

FACULDADES INTEGRADAS HÉLIO ALONSO

DIREITO, MÍDIA E SOCIEDADE

Daniel Machado Gomes
(organizador)

Rio de janeiro
FACHA
2018

Direção Geral

Prof. Dr. Paulo César Martinez y Alonso

Vice-direção

Márcia Regina Alonso Pfisterer

Superintendência Financeira

Cláudia Alonso

Superintendência Administrativa

Andréia Alonso

Coordenação do Núcleo de Iniciação Científica e do Trabalho de Conclusão de Curso

Prof.^a Dr.^a Maria Paulina Gomes

Coordenação do Curso de Direito

Prof. Dr. Daniel Machado Gomes

FACHA EDITORA

Rua Muniz Barreto, 51- Botafogo
Rio de Janeiro - RJ CEP 22251-090

CONSELHO EDITORIAL*Presidência:*

Daniel Machado Gomes

Maria Paulina Gomes

Conselheiros:

Ministro Alexandre de Souza Agra Belmonte (TST, IESB, Brasília)

Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes (TRF2., UERJ, Rio de Janeiro)

Dr. Carmelo Máximo Lullis (UNICATT, Milão)

Dr. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues (UNIRIO, Rio de Janeiro)

Dr. Eduardo Neiva (UAB, Birmingham)

Dr. Ivan Lima Gomes (UFG, Goiás)

Dr. Klever Paulo Leal Filpo (UCP, Petrópolis)

Dr. Marco Aurélio Gumieri Valério (USP, São Paulo)

Dr.^a Mônica Rector (UNC, Carolina do Norte)

Dr. Nivaldo dos Santos (UFG, Goiás)

Dr. Paulo Velten (UFES, Vitória)

Juiz Federal. Silvio César Arouck Gemaque (TRF3, USCS, São Caetano do Sul)

Dr.^a Verônica Lagassi (IBMEC, Rio de Janeiro)

Direito, Mídia e Sociedade

GOMES, Daniel Machado (Org.)

1ª Edição Janeiro de 2018

ISBN: 978-85-94438-03-4

Revisão e Editoração: Daniel Machado Gomes e Letícia Freitas Brazil Ramos

Todos os direitos reservados.

É proibida a reprodução deste livro com fins comerciais sem prévia autorização da Facha Editora.

Sumário

APRESENTAÇÃO	6
MÍDIAS SOCIAIS: ENTRE <i>OVERDOSE</i> COMERCIAL E ESCASSEZ NA RELAÇÃO COM OS DEMAIS PÚBLICOS	10
Anderson Ortiz, Camila Augusta Pereira	
A PEJOTIZAÇÃO NA MÍDIA: LESÃO DO DIREITO AO TRABALHO OU UM INCENTIVO À LIVRE INICIATIVA?	23
Veronica Lagassi	
A LEI 13.467 DE 2017: MUDANÇA NO PARADIGMA INTERVENCIONISTA DO ESTADO NA RELAÇÃO DE TRABALHO?	34
Lucas Baffi Ferreira Pinto, Valter da Silva Pinto	
O DIREITO URBANÍSTICO E AS TRANSFORMAÇÕES DAS CIDADES	45
Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues	
AGENCIAMENTOS MIDIÁTICOS E A NOVA ECONOMIA DA MÚSICA: AS ESTRATÉGIAS DE COMUNICAÇÃO DOS ARTISTAS INDEPENDENTES DE ROCK DO RIO DE JANEIRO	68
Gabriel Gutierrez, Hugo Cesar Leitão Diniz	
NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL - SETE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À LEI 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015	80
Luciana Picanço de Oliveira	
APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO ELLWANGER E OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL	91
Daniel Machado Gomes, Alexsander Carreiro da Silva	

**DIREITO AO ESQUECIMENTO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E MEMÓRIA
COLETIVA: NOVAS PERSPECTIVAS À LUZ DOS DIREITOS
FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE. 105**

