitos também como uma possibilidade de interferência excessiva do Poder Judiciário na atividade legislativa, o que ofenderia frontalmente a separação de poderes. Ainda, a restrição da prerrogativa implica especialmente na limitação da atuação de parlamentares independentes, que sob a ameaça de processos criminais forjados podem acabar limitando o exercício pleno de sua atuação.⁴²

3. Tratamento constitucional e regimental da imunidade e do decoro parlamentar

A imunidade parlamentar foi estabelecida como prerrogativa constitucional já na Constituição de 1824, que trazia, em seu artigo 26, a garantia de plena inviolabilidade dos membros das Câmaras integrantes da Assembleia Geral, pelas opiniões que proferissem no exercício de suas funções.

A partir disso, todas as Constituições mantiveram a prerrogativa. A Constituição de 1891 previa em seu artigo 19 que os deputados e senadores “são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos e no exercício do mandato”, exatamente como fez o texto constitucional de 1934 que introduziu a imunidade parlamentar em seu artigo 31, sem nenhuma mudança substancial do texto da Constituição anterior.

A Constituição de 1937 trouxe uma normativa diferente sobre tema, disciplinando que “Só perante a sua respectiva câmara responderão os membros do Parlamento Nacional pelas opiniões e votos que emitirem nos exercícios de suas funções; não estarão, porém, isentos de responsabilidade civil e criminal por difamação, calúnia, injúria, ultraje à moral pública ou provocação pública ao crime.” A Constituição de 1946, no entanto, voltou a utilizar o instituto da forma anterior, prevendo que “Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos”.

O mesmo texto da Constituição de 1946 foi utilizado na redação original da Constituição de 1967⁴³. Por meio da Emenda Constitucional n. 1/1969, no entanto, houve mudança significativa em seu texto, passando a Constituição a dispor que “Os deputados e senadores são invioláveis, no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo nos casos de injúria, difamação ou calúnia, ou nos previstos na Lei de Segurança Nacional.” Texto que foi novamente modificado pela Emenda Constitucional n. 11/1978, que tirou a excepcionalidade em casos de injúria, calúnia e difamação, mantendo apenas em caso de crime contra a segurança nacional.

A Emenda Constitucional n. 22/1982 alterou novamente o texto, retirando a imunidade

⁴² MONTEIRO, Maurício Gentil. A limitação da imunidade parlamentar: apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 35/2001. *Revista da Esmese*, Temas de Direito na Modernidade, n. 2, Aracaju, p. 347-360, jul. 2002.

⁴³ Art. 34 - Os Deputados e Senadores são invioláveis no exercício de mandato, por suas opiniões, palavras e votos.

somente dos crimes contra a honra, dispondo que “Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.”

A Constituição atual, promulgada em 1988, inovou em relação aos textos constitucionais anteriores por omitir o texto que restringia a imunidade ao exercício do mandato, definindo, no artigo 53 que “os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos.”

Esse novo texto constitucional ampliou consideravelmente as prerrogativas parlamentares, incluindo entre elas a impossibilidade de prisão de parlamentar (§1º), excetuando os casos de flagrante-delito de crime inafiançável, caso em que a Casa Legislativa do parlamentar ainda deve se manifestar sobre a prisão (§3º). Os parlamentares também são dispensados de serem ouvidos como testemunhas de informações que guardem relação com o exercício de seu mandato (§5º) e não podem ser convocados pelas Forças Armadas (§6º).

A inviolabilidade dos atos parlamentares garante aos membros do Poder Legislativo uma segurança de atuação sem nenhum tipo de interferência legal ou coercitiva. Essa prerrogativa, portanto, não é um privilégio ou garantia de proteção individual do parlamentar, mas sim de todo o Poder Legislativo, o que torna a prerrogativa irrenunciável. As imunidades não dizem respeito à pessoa do parlamentar, mas à função que desempenha. O Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados estabelece, em seu artigo 2º, que as imunidades e prerrogativas asseguradas pela Constituição Federal, legislação e regimento interno são institutos destinados à garantia do exercício do mandato popular e à defesa do Poder Legislativo, reforçando a ideia de que se tratam de proteções cujo destinatário é o exercício do mandato e não o parlamentar em si. Dessa forma, pelo próprio Código de Ética, essas imunidades são aplicáveis sempre quando o parlamentar estiver no exercício do seu mandato.⁴⁴

Parte da doutrina penalista afirma que a imunidade parlamentar é causa pessoal de supressão da punibilidade, como faz Claus Roxin, que afirma ainda que em alguns casos não há supressão da punibilidade, mas sim justificação da impunibilidade, por entender que considerar isentas as ações praticadas por parlamentares pode ser temerário, pela possibilidade de abuso e extrapolação dos limites de atuação.⁴⁵ Fernando Capez identifica as duas correntes que tratam de natureza jurídica da inviolabilidade, esclarecendo que para parte da doutrina a imunidade material é causa de exclusão da ilicitude (exclui a existência de crime) e, para outra, é causa de isenção da pena (há o crime, mas o agente fica isento de pena). Para o autor, a imunidade material depende diretamente da existência de nexo entre a expressão do pensamento e a condição de parlamentar, não havendo esse nexo, a garantia subsiste.⁴⁶

Nas Assembleias Legislativas estaduais e nas Câmaras Municipais, os cargos eletivos também possuem prerrogativas. Para os deputados estaduais as garantias são estabe-

⁴⁴ Art. 2º - As imunidades, prerrogativas e franquias asseguradas pela Constituição Federal, pelas leis e pelo Regimento Interno da Câmara dos Deputados aos Deputados são institutos destinados à garantia do exercício do mandato popular e à defesa do Poder Legislativo.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997. p. 971.