Daniel Queiroz Pereira, Vitor Furtado de Melo

ESTADO DE EXCEÇÃO E ANOMIA EM AGAMBEN 134

Daniel Machado Gomes, Filipe Bernardo da Silva

**A GENEALOGIA DA EXCEÇÃO: 100 ANOS DA LEGISLAÇÃO DE GUERRA
DO BRASIL, 1917-1918 149**

Tito H. S. Queiroz

APRESENTAÇÃO

Direito e Mídia possuem diversas conexões, conforme se verifica, por exemplo, pelas antinomias em torno da liberdade de expressão e de outros direitos fundamentais como a privacidade ou a intimidade. Além dos conflitos entre direitos, existem também zonas de interseção entre as duas ciências que decorrem da regulamentação das atividades vinculadas com a informação. Buscando evidenciar estes laços e lançar novos questionamentos, surgiu a ideia de se criar a presente coletânea de artigos relacionados com o projeto de pesquisa *Direito, Mídia e Sociedade*, que foi desenvolvido nas Faculdades Integradas Hélio Alonso – FACHA, por docentes e discentes, ao longo de 2017. Para a publicação, além de artigos dos professores envolvidos no projeto, somaram-se também contribuições de outros colegas cujas áreas de pesquisa tinham correlação com os temas do livro. Desta forma, na obra o leitor encontrará informações pertinentes à área do Direito, aos estudos sobre mídia e aos problemas que concernem a estes dois campos do conhecimento.

O primeiro texto do livro foi escrito em coautoria por Anderson Ortiz e Camila Augusta Pereira, estando intitulado de *Mídias Sociais: Entre Overdose Comercial e Escassez na Relação com os Demais Públicos*. A partir de dados empíricos e bibliográficos, o trabalho analisa projetos de mídias sociais e a classificação de públicos, alertando sobre os riscos do entendimento enviesado na comunicação *off-line* - processo que tende a se tornar ainda mais complexo com as mídias digitais. Por fim, os autores reforçam a importância dos próprios das Relações Públicas para qualificar a discussão sobre relacionamentos corporativos no espaço digital.

Na sequência, Veronica Lagassi apresenta texto *A Pejotização na Mídia: Lesão do Direito ao Trabalho ou um Incentivo à Livre Iniciativa?* Trata-se de um artigo científico que busca definir a pejotização, analisar seus requisitos e efeitos, concentrando-se especificamente nos profissionais cujas atividades envolvem a mídia e, por conseguinte, o direito de imagem. O texto parte dos requisitos da relação de emprego para pontuar as condições da pejotização nos contratos envolvendo profissionais como artistas, apresentadores e jornalistas.

Lucas Baffi Ferreira Pinto e Valter da Silva Pinto assinam o texto *A Lei 13.467 de 2017: Mudança no Paradigma Intervencionista do Estado na Relação de Trabalho?* A contribuição investiga as mudanças promovidas pela Lei 13.467/2017, refletindo sobre

uma possível mudança no caráter intervencionista do Estado na relação de trabalho, com destaque para o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. Os autores contrapõem a ideia de Estado paternalista com as dificuldades geradas pela globalização e pelos avanços tecnológicos no mundo do trabalho.

O Direito Urbanístico e as Transformações das Cidades foi escrito pelo professor Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues. O trabalho trata do surgimento e das transformações das cidades, perpassando diversas fases do homem como a Pré-História, a Antiguidade e a Modernidade. O artigo identifica elementos determinantes para a composição das cidades, demonstrando a maneira como estes elementos condicionam a atuação do Direito Urbanístico, com vistas a apontar limitações e possibilidades deste ramo do Direito.

Gabriel Gutierrez e Hugo Cesar Leitão Diniz escreveram em coautoria o texto *Agenciamentos Midiáticos e a Nova Economia da Música: As Estratégias de Comunicação dos Artistas Independentes de Rock do Rio de Janeiro*. O trabalho analisa as estratégias midiáticas voltadas para comunicação e sustentabilidade econômica das bandas que formam a cena independente contemporânea de rock no Rio de Janeiro. Diante das reformulações da indústria da música nas últimas décadas, afetou-se a viabilidade econômica de um modelo baseado nas grandes gravadoras multinacionais. Daí surgiram novos caminhos, alternativos e independentes, ligados à tecnologia digital, como se percebe nas bandas Amsterdam, Circus Rock e Nuclei, objetos deste estudo.

Luciana Picanço de Oliveira apresenta o texto *Normas Fundamentais do Processo Civil: Sete Princípios Constitucionais Aplicados à Lei 13.105 de 16 de março de 2015*. Trata-se de um artigo no qual sete princípios do Direito Processual Civil são analisados com base na Constituição Federal de 1988. O texto investiga o processo civil a partir dos preceitos fundamentais para promover uma melhor compreensão de aspectos jurídico-filosóficos que são essenciais para o bom desenvolvimento da demanda judicial.

Daniel Machado Gomes e Alexander Carreiro da Silva apresentam em coautoria o estudo intitulado *Aplicação da Proporcionalidade no Caso Ellwanger e os Limites à Liberdade de Expressão no Brasil*. Trata-se de um estudo sobre o funcionamento da máxima da proporcionalidade, utilizada pelo Supremo Tribunal Federal para definir se a liberdade de expressão contempla a possibilidade de manifestar opiniões antissemitas. No julgamento do caso Ellwanger, a Corte definiu que a violação da dignidade humana atua como parâmetro material capaz de limitar a livre manifestação de ideias. Através de

pesquisa qualitativa jurisprudencial, o texto investiga o conteúdo dos votos dos ministros do STF e o resultado final do julgamento de Ellwanger.

Daniel Queiroz Pereira e de Vitor Furtado de Melo escreveram o trabalho intitulado *Direito ao Esquecimento, Justiça de Transição e Memória Coletiva: Novas Perspectivas à Luz dos Direitos Fundamentais e da Personalidade*. Trata-se de estudo sobre a reconstrução da verdade histórica em Estados que se encontram em transição para a legalidade democrática após períodos de exceção. O texto analisa como o Estado brasileiro tratou as questões da intimidade, da privacidade e do direito à informação, considerando o controle temporal de dados pessoais e o direito ao esquecimento. Por fim, o artigo discute a legitimidade estatal para, sob o amparo do interesse público, impedir que o controle de dados seja exercido pelos cidadãos. No estudo foram aplicadas as ideias de Ricard Vinyes e de Hannah Arendt.

O artigo intitulado *Estado de Exceção e Anomia em Agamben* foi escrito em coautoria por Daniel Machado Gomes e Filipe Bernardo da Silva. O trabalho tem o objetivo de expor o pensamento de Giorgio Agamben a respeito do estado de exceção, confrontando-o com as posições de Carl Schmitt e de Walter Benjamin, escritores que também se dedicaram ao tema. O texto apresenta as críticas à teoria de Schmitt que foram apontadas por Agamben e correlaciona suas ideias com o pensamento de Benjamin – ambos defendem a permanência do estado de exceção na modernidade que implica na condição de anomia.

Por fim, Tito H. S. Queiroz apresenta o texto *Genealogia da Exceção: 100 anos da Legislação de Guerra no Brasil, 1917-1918*. O trabalho versa sobre a implantação da legislação de guerra brasileira durante a Primeira Guerra Mundial, o ineditismo e o legado da primeira experiência de legislação de exceção do Brasil. O autor trata da Lei de Segurança Nacional e analisa a sua compatibilidade com o estado democrático de direito, discorrendo sobre os antecedentes legais – particularmente, a primeira legislação de exceção baseada na segurança nacional criada no Brasil: a Legislação de Guerra de 1917 e 1918. Esta legislação era constituída por uma série de decretos do governo federal brasileiro que se seguiram à entrada do Brasil na I Guerra Mundial e que buscavam prover o Estado de meios eficazes diante da situação de beligerância imposta pela Alemanha ao Brasil.

Por todo exposto, estamos certo de que o leitor encontrará diversas informações relevantes no presente trabalho, tanto no que concerne a temas jurídicos quanto em relação aos estudos sobre mídia. Assim, desejamos a todos bons estudos e uma leitura prazerosa das páginas que seguem.

Rio de Janeiro

Daniel Machado Gomes

Organizador

MÍDIAS SOCIAIS:
ENTRE *OVERDOSE* COMERCIAL E ESCASSEZ NA RELAÇÃO COM OS
DEMAIS PÚBLICOS

Anderson Ortiz¹

Camila Augusta Pereira²

RESUMO:

O artigo analisa os esforços recentes em projetos de mídias sociais, entrecruzando com as teorias de classificação de públicos. Comparam-se os dados empíricos e a pesquisa bibliográfica alertando para os riscos do entendimento enviesado sobre os públicos de relacionamento na comunicação *off-line*, processo que tende a se tornar ainda mais complexo com as mídias digitais. Reforça-se o valor da formação acadêmica e das teorias em Relações Públicas, com a finalidade de qualificar a discussão sobre relacionamentos corporativos no espaço digital.

PALAVRAS-CHAVE: Mídias Sociais; Organizações; Classificações de públicos; Relações Públicas.