⁴⁶ CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 52-55.

lecionadas nas Constituições Estaduais que, em regra, reproduzem o artigo 53 da Constituição Federal, e a imunidade material e formal foram estendidas aos parlamentares estaduais pelo artigo 27, §1º da Constituição.⁴⁷ Os vereadores, por sua vez, possuem imunidade material assegurada pelo texto constitucional, que no artigo 29, VIII, prevê a inviolabilidade dos vereadores “por suas opiniões, palavras e votos no exercício do mandato e na circunscrição do Município”.⁴⁸

Ao lado da garantia dessas prerrogativas, no entanto, o artigo 55 do texto constitucional apresenta as hipóteses de perda de mandato parlamentar, indicando como uma delas a conduta do parlamentar “cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar”, definido como incompatível, entre outras hipóteses, o abuso das prerrogativas asseguradas aos membros do Congresso Nacional.⁴⁹

No relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, iniciada pelo requerimento n. 151/93-CN, conhecida como Comissão do Orçamento, apresentou-se um conceito de decoro parlamentar, afirmando que “decoro é comportamento, é imagem pública, é honra, é dignidade. Decoro parlamentar é obrigação de conteúdo moral e ético que não se confunde com aspectos criminais, embora deles possa decorrer”.⁵⁰

João Carlos Medeiros de Aragão, ao definir os contornos do decoro parlamentar, destaca que “entre as diversas acepções, sobressai a unanimidade acerca da frequência da ideia de conduta aceitável, decência, comportamento honesto e condizente com a função legislativa exercida”⁵¹. Entretanto, a noção exata de decoro parlamentar ainda não possui um desenho muito claro no ordenamento jurídico pátrio.

O Regimento Interno da Câmara dos Deputados repete a ordem constitucional de

⁴⁷ Art. 27 - O número de Deputados à Assembléia Legislativa corresponderá ao triplo da representação do Estado na Câmara dos Deputados e, atingido o número de trinta e seis, será acrescido de tantos quantos forem os Deputados Federais acima de doze. § 1º Será de quatro anos o mandato dos Deputados Estaduais, aplicando-se-lhes as regras desta Constituição sobre sistema eleitoral, inviolabilidade, imunidades, remuneração, perda de mandato, licença, impedimentos e incorporação às Forças Armadas.

⁴⁸ O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em fevereiro de 2015 ao julgar o Recurso Extraordinário 600.063, com repercussão geral reconhecida, decidiu que “nos limites da circunscrição do município e havendo pertinência com o exercício do mandato, garante-se a imunidade do vereador”. Os ministros entenderam que, ainda que ofensivas, as palavras proferidas por vereador no exercício do mandato, dentro da circunscrição do município, estão garantidas pela imunidade parlamentar conferida pela Constituição Federal, que assegura ao próprio Poder Legislativo a aplicação de sanções por eventuais abusos. O Ministro Luís Roberto Barroso afirmou que, embora considere lamentável o debate público em que um dos interlocutores busca desqualificar moralmente o adversário, e que ainda que a reação do vereador tenha sido imprópria tanto no tom quanto no vocabulário, ela ocorreu no exercício do mandato como reação jurídico-política a uma questão municipal, o que a enquadraria na garantia prevista no artigo 29 da Constituição.

⁴⁹ Art. 55 - Perderá o mandato o Deputado ou Senador: I - que infringir qualquer das proibições estabelecidas no artigo anterior; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição; VI - que sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

⁵⁰ CONGRESSO NACIONAL. Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito. Criada através do Requerimento n. 151/93-CN, destinada a “apurar fatos contidos nas denúncias do Sr. José Carlos Alves dos Santos, referentes às atividades de parlamentares, membros do Governo e representantes das empresas envolvidas na destinação de recursos do Orçamento da União. 1994, vol. I. p. 12.

⁵¹ ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Ética e decoro parlamentar no Brasil e nos EUA: integração dos instrumentos de controle para mudança social*. 2. ed. Brasília: Entrelivros, 2007. p. 61-65.

que a quebra do decoro parlamentar ou comportamento “que afete a dignidade do mandato” implica em perda de mandato.

O artigo 4º do Código de Ética da Câmara dos Deputados determina, também, que o abuso dessas prerrogativas é incompatível com o decoro parlamentar,⁵² sendo causa para perda do mandato. Uma vez que o abuso da prerrogativa está fora do limite daquilo que se considera “atuação parlamentar”, não está protegido pela imunidade. Da mesma forma, pelo artigo 5º, são passíveis de punição os parlamentares que pratiquem atos que infrinjam regras de boa conduta e pratiquem ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados.⁵³

O artigo 3º enuncia os deveres fundamentais do Deputado, ajudando a clarear o que seriam as regras de boa conduta exigidas pelo artigo 5º, colocando como obrigação parlamentar, dentre outras coisas, a promoção da defesa do interesse público e da soberania nacional, o respeito à Constituição Federal, o zelo pelo prestígio, aprimoramento e valorização das instituições democráticas e pelas prerrogativas do Poder Legislativo.⁵⁴

O artigo 9º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, em seu parágrafo 1º, estabelece que a representação em face de Deputado que tenha incorrido em conduta incompatível ou atentatória ao decoro parlamentar pode ser feita por qualquer cidadão diretamente à Mesa da Câmara dos Deputados.⁵⁵

Apurada a representação e sendo constatada a real existência de conduta atentatória ou incompatível com o decoro parlamentar, de acordo com o artigo 10, podem ser aplicadas as penas de censura (verbal ou escrita), suspensão de prerrogativas regimentais por até seis meses (não podendo ser suspensas, portanto, a inviolabilidade dos parlamentares por se tratar de prerrogativa constitucional), a suspensão do exercício do mandato (e neste caso

⁵² Art. 4º - Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda do mandato: I – abusar das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º); [...]