ABSTRACT

The article analyzes the recent efforts in social media projects, intertwining with the theories of classifying audiences. We compare empirical data and bibliographic research, alerting us to the risks of biased understanding about relationship publics in offline communication, a process that tends to become even more complex with digital media. It reinforces the value of the academic formation and theories in Public Relations, in order to qualify the discussion about corporate relationships in the digital space.

KEYWORDS: Social Media; Organizations; Public ratings; Public relations.

¹ Doutor e mestre em Comunicação pelo PPGC/Uerj, especialista em pesquisa, professor da Escola Superior de Propaganda e Marketing – RJ e das Faculdades Integradas Hélio Alonso (FACHA). E-mail: anderson.ortiz@oi.com.br.

² Doutora e mestre em Comunicação pelo PPGC/UERJ. Professora das Faculdades Integradas Hélio Alonso - FACHA, email: camila.augusta@yahoo.com.br.

Anatomia de um risco

Assumimos o risco dado pelo título da análise. Pedimos, com todo respeito, licença aos colegas de academia e mercado que vêm repetindo como mantra que as experiências em redes sociais digitais desafiam, invertem ou relativizam a lógica produtiva dos meios massivos. Ao contrário, o que nossas pesquisas têm mostrado é que recorrentemente um sistema de pensamento comercial e massivo é o que mais se reproduz nos projetos de mídias sociais. O que nos leva a assumir – precariamente – daí a proposta de reflexão, de que os interesses mercadológicos estão se sobrepondo a outras dimensões também importantes para as organizações, como a institucional, por exemplo. Afinal, não é só nas gôndolas e prateleiras que uma organização garante o seu sucesso empresarial, mas atentando a outras dimensões menos ‘badaladas’ no campo da comunicação corporativa.

Ao participarmos recentemente de palestras em entidades empresariais ou em bancas e outros compromissos nos meios acadêmicos, fica claro que no imaginário dos comunicadores (inovadores ou jovens) as mídias sociais representam um caminho obrigatório para as estratégias de comunicação. A defesa dos adeptos reitera que é fundamental estar presente na grande rede conectada de computadores. Como diferencial, supõe-se que as ações de mídia social permitem um acompanhamento dos resultados jamais imaginado. Nesse mesmo viés, grande esforço é feito em demonstrar por exercícios conceituais e matemáticos diferentes tipos de métricas de acompanhamento de tais ações comunicativas.

Menos abordada, contudo, tem sido a questão do tipo de relacionamento que se estabelece a partir dessa escolha de mídia. A reflexão ora proposta buscará dados recentes sobre o uso de mídias sociais por parte de organizações, tentando daí extrair indicações a respeito do tipo de adoção que é feita neste espaço *vis-à-vis* os objetivos manifestos pelas organizações que investem nessa linha de ação comunicativa. As análises partem das pesquisas divulgadas pelo *Gartner Group* e a Pesquisa Brasileira de Mídia³ para lançar questões sobre o atual momento da comunicação via redes sociais digitais.

³Pesquisa Brasileira de Mídia 2015: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Disponível em <<http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>>. Acesso em 09/07/2015.

Os cursos empresariais e as disciplinas na graduação que lidam com mídias sociais são normalmente precedidas de grande *frisson*. Afinal, é a tendência ganhando musculatura e muitos querem participar desse momento histórico. Antes disso, o mesmo se viveu com o aprendizado do rádio e da TV. Os pioneiros estabeleceram os marcos das práticas atuais. O jovem com mais ênfase aparentemente compartilha dessa ambição em construir uma nova mídia. Mas nem tudo é fácil quando o assunto são as redes sociais digitais, como mostra a Pesquisa Brasileira de Mídia (BRASIL; SECOM, 2014).

A expectativa é que as organizações que investem no ambiente digital comecem a reformular suas áreas internas de negócios, mas sempre com a perspectiva da experiência dos clientes à frente. Será que outros públicos estratégicos além dos clientes não importam? Ou será que o relacionamento em redes sociais digitais não é o espaço em que tais organizações desejem se relacionar com seus demais *stakeholders*? São questões que norteiam a reflexão aqui compartilhada.

É inegável que, à medida que as novas gerações cheguem ao mercado de trabalho, a dinâmica dos investimentos comunicativos em mídias sociais cresça. Primeiro, pela familiaridade que o jovem de hoje tem com tais espaços e ferramentas, levando isso para a prática profissional e apresentando-os aos gestores mais experientes. Segundo, porque aparentemente indica uma racionalização dos processos de comunicação, com incremento da produção e diminuição dos custos operacionais em vista dos resultados. Terceiro, que decorre das duas anteriores, pelo fato de que as organizações (supostamente) passam a exercer maior controle sobre os turnos comunicativos, contornando a (por vezes) indesejável mediação de acordo com os próprios interesses dos meios de comunicação tradicionais.

Organizações, contudo, que abrem canais pelas redes sociais digitais encrencam-se em crises que muitas vezes não estão prontas para lidarem, o que torna a hipótese do controle no mínimo questionável. É aceitável, portanto, a hipótese de que a tendência das mídias sociais se consolide no futuro próximo, abarcando amplo espectro de organizações e práticas profissionais.

Redes Sociais: do conceito tradicional às redes digitais

É curioso perceber que, principalmente entre os jovens, o termo ‘rede social’ imediatamente remete ao fenômeno tecnológico das redes digitais, cada vez mais presentes e ubíquas. Desafiados a defini-las, todos sabem de chofre como descrevê-las,

diferenciá-las, compará-las, explicá-las. Por outro lado, quando se questiona sobre o domínio do conceito sociológico de ‘rede social’, há mesmo pessoas que chegam a se assustar: ‘como assim, professor? Já existia rede social antes da internet?’

Rede social não se inicia com o fenômeno tecnológico. São variadas e plurais as visões de sociólogos e economistas ao propor que uma rede social deve ser interpretada considerando as maneiras como o indivíduo negocia racionalmente entre os interesses coletivos mais amplos e os interesses individuais. No extremo da influência do grupo sobre o indivíduo, existem atributos que incidem em tal direção como o contexto social, as normas de grupo, a confiança interpessoal e a organização social (COLEMAN, 1988, p.3). Essa corrente ressalta o papel de familiares, amigos e instituições por onde uma pessoa circula. Na direção do indivíduo para o grupo, ressalta-se a influência que as escolhas individuais revelam em quadro mais amplo, apoiando-se em conceitos como livre iniciativa e utilidade. Todo indivíduo controla certos recursos e possui interesse em alguns outros que possam ser trocados pelos seus.

Coleman adiciona um novo atributo para lidar com a polarização acima propondo uma ideia que permita enxergar a passagem entre os níveis micro-macro: o conceito de ‘capital social’. Nesta perspectiva, capital social é definido pela sua função de facilitar a ação institucional a partir dos laços interpessoais. Alia tanto as estruturas institucionais tradicionais, como também contempla as iniciativas pessoais dos atores dentro desses espaços. Trazido como ‘conceito guarda-chuva’, ‘capital social’ inclui atributos como ‘obrigações’, ‘expectativas’ e ‘confiabilidade’ nas relações internas. Um sistema tácito de compensações se desenvolve em tal espaço, com ajuda mútua para os assuntos mais variados.

Além disso, outra força que se revela no grupo social é a sua aplicação como canal de informação. Já que seria impossível para um indivíduo captar sozinho todos os estímulos do ambiente, então os contatos dentro do grupo servem como filtros de informação. A informação é insumo fundamental para ação, razão porque é considerada como aspecto positivo ter pares dentro da rede como fontes não somente transmitindo as informações, mas também interpretando quais são os riscos que elas potencialmente representam.

Outra característica de redes sociais é a forma como certos grupos que nascem com uma finalidade específica podem migrar suas pautas para outros objetivos, desde que ao longo do tempo haja o alcance das metas anteriormente traçadas. O ganho de capital social que há nesses espaços credencia a ampliação da área de atuação de tais redes. Da

mesma forma que um ator pode circular por variadas redes sociais, o que caracteriza a multiplexidade que dado tema pode alcançar, quando os mesmos atores sociais são capazes de promovê-los em diferentes grupos sociais, que passam a apoiar ou advogar a favor da causa em questão.

É a partir dessa tradição de reflexão e análise empírica que se chega às redes sociais na comunicação mediada por computadores. Recuero (2009) aponta que o campo de estudos sobre rede social digital pode ser definido pelo interesse sobre como “as estruturas sociais surgem, de que tipo são, como são compostas através da comunicação mediada pelo computador e como essas interações mediadas são capazes de gerar fluxos de informações e trocas sociais que impactam essas estruturas” (RECUERO, 2009, p. 24).