⁵³ Art. 5º - Atentam, ainda, contra o decoro parlamentar as seguintes condutas, puníveis na forma deste Código: I – perturbar a ordem das sessões da Câmara dos Deputados ou das reuniões de Comissão; II – praticar atos que infrinjam as regras de boa conduta nas dependências da Casa; III – praticar ofensas físicas ou morais nas dependências da Câmara dos Deputados ou desacatar, por atos ou palavras, outro parlamentar, a Mesa ou Comissão ou os respectivos Presidentes; [...]

⁵⁴ Art. 3º - São deveres fundamentais do Deputado: I – promover a defesa do interesse público e da soberania nacional; II – respeitar e cumprir a Constituição Federal, as leis e as normas internas da Casa e do Congresso Nacional; III – zelar pelo prestígio, aprimoramento e valorização das instituições democráticas e representativas e pelas prerrogativas do Poder Legislativo; IV – exercer o mandato com dignidade e respeito à coisa pública e à vontade popular, agindo com boa-fé, zelo e probidade; V – apresentar-se à Câmara dos Deputados durante as sessões legislativas ordinárias e extraordinárias e participar das sessões do Plenário e das reuniões de Comissão de que seja membro, além das sessões conjuntas do Congresso Nacional; VI – examinar todas as proposições submetidas a sua apreciação e voto sob a ótica do interesse público; VII – tratar com respeito e independência os colegas, as autoridades, os servidores da Casa e os cidadãos com os quais mantenha contato no exercício da atividade parlamentar, não prescindindo de igual tratamento; VIII – prestar contas do mandato à sociedade, disponibilizando as informações necessárias ao seu acompanhamento e fiscalização; IX – respeitar as decisões legítimas dos órgãos da Casa.

⁵⁵ Art. 9º - As representações relacionadas com o decoro parlamentar deverão ser feitas diretamente à Mesa da Câmara dos Deputados. § 1º Qualquer cidadão é parte legítima para requerer à Mesa da Câmara dos Deputados representação em face de Deputado que tenha incorrido em conduta incompatível ou atentatória ao decoro parlamentar, especificando os fatos e as respectivas provas.

ficam suspensas também as prerrogativas constitucionais, vez que são inerentes ao exercício do mandato e não à figura do parlamentar), e a perda do mandato.⁵⁶

O Regimento Interno do Senado Federal repete a mesma ideia, estabelecendo, no entanto, um limite espacial que não existe no texto constitucional ou no Regimento Interno da Câmara dos Deputados, ao prever que aquele Senador que pratique ato incompatível com o decoro parlamentar ou com a compostura pessoal, dentro do edifício do Senado, terá contra si inquérito aberto por sua Mesa para apurar a conduta.⁵⁷ Se a conduta for considerada incompatível com o decoro parlamentar, pelo artigo 32 do Regimento Interno, o parlamentar poderá perder o mandato. Ainda, é objetivamente incompatível com o decoro parlamentar o abuso das prerrogativas asseguradas aos Senadores, de acordo com o parágrafo 1º, inciso II do mesmo artigo.⁵⁸ Essa posição é reforçada pelos artigos 5º, inciso I⁵⁹ e artigo 11, inciso II⁶⁰ do Código de Ética e Decoro Parlamentar do Senado Federal.

Os regimentos internos da Câmara dos Deputados e do Senado Federal inseriram no tratamento do decoro parlamentar uma noção de dignidade, incluindo questões relativas à honra ao tratar do instituto. O conceito de decoro parlamentar, portanto, deve se dar em torno de três pontos principais, quais sejam: a tipificação dos atos impróprios ao mandato parlamentar; a avaliação da honra ou dignidade do comportamento parlamentar; e, por fim, a definição dos limites das prerrogativas parlamentares para que se possa caracterizar seu abuso.

O que se nota, contudo, é que, embora tanto o texto constitucional quanto os regimentos internos e códigos de ética e decoro parlamentar das Casas Legislativas sejam claros em enquadrar o abuso das prerrogativas como conduta incompatível com o decoro, são pouco objetivos, se não completamente omissos, na definição de quais são os limites dessas prerrogativas e a partir de qual momento a atuação parlamentar pode ser considerada abusiva, tornando sua aplicabilidade sempre muito dependente da discricionariedade dos responsáveis pela análise do caso concreto.

Miguel Reale aponta que o conceito de decoro parlamentar é um problema a ser enfrentado, vez que o regime democrático estaria em grave risco caso “faltar com o decoro parlamentar viesse a significar, também, pretensos excessos praticados pelo parlamentar no

⁵⁶ Art. 10 - São as seguintes as penalidades aplicáveis por conduta atentatória ou incompatível com o decoro parlamentar: I - censura, verbal ou escrita; II - suspensão de prerrogativas regimentais por até seis meses; III - suspensão do exercício do mandato por até seis meses; IV - perda de mandato.

⁵⁷ Art. 25 - Se algum Senador praticar, dentro do edifício do Senado, ato incompatível com o decoro parlamentar ou com a compostura pessoal, a Mesa dele conhecerá e abrirá inquérito, submetendo o caso ao Plenário, que sobre ele deliberará, no prazo improrrogável de dez dias úteis.

⁵⁸ Art. 32 - Perde o mandato o Senador (Const., art. 55): I - que infringir qualquer das proibições constantes do art. 54 da Constituição; II - cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar; III - que deixar de comparecer à terça parte das sessões deliberativas ordinárias do Senado, em cada sessão legislativa anual, salvo licença ou missão autorizada; IV - que perder ou tiver suspensos os direitos políticos; V - quando o decretar a Justiça Eleitoral; VI - que sofrer condenação criminal em sentença definitiva e irrecorrível

⁵⁹ Art. 5º - Consideram-se incompatíveis com a ética e o decoro parlamentar; I - o abuso das prerrogativas constitucionais asseguradas aos membros do Congresso Nacional (Constituição Federal, art. 55, § 1º); [...]