Como visto, uma rede social é o conjunto formado por atores institucionais ou individuais em suas distintas conexões. As conexões são laços sociais e interações em dado espaço. As ferramentas de comunicação mediada pelo computador ocasionam um fluxo transformado de comunicação nas diferentes interações, gerando laços sociais qualitativamente fortes ou fracos que caracterizam o tipo de conexão gerado na rede.

As redes digitais possuem uma topologia, o que torna possível analisá-las a partir de um ator e suas conexões, considerando a rede inteira ou um único indivíduo. As redes sociais digitais podem ser classificadas como: ‘igualitárias’ (‘nós’ têm entre si o mesmo número de conexões), ‘mundos pequenos’ (conexões com poucos graus de separação entre as pessoas na formação de *clusters*) e ‘sem escalas’ (há ‘nós’ centrais na rede, mais fortes que outros e atuando como mediadores e multiplicadores).

Possuem propriedades, sendo possível analisá-las quanto ao grau de conexão, densidade, centralidade, centralização e multiplexidade. ‘Grau de conexão’ quantifica quantos nós se direcionam a outros pontos na rede; ‘densidade’ mostra reciprocidade (coesão) das conexões em um mesmo grupo (*clusters*); ‘centralidade’ mede a popularidade que um nó possui na rede; ‘centralização’ permite entender o alcance da rede, mapeando os nós formados por grupos no entorno da rede original; ‘multiplexidade’ mostra os diferentes canais onde os mesmos indivíduos se relacionam em redes sociais distintas.

Recuero explica que as redes amadurecem. Estão sujeitas a processos de agregação, ordem, desagregação, caos e ruptura. As interações ao longo do tempo estão sujeitas à cooperação, à competição e ao conflito. Os comportamentos se estruturam com as adaptações às mudanças no próprio ambiente de interação. Os sites de redes sociais são sistemas que permitem construir uma persona através de um perfil ou página pessoal;

interagir através de comentários; e expor publicamente a rede social de cada ator. Na circulação de conteúdo de uma rede para outra, podem sofrer transformações: mutação, hereditariedade e seleção natural. ‘Mutações’ analisa o grau de fidelidade da cópia (replicadores, metamórficos e miméticos); quanto à longevidade (persistentes, voláteis); no que toca à fecundidade (epidêmicos, fecundos); e ainda quanto ao alcance (globais, locais). Cada grupo social utiliza esses recursos de forma própria, combinando-as de acordo com as normas que vigoram.

A produção de um conteúdo nas redes sociais está relacionada com a intenção da persona em se posicionar como ‘autoridade’ em relação ao tema que trabalha. Essa produção não é aleatória tampouco desinteressada. Ela tem objetivos específicos de posicionar este indivíduo a partir de uma percepção de valor calculada. Já nas empresas, a produção de conteúdo tem objetivos mais estratégicos, voltados ao posicionamento da marca no mercado por meio da percepção do marketing e do relacionamento com o cliente, do aumento da produtividade dos funcionários que geram eficiências operacionais com colaboração (Deloitte Touche Tohmatsu, 2010).

Até onde os argumentos nos trazem, fica explícito que é impossível abordar rede social digital sem dominar os conceitos de redes sociais tradicionais. Observando-se o inventário feito por Recuero e demais autores, fica evidente que os conceitos usados atualmente para estudar redes sociais digitais dependem fundamentalmente do entendimento dos conceitos anteriores.

Mídias sociais e estudos de públicos

Há anos estudiosos e profissionais da comunicação corporativa se ocupam dos relacionamentos *off-line*, refletindo sobre as classificações que as organizações podem empregar para hierarquizar e ordenar as prioridades de relacionamento com os públicos. É forçoso reconhecer que pouco consenso se produziu com tais iniciativas. Muitas dessas concepções esbarraram com a potência orçamentária das formas de classificação comercial de públicos, herança dos setores de marketing e publicidade dentro das organizações. Doutrinou-se o mercado a medir os públicos pelas suas características de consumo (econômicas), mas raramente refletindo sobre outras características, como poder (coercitivo) ou legitimidade (opinativa ou moral). Fica a impressão de que o marketing pode salvar qualquer organização, mesmo em situações não mercadológicas envolvendo a reputação, em detrimento dos conceitos da comunicação institucional.

Usando um termo de Bueno (2009), “salvo as honrosas exceções de sempre”, as organizações gastam parte de sua energia em comunicação tentando alcançar novos clientes em mercados variados ou, no máximo, o círculo institucional que afeta economicamente os negócios, sem se dar conta de que outros riscos potenciais de reputação podem prejudicar os resultados institucionais, com reflexos irreversíveis no mercado e na administração. As exceções, na maior parte das vezes, são empresas transnacionais com tradição em estratégias de comunicação corporativa e relações públicas em seus países de origem.

O que se indica é que ignorar os relacionamentos anteriores às mídias sociais leva a estratégias digitais que ignoram o alcance dos públicos e os efeitos que tais iniciativas produzem na dimensão *off-line*. Mídia social é instrumento de troca e aprofundamento de relações do mundo vivido, elemento de tessitura e enredamento, sob pena de provocar sérios problemas.

Não há dúvida de que a digitalização é uma tendência que se firma e a comunicação corporativa como campo tem um efetivo papel na sua construção. Corrêa (2009, p.317-335) remonta todas as circunstâncias contemporâneas que levam a comunicação digital para o papel de protagonista, mas alerta que “(...) nem todo processo comunicacional de uma organização é digital ou digitalizável e nem toda TIC é adequada à proposta de comunicação integrada de uma dada organização” (p.321).

A comunicação em mídias sociais, portanto, deve reportar-se ao plano integrado de comunicação mais amplo da organização – que, por sua vez, remete ao plano geral de negócios – cascateando suas estratégias e práticas de forma consistente e vinculadora em uma estratégia digital composta de diversas vertentes comunicativas.

Evidentemente, cada ambiente corporativo gera um conjunto de propósitos específicos, mas quase sempre relacionados a vantagens competitivas decorrentes do uso dos meios digitais. Para exemplificar, temos como vantagens a serem consideradas: agregação de valor à relação ambiente-usuários; construção e sustentação de relacionamento e de comunidades de interesse; promoção de trocas interpessoais e intergrupais; acesso e uso de informações utilitárias e de informações para ação/decisão; criação de meio acelerador/facilitador dos fluxos de trabalho; geração de espaço de aquisição de conhecimentos, entre outros. (CORRÊA, 2009, p.329).

Há de se desenvolver o conjunto de iniciativas em comunicação digital. Mas sem ignorar que existe um déficit de relacionamento e atenção prévio à dinâmica da rede mundial de computadores. O desafio tornou-se mais complexo porque a uma camada ainda não totalmente amadurecida adicionou-se outra, cujo canto da sereia da inovação disruptiva ameaça todo um investimento conceitual que qualificaria positivamente as

organizações no seu relacionamento com a sociedade civil, poderes públicos e ambientes competitivos.

Tendências tecnológicas e foco em públicos

Antes de tudo, é preciso compartilhar um dado que normalmente decepciona os indivíduos empolgados com o sucesso das redes sociais: diferentemente da televisão, que alcança 95% dos lares brasileiros atualmente, a internet alcança 49% das residências. Desse índice, 83% indicam usar o Facebook (41% do total da amostra) e 58% Whatsapp (28% do total da amostra). E é bem verdade que este alcance encontra desníveis relevantes em termos de região do país, faixa etária, renda, escolaridade, porte do município e atividade ocupacional do público⁴. O recorte por faixa etária, entretanto, demonstra que o jovem estudante acerta quando deseja se aprimorar nas estratégias e ferramentas da internet: 79% dos brasileiros de 16 a 25 anos costumam acessar a internet pelo menos uma vez por semana. É provável que ao chegarem à faixa etária de 65 anos ou mais os jovens de hoje já tenham visto a internet se consolidar como meio massivo de alcance tão amplo quanto o da televisão de hoje. Isso isolando de nossa análise a tendência de convergência tecnológica que claramente se desenha no cenário midiático contemporâneo, com a rede TIC se tornando a infraestrutura dominante, o que deverá tornar as categorias de análise de mídia cada vez mais complexas de classificar.