⁶⁰ Art. 11 - Serão punidas com a perda do mandato: I - a infração de qualquer das proibições constitucionais referidas no art. 3º (Constituição Federal, art. 55); II - a prática de qualquer dos atos contrários à ética e ao decoro parlamentar capitulados nos arts. 4º e 5º (Constituição Federal, art. 55);

exercício do seu dever de crítica e de fiscalização dos negócios públicos”. Para o autor, para que a crítica feita por um deputado a decisões ou procedimentos internos seja considerada indecorosa, é necessário não somente as opiniões de seus pares sobre essa classificação, vez que estas podem ser frutos de “melindres ofendidos ou meras expressões de contrastes pessoais”, mas também uma análise imparcial da (a) existência de dolo – ou seja, manifestação com o objetivo de denegrir a instituição legislativa –, (b) gratuidade da crítica – uma completa ausência de fundamento do juízo formulado –, bem como (c) agressividade dispensável – o agir deve ter ocorrido com cortesia incompatível com a defesa do bem que se pretende fazer.⁶¹

A dificuldade de definir com clareza os contornos do decoro parlamentar e os limites do uso das prerrogativas é visível, inclusive, nas representações existentes na Comissão de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, na qual, das 126 representações por quebra de decoro registradas entre 2002 e 2014, somente 16 tiveram o parecer da comissão aprovado e com conclusão final pela existência de quebra de decoro.⁶²

4. O direito de ofender em plenário e a restrição dos discursos possíveis

É verdade que a liberdade de expressão, uma das mais caras conquistas do processo de redemocratização, alberga prerrogativas diversas, como a comunicação de pensamentos, de ideias, de informações e de expressões não verbais, sendo que todas as suas faces encontram proteção constitucional. E mais, as diversas vertentes de pensamento exaltam-na como instrumento de funcionamento e preservação da própria democracia⁶³.

Tal conceituação, entretanto, em razão de sua tamanha abrangência, fruto de um compreensível temor gerado pela herança ditatorial, tem sido “capaz de resistir a suas utilizações mais contraditórias e constituir uma referência ideal para encobrir realidades opostas entre si e que se destroem a si próprias”⁶⁴. Desse modo, tal como na leitura libertária, a atual compreensão da liberdade de expressão tem exigido “uma tolerância integral (nada do que se diz pode ser declarado intolerável), e, portanto, um relativismo generalizado de todos os valores”⁶⁵.

Porém o modelo constitucional delineado a partir de uma democracia deliberativa

⁶¹ REALE, Miguel. Decoro Parlamentar e Cassação de Mandato Eletivo. Liberdade do deputado no exercício de seu múnus político. *Revista de Direito Público*, out./dez. 1969. p. 87-93. A doutrina clássica de Pinto Ferreira também tentou delinear o conceito afirmando que “a falta de decoro parlamentar é o procedimento do congressista atentatório dos princípios da moralidade, ofensivos à dignidade do Parlamento, maculando o comportamento do *bonus pater familias*”, assim, a Casa Legislativa teria um poder discricionário para “expulsar os seus membros, quando sua conduta venha a ferir a própria honorabilidade da Assembléia”, como medida de caráter disciplinar (Cf. PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.).

⁶² Relatório de todas as representações disponível em <<http://www2.camara.leg.br/a-camara/eticaedecoro/processos.html>>

⁶³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 350.

⁶⁴ A crítica ao conceito de valores, trazida por Valadier, foi estendida, no presente estudo à liberdade de expressão. VALADIER, Paul. *A anarquia dos valores: será o relativismo fatal?* Lisboa: Instituto Piaget, 1997. p. 17.

⁶⁵ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 139.

republicana não é determinado apenas segundo as lentes das liberdades negativas. A tônica dos direitos de cidadania, de participação e de comunicação política não são garantidos apenas contra possíveis coações externas, mas também em relação à promoção positiva de “participação em uma práxis comum, por meio de cujo exercício os cidadãos só então se tornam o que tencionam ser – sujeitos politicamente responsáveis de uma comunidade de pessoas livres e iguais”⁶⁶.

Portanto, diante das principais distinções de uma democracia posta por meio de políticas libertárias e de uma democracia estabelecida com base em princípios republicanos, é possível destacar que a opção da Constituição de 1988 não é baseada em noções análogas às de mercado, mas sim no poder comunicativo dos cidadãos via discurso.

Não é surpresa que no âmbito do parlamento, deputados e senadores, em discursos inflamados, podem desagradar seus opositores. Entretanto, o discurso de ódio transcende a mera expressão de opinião – indispensável ao livre funcionamento do Legislativo – e vai além dos dissabores próprios do exercício da atividade parlamentar. Tais discursos constituem uma prática discriminatória de forma verbal⁶⁷. Isso porque, sendo a subjetividade individual formada a partir das identidades sociais, tais falas reafirmam sobre o ofendido as relações de subordinação impostas pela própria sociedade, visando, não só destruir suas identidades, como também retirar-lhes a capacidade de expressão⁶⁸.

Dessa forma, a proteção garantida ao livre exercício das funções parlamentares por intermédio das imunidades materiais encontra sua disfunção quando as declarações prestadas estão a serviço da total apartação social de determinados grupos. A ausência de deliberação ampla, somada a um diálogo sujeito a contingências próprias de um jogo político que é restrito aos seletos membros da própria Casa, apenas contribui para que as vozes já sufocadas sejam ainda mais abafadas, na medida em que não existem garantias e meios concretos que viabilizem o direito de resposta nas mesmas proporções alcançadas nas deliberações parlamentares.

Até porque, é de se notar que, historicamente, muitos dos destinatários desses discursos contam com pouco, ou nenhum, apoio nas tribunas, configurando-se, dessa forma, o assim chamado por Owen Fiss, “efeito silenciador da liberdade de expressão”. Para o autor, ao mesmo tempo em que os discursos atuais reconhecem abertamente a força da igualdade, eles se negam a consagra-la⁶⁹. Assim, a necessidade de impor, ou não, a responsabilização por tais falas é extraída a partir das próprias determinações democráticas do Estado brasileiro.

A Constituição Federal, todavia, não adota um modelo republicano clássico. Uma concepção puramente republicana traz consigo a vantagem de se firmar no sentido radicalmente democrático de uma auto-organização da sociedade pelos cidadãos em acordo mútuo por via

⁶⁶ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. p. 272.

⁶⁷ MACKINNON, Catherine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996. p. 99-100.

⁶⁸ MACKINNON, Catherine. *Are women human? And other international dialogues*. Cambridge: Harvard University Press, 2007. p. 227.

⁶⁹ FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, abr. 1996.

comunicativa e não remeter os fins coletivos tão-somente a uma negociação entre interesses particulares opostos. Nesse ponto, tal abordagem aproxima-se das, ou pelo menos não as nega, correntes defendidas por liberais igualitários, como John Rawls⁷⁰ e Ronald Dworkin⁷¹, que, ao contrário dos liberais clássicos, não são insensíveis às condições materiais que são necessárias para aproximar a sociedade dos desejados ideais igualitários, concebendo os direitos de liberdade em sua dupla dimensão⁷². Ou seja, para esses autores, por meio de um “empreendimento político”, as decisões majoritárias só seriam de fato democráticas após satisfeitas determinadas condições adicionais que protegem o status de cada cidadão como pertencente a tal empreendimento⁷³.

Porém, ao tornar o processo democrático dependente das virtudes de cidadãos voltados ao bem comum, essa concepção se demonstra bastante idealista, uma vez que o espaço político não se constitui apenas de questões relativas ao acordo mútuo de caráter ético. Daí se ter no pragmatismo individualista libertário uma visão – aparentemente – menos utópica, pois no republicanismo puro há a dependência de um consenso ético nem sempre possível.

A democracia da Constituição Federal de 1988 soma, então, a tal republicanismo um modelo de política deliberativa. Tal qual na teoria do discurso habermasiano⁷⁴, a democracia conta com uma “intersubjetividade mais avançada presente em processos de entendimento mútuo que se cumprem, por um lado, na forma institucionalizada de aconselhamentos em corporações parlamentares, bem como, por outro lado, na rede de comunicação formada pela opinião pública de cunho político”⁷⁵.

Ou seja, a teoria do discurso como uma proposta de um terceiro modelo de democracia, a democracia deliberativa, irá definir-se como um procedimento que considera algumas bases dos modelos liberal e republicano, numa concepção equilibrada entre ambos, conservando-se as virtudes neles encontradas, mas construindo uma nova perspectiva em que a lei e a opinião pública são realizadas por meio de uma comunicação plena.

Nesse ponto, então, cabe delimitar os contornos de tal opinião pública. Para tanto, coloca-se a questão: e se a opinião pública estiver de acordo com os discursos de ódio? A título de exemplo, em consulta de opinião realizada no site da Câmara dos Deputados, 51,62% dos cidadãos que responderam à pesquisa (5.307.905 votos) concordaram que a definição de família deveria ser a de núcleo formado a partir da união entre homem e mulher⁷⁶. A enquête, realizada em razão da discussão do Estatuto da Família (Projeto de Lei n. 6.583/2013), desconsiderou que em 2011, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e a Arguição

⁷⁰ Cf. RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ática, 2000.

⁷¹ Cf. DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000. Em igual sentido

⁷² Cf. GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

⁷³ DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006. Em igual sentido: NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006. p. 32-35.

⁷⁴ HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

⁷⁵ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002. P. 280.

⁷⁶ Dados disponíveis em <<http://www2.camara.leg.br/enquetes/pesquisaEnquete/>>. Acesso em: 24 set. 2015.

de Descumprimento de Preceito Fundamental 132, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, para excluir qualquer interpretação do artigo 1.723, do Código Civil, que gerasse óbice para tanto. O fundamento constitucional para tanto foi o inciso IV, do artigo 3º da Constituição Federal, que proíbe a discriminação.

Durante a discussão na Comissão Especial instituída para o debate do Projeto, o Deputado Eduardo Bolsonaro (PSC-SP) afirmou que a realização de cirurgia de redesignação de gênero é análoga a um crime. Exaltado, o Deputado Hidekazu Takayama (PSC-PR) afirmou que “se continuar com esse tipo de argumento, de que dois homens, que duas mulheres, podem formar uma família, daqui uns dias vai ter um homem com uma vaca e vai virar ‘vacalhação’ (sic)”. O Deputado Jair Bolsonaro (PP-RJ) associou a defesa dos direitos de casais homoafetivos a defesa de práticas de pedofilia⁷⁷. Assim, é possível afirmar que a “opinião pública” favorável à redação do projeto de lei que prevê o Estatuto da Família é suficiente para a garantia do amplo debate e da construção de uma verdadeira esfera política? Essa “opinião pública” também autoriza que a Câmara de Deputados seja utilizada como palco de agressões homofóbicas, por meio da associação da comunidade LGBT a doenças, traumas ou pedofilia?

Habermas afirma que as disputas eleitorais não ocorrem no âmbito de uma esfera pública institucionalizada a partir de uma prolongada disputa de opiniões. “As discussões políticas limitam-se, na maioria dos casos, aos *in-groups*, à família, ao círculo de amigos [...] que de todo modo tentem a produzir um clima de opinião homogêneo”⁷⁸. Assim, a destruição de uma verdadeira esfera pública mostra-se especialmente pela imobilização da maioria do eleitorado, “sobre os quais a maioria das controvérsias políticas cotidianas passa aparentemente sem deixar rastros”⁷⁹. O consenso observado a partir das decisões eleitorais e de pesquisas de opinião não passa, então, de uma ficção, uma vez que não há correspondência entre os mais diversos impulsos volitivos do eleitorado, que permanecem fora de uma real comunicação pública⁸⁰.