Eis um primeiro ‘freio de arrumação’ necessário: se toda a estratégia está focada em mídias sociais, então o alcance é mais voltado para o sudeste e sul do país, para pessoas mais jovens, de maior poder aquisitivo, maior nível educacional, residentes em áreas mais urbanas e mais ligadas a atividades de serviços e comércio. São dados que normalmente se chocam com o excesso de otimismo que embala as análises da comunicação mediada por computador como algo mais espraiado e inclusivo ao alcançar toda a população – feito já alcançado pelos meios tradicionais como a TV – já que os dados demográficos indicam o contrário. Trata-se de um meio ainda em evolução da sua base de usuários, com relevantes taxas de crescimento desde a adoção inicial nos anos 1990 até o presente momento. Mas uma estratégia que alcance todo o Brasil, se incluir

⁴ Por razão do alcance amostral do trabalho, temos preferido basear nossas análises na Pesquisa Brasileira de Mídia 2015, cujo rigor metodológico nos parece adequado para refletir sobre a taxa de penetração de cada meio de comunicação no território brasileiro. O que costuma ser diferente com pesquisas que se concentram nas regiões mais industrializadas para refletir sobre adoção de meios de comunicação.

também o Brasil ‘não conectado’ como foco, demanda que outros meios de comunicação devam ser pensados em consonância. E que outras abordagens de relacionamento sejam pensadas dentro de tal quadro.

O cenário acima não impede que as análises otimistas se sobreponham aos alertas.

O surgimento das ferramentas de comunicação bidirecional apresenta um novo panorama de mídia – interativa, hipertextual, instantânea – “sem dono” (sem o crivo dos grandes produtores de mídia), de livre expressão, impacto e com força sobre a opinião pública e a imprensa em geral. Esses pseudojornalistas (anônimos) permitem uma pluralidade de vozes e mais representação para as pessoas. (TERRA, 2011, p.273).

Tudo indica que as organizações têm apostado suas fichas nos projetos digitais. Os investimentos são feitos tanto nos meios massivos consagrados quanto nos meios TIC. Organizações que dependem da vantagem competitiva dada pelo diferencial da comunicação – caso das redes varejistas, alimentos & bebidas, automobilísticas, entre outras ligadas ao *business to consumer* – continuam a adotar os meios tradicionais como estratégia principal e ‘experimentam’ ações inusitadas com as tecnologias TIC. Nota-se que há uma apropriação paulatina do meio TIC pela publicidade, mas ainda longe da potência dos meios hegemônicos⁵, ficando a internet ainda atrás da televisão (61% do bolo publicitário; 15% jornais; 9% internet).

Por outro lado, o que o ambiente TIC propõe potencialmente anima a visão de futuro do que se tornará o espaço comunicativo tendo a internet por base. Por exemplo, achados de pesquisas divulgadas pela consultoria *Gartner Group* evidenciam o foco na experiência do cliente⁶. A consultoria oferece um rol amplo com opções de estudos sobre tendências diversas na área de tecnologia. Uma área exclusiva de textos de marketing ocupa-se em oferecer cenários sobre como a área de tecnologia da informação pode elevar os resultados das organizações. Em todos os canais, os recortes normalmente orientam sobre formas de potencializar os negócios.

Situação curiosa, considerando que é um espaço voltado para executivos da área de TIC, fica claro que o foco de empoderamento do segmento profissional é legitimar-se dentro das respectivas organizações como setores orientados para resultados econômicos.

⁵Dados do IBOPE Monitor 2014 *apud* Anuário Grupo de Mídia 2015. Disponível em https://dados.media/#/app/dashboard/MER_DISTRUBUICAO_INVEST_MIDIA, acesso em 08/07/2015.

⁶Diversos sumários executivos são oferecidos gratuitamente pelo Gartner Group através do site, mediante cadastramento: <http://www.gartner.com/search/site/freecontent/simple?typeaheadTermType=&typeaheadTermId=&keywords=custo+mer+experience>, acesso em 08/07/2015.

Isso fatalmente os leva a conceber projetos mais voltados ao caráter comercial, em detrimento de ações relacionais que focam outros *stakeholders*⁷, sendo esses indicadores de relacionamento mais difíceis de quantificar na lógica dos números e resultados. Talvez isso ajude a explicar – aceitando que outras variáveis podem incidir – o parco número de iniciativas de comunicação não comercial em mídias sociais. O próprio grupo de profissionais que seria o principal parceiro das áreas de comunicação na criação de canais de relacionamento informa-se tendo como premissa que ajudar o negócio é inseri-lo na lógica do comércio eletrônico ou da integração logística via redes de informática, mas quase nenhuma ênfase nos aspectos do cultivo do relacionamento com redes que detenham poder de coerção ou de opinião.

Nenhum trabalho se concentra na temática do relacionamento pelo viés institucional. O estudo do *Gartner Group* que chega mais próximo se chama “Como Transformar Atividades de Marketing Social em Comércio Social”⁸, cujos *insights* evidenciamos a seguir como forma de ilustrar