Ou seja, a esfera pública só se fundamenta enquanto mecanismo de realização da própria democracia. Sobretudo porque é nela que opiniões pessoais podem se transformar em opinião pública numa discussão mediante razões. Diante dessa posição “apolítica” de grande parcela dos eleitores, muitos dos contornos emocionais – fruto das apelações às perplexidades e angústias, próprias do indivíduo, captadas pelo “mercado político” – dos

⁷⁷ Os vídeos do debate podem ser conferidos no Canal da Câmara dos Deputados no YouTube (<<https://www.youtube.com/user/camaradeputados/videos>>).

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 451.

⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014. p. 452.

⁸⁰ Nesse sentido, Pierre Bourdieu afirma que a opinião pública não existe, sobretudo se a opinião pública é resultado de pesquisas estatísticas de opinião. Para o autor, esse tipo de questionamento, da forma que se coloca, não possibilita a explicitação das mais variadas respostas e problematizações que podem ser dadas à questão. Assim, não existe de fato um consenso coletivo que forme uma real opinião pública. Cf. BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. *Les Temps Modernes*, n. 318, jan. 1973.

discursos parlamentares podem se mascarar de respostas às reais demandas da maioria (ou de seus grupos representados) apoiados por meio de uma suposta opinião pública.⁸¹

Logo, são discursos que geram ilusão de participação ao serem destinados a cidadãos isolados, privatizados e despolitizados que imaginam que a expressão, em público, de suas angústias, os convertem em sujeitos públicos ativos, a despeito de qualquer consciência de comunicação pública em uma esfera plenamente política.

Desse modo, a opinião pública necessária para que se alcance a comunicação plena exigida pela democracia republicana deliberativa advém de uma arena de discussões racionais com ampla participação. A opinião pública aqui, então, não se faz presente e não poderia de modo algum autorizar tais discursos.

Assim, o estabelecimento de contornos dentro dos quais a liberdade de expressão poderá ser exercida não corresponde a um reclamo pela censura: “trata-se de apelar para a responsabilidade dos que têm o poder de difundir informações e opiniões”⁸². O critério que há de ser utilizado para tanto, será, sobretudo, as relações de poder “entre aquele que fala e aquele de quem se fala”⁸³.

O Estado de bem-estar social constitui-se a partir de uma continuidade em relação ao Estado liberal, e não de uma ruptura. O Estado, nesse sentido, conserva sem dúvidas as imposições negativas atribuídas pelos direitos fundamentais liberais. Mas, de outro lado, avança progressivamente para intervir positivamente, especialmente, para garantir a justiça das relações.

Dessa forma, a liberdade de expressão, embora possa conservar seu teor original no interior da atual Constituição, tem seu sentido normativo deslocado no âmbito da atual configuração política. Assim, para que cumpra com suas funções no interior de um Estado de direito democrático esse direito deve ser pensado também como direito de participação.

A liberdade de discurso e de opinião é essencial para a garantia de uma esfera pública politicamente ativa e “a partir do momento em que as próprias instituições publicísticas se tornam um poder social, apropriadas para privilegiar e boicotar os interesses privados que afluem na esfera pública e mediatizar todas as opiniões meramente individuais”⁸⁴ o Estado deve intervir para que se garanta a liberdade pública de opinião.

A restrição de discursos de ódio se faz necessária para que se assegure, em primeiro lugar, uma convivência pacífica das diferenças. O ideal, por óbvio, seria ir além da tolerância, e alcançar uma atividade parlamentar efetivamente preocupada com a promoção de direitos e a proteção de uma sociedade plural. Porém, na atual impossibilidade disso, a tolerância mostra-se como um mínimo indispensável.

⁸¹ Nesse sentido, Eneida Desiree Salgado, ao analisar a teoria de Edmund Burke, destaca que o autor reconhece a necessidade de que representantes levem em consideração os desejos e opiniões dos representados, porém, afirma que “o governo não é uma questão de vontade, mas de razão e juízo”. SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 72.

⁸² TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 147.

⁸³ TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: Companhia das Letras, 2012. p. 145.

⁸⁴ HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Unesp, 2014. p. 472.

Mas, aí, tem-se uma característica importante: a liberdade de expressão não admite censura prévia e nem deve admitir. Entretanto, para que exista, de fato, sujeitos politicamente responsáveis em uma sociedade de sujeitos livres e iguais, o exercício dessa liberdade irá sempre pressupor responsabilidade. Responsabilidade que é inerente ao exercício de qualquer liberdade. Então, nesses casos o parlamentar que proferir discursos de ódio estará sujeito a ter seu mandato cassado em razão da quebra de decoro. E deverá tê-lo.

5. Os abusos das prerrogativas parlamentares e a busca pela efetivação dos mecanismos de responsabilização

Os debates travados no âmbito do Parlamento são essenciais para manutenção da própria democracia. A solução de conflitos, em uma sociedade democrática, é feita por meio de construções de acordos entre as diversas partes da sociedade, que se expressa na promulgação de normas que, além de garantirem direitos, estabelecem deveres.

Logo, na construção desse acordo político deve ser permitida a convivência civilizada de interesses contrários advindos de uma sociedade complexa e amplamente plural. Nesse sentido, a ética discursiva não tem uma preocupação de ordem existencial, que visa, propriamente, a felicidade individual. Pelo contrário, a ética do discurso discute as condições nas quais uma norma pode ser aceita como válida, deslocando o problema ético da dicotomia do bem e mal para a questão do justo por meio de uma perspectiva deontológica⁸⁵. “Como peculiaridade, nota-se que a ética discursiva é procedimental, isto é, quando todos que estão envolvidos no debate se prestam a cumprir o que foi acordado por meio de uma norma, tem-se aí a universalização concreta e pragmática do processo instalado para chegar ao consenso”⁸⁶.

Desse modo, e como visto, a imunidade parlamentar, a priori, não colide com a igualdade e com a liberdade de discursos pelo simples fato de garantir que deputados e senadores não sejam responsabilizados cível ou criminalmente por seus atos. O que deve ser notado é que por si só a imunidade, tal como conceito constitucionalmente consagrado, só colide com tais direitos a partir de seu uso indevido, ao perder seu real propósito.⁸⁷

Com efeito, há de ser averiguada a correlação lógica entre o fator de discriminação presente na manifestação de ódio e a desequiparação pretendida; ou seja, “tem-se que investigar, de um lado, aquilo que é erigido em critério discriminatório e, de outro, se há justificativa racional para, à vista do traço desigualador adotado, atribuir o específico tratamento jurídico construído em função da desigualdade afirmada”⁸⁸. Assim, é preciso observar se, de fato,

⁸⁵ FERNANDES JÚNIOR, José. *Habermas e o diálogo para a busca pelo consenso*. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/16/artigo181121-1.asp>>. Acesso em: 4 set. 2015.

⁸⁶ FERNANDES JÚNIOR, José. *Habermas e o diálogo para a busca pelo consenso*. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/16/artigo181121-1.asp>>. Acesso em: 4 set. 2015.

⁸⁷ GARCÍA MORILLO, Joaquín. Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria. In: *Inmunidad Parlamentaria e jurisprudencia Constitucional*: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales con la colaboración de los Diputados y del Senado. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. p. 92.

⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros

os discursos são orientados por uma ética direcionada à construção de um real espaço político.

O princípio constitucional democrático da Constituição de 1988, e o modelo de representação política que o acompanha, não aceita que “o individual transmita, mediante exercício do voto, algum tipo de vontade distinta daquela que o ordenamento jurídico-constitucional estabelece como nexos entre aquele voto e o órgão representativo integrado através do mesmo”⁸⁹. Logo, a liberdade para o exercício do mandato e a liberdade de expressão dos parlamentares não são absolutas, porquanto limitadas à própria Constituição.

Dessa forma, diante da configuração de manifestações odiosas (verificadas através da existência de dolo, da gratuidade da crítica e da agressividade dispensável), a própria Constituição Federal, ao estabelecer o abuso de prerrogativas parlamentares como hipótese para a quebra de decoro, prevê a responsabilização parlamentar para tal abuso de liberdade, sendo desnecessária, portanto, a flexibilização do regime das imunidades.

Ocorre que a mera possibilidade de abertura processo de quebra de decoro não tem sido suficiente para garantia de debates racionais e de convivência de diferenças. A experiência pátria mostra que as inviolabilidades parlamentares passaram a servir de salvo-conduto a toda e qualquer ação, submissa às condutas abusivas de toda espécie. A proliferação de tais discursos em Plenário, em grande medida, se deve à “inércia e convivência das próprias Casas Legislativas que, excessivamente pacientes em face de atitudes indesejadas, optavam por não adotar as providências que lhes incumbiam em face de determinadas condutas exacerbadas”⁹⁰.

Embora os pronunciamentos atentatórios ao decoro parlamentar não estejam sujeitos à consignação na ata dos trabalhos⁹¹, tais discursos transcendem tal formalismo, e geram impactos inafastáveis por esse mecanismo. Sendo assim, a solução que mais se compatibiliza com a atual configuração, e que se mostra forte no enfrentamento a tais condutas está presente nos próprios códigos de ética, por meio, inclusive, da possibilidade de representação por qualquer cidadão, no caso da Câmara dos Deputados, em face do parlamentar que tenha incorrido em tais condutas.

Então, considerando que a justificação moral da democracia reside no diálogo capaz de transformação, a partir de consenso, de interesses privados em verdadeira opinião pública, faz-se necessário o aperfeiçoamento dos regimentos internos e códigos de ética e decoro parlamentar das Casas Legislativas para que se tornem mais objetivas as definições

Editores, 2004. p. 38.

⁸⁹ CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis. La quiebra de la representación política. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Oviedo, n. 3, 2004: “Porque no hay, ni puede haber, estado representativo allí donde se sostenga que el individuo transmite, mediante el ejercicio del sufragio, algún tipo de voluntad distinta a aquélla que el ordenamiento jurídico-constitucional establece como nexos entre aquél sufragio y el órgano representativo integrado a su través”.

⁹⁰ NÓBREGA, Airton Rocha. Imunidade Parlamentar - exame crítico ao conteúdo da Emenda Constitucional n. 35, de 2001. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, set. 2002.

⁹¹ Art. 98 - O Diário da Câmara dos Deputados publicará a ata da sessão do dia anterior, com toda a seqüência dos trabalhos. § 6º Não será autorizada a publicação de pronunciamentos ou expressões atentatórias do decoro parlamentar, cabendo recurso do orador ao Plenário.

dos limites dessas prerrogativas, justamente para que as averiguações de responsabilidades por condutas incompatíveis com o exercício do mandato não fiquem reféns de consensos eventuais. Só assim, o exercício democrático, que é assegurado pelas amplas deliberações, poderá ser garantido em plena harmonia com o necessário regime de inviolabilidades garantidos pela Constituição.

Referências

ARAGÃO, João Carlos Medeiros de. *Ética e decoro parlamentar no Brasil e nos EUA: integração dos instrumentos de controle para mudança social*. 2. ed. Brasília: Entrelivros, 2007.

BOBBIO, Norberto. *As ideologias e o poder em crise*. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: UnB, 1999.

BOBBIO, Norberto. *Qual Democracia?* Tradução de Marcelo Perine. 2. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2013.

BOURDIEU, Pierre. A opinião pública não existe. *Les Temps Moderns*, n. 318, jan. 1973.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CHAUÍ, Marilena. *Cultura e democracia: o discurso competente e outras falas*. 13. ed. São Paulo: Cortez, 2011. CHUECA RODRÍGUEZ, Ricardo Luis. La quiebra de la representación política. *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, Oviedo, n. 3, 2004.

DAHL, Robert Alan. *Poliarquia: participação e oposição*. São Paulo: Edusp, 1997.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?: principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Sovereign Virtue: the theory and practice of equality*. Cambridge: Harvard University Press, 2000.

FERNANDES JÚNIOR, José. *Habermas e o diálogo para a busca pelo consenso*. Disponível em: <<http://filosofia.uol.com.br/filosofia/ideologia-sabedoria/16/artigo181121-1.asp>>. Acesso em: 4 set. 2015.

FISS, Owen. El efecto silenciador de la libertad de expresión. *Isonomía – Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, Instituto Tecnológico Autónomo de México, abr. 1996.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAMA NETO, Ricardo Borges. Minimalismo schumpeteriano, teoria econômica da democracia e escolha racional. *Revista de Ciência Política*, Curitiba, v. 19, n. 38, p. 27-42, fev. 2011.

GARCÍA MORILLO, Joaquín. Contenido, finalidad constitucional y control de la inmunidad parlamentaria. In: *Inmunidad Parlamentaria e jurisprudencia Constitucional: debate celebrado en el Centro de Estudios Constitucionales con la colaboración de los Diputados y del Senado*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A imunidade parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 42, p. 190-206, jan./mar. 2003.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Mudança estrutural na esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*. São Paulo: Editora Unesp, 2014

HABERMAS, Jürgen. *Teoria do agir comunicativo*. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

HAURIUO, Maurice. *Principios de derecho público y constitucional*. 2 ed. Trad. Carlos Ruiz del Castillo. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1927.

KRIEGER, Jorge Roberto. *Imunidade Parlamentar: histórico e evolução do Instituto no Brasil*. Santa Catarina: Letras Contemporâneas, 2004.

KURANAKA, Jorge. *Imunidades Parlamentares*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

LIMA, Rosah Russomano de Mendonça. *O Poder Legislativo na República*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.

MACKINNON, Catherine. *Are women human? And other international dialogues*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

MACKINNON, Catherine. *Only words*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

MANIN, Bernard. A Metamorfose do Governo Representativo. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, n. 29, ano 10, p. 5-34, out./1995.

MENDES, Conrado Hübner. Reféns do bolsonarismo. *Estadão*. São Paulo, 13 mar. 2014. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,refens-do-bolsonarismo-imp-,1140280>>. Acesso em: 11 set. 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

MILL, John Stuart. *Considerações sobre o governo representativo*. Brasília, DF: Ed. Univ. de Brasília, 1981.

MILL, John Stuart. *Da liberdade de pensamento e de expressão*. 2 ed. Lisboa: Dom Quixote, 1976.

MILL, John Stuart. *Sobre a liberdade*. 2 ed. Petropolis, RJ: Vozes, 1991.

MOISÉS, José Álvaro (Org.). *Democracia e confiança: por que os cidadãos desconfiam das instituições políticas?*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2010.

MONTEIRO, Maurício Gentil. A limitação da imunidade parlamentar: apontamentos sobre a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 35/2001. *Revista da Esmese*, Temas de Direito na Modernidade, n. 2, Aracaju, p. 347-360, jul. 2002.

MONTESQUIEU. *Cartas persas*. Tradução de Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Nova Alexandria, 2005.

- NÓBREGA, Airton Rocha. Imunidade Parlamentar - exame crítico ao conteúdo da Emenda Constitucional n. 35, de 2001. *Fórum Administrativo - Direito Público - FA*, Belo Horizonte, ano 2, n. 19, set. 2002.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Ed. Coimbra, 2006.
- PINTO FERREIRA, Luiz. *Comentários à Constituição Brasileira*. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1992.
- PIOVESAN, Flávia; GONÇALVES, Guilherme Figueiredo Leite. A Imunidade Parlamentar no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, ano 11, p.190-206, jan./mar. 2003.
- RANCIÈRE, Jacques. Who is the subject of the rights of man?. *The South Atlantic Quarterly*, v. 103, n. 2/3, p. 297-310, spring/summer 2004.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Ática, 2000.
- REALE, Miguel. Decoro Parlamentar e Cassação de Mandato Eletivo. Liberdade do deputado no exercício de seu múnus político. *Revista de Direito Público*, out./dez. 1969.
- RICHARD, Rose. *International encyclopedia of elections*. Washington, DC: Congressional Quarterly Press, 2000.
- ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*, I. 2. ed. Madrid: Civitas, 1997.
- SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios Constitucionais Eleitorais*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa, 1996.
- SARMENTO, Daniel. A liberdade de expressão e o problema do “hate speech”. In: CHAVES, Cristiano (Org.). *Leituras Complementares de Direito Civil: O direito civil-constitucional em concreto*. 2. ed. Salvador: Jus Podivm, 2009.
- SOUZA, Claudia Beeck Moreira de; COSTA, Tailane. Libertarismo, felicidade e justiça. In: GABARDO, Emerson; SALGADO, Eneida Desiree (Orgs.). *Direito, felicidade e justiça*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.
- SHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalismo, socialismo e democracia*. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, 1961.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- TODOROV, Tzvetan. *Os inimigos íntimos da democracia*. São Paulo: companhia das letras, 2012.
- VALADIER, Paul. *A anarquia dos valores: será o relativismo fatal?* Lisboa: Instituto Piaget, 1997.
- WALZER, Michael. *Política e paixão: rumo a um liberalismo mais igualitário*. São Paulo: WMF; Martins Fontes, 2008.

Este livro foi composto nas tipologias AGaramond LT e Swis721 Cn, impresso em cartão 250g e papel Lux Cream 70g certificados, provenientes de florestas que foram plantadas para este fim, e produzido com respeito às pessoas e ao meio ambiente.

Publique seu livro. Viabilizamos seu projeto cultural!
Visite nossa home page:
www.ithala.com.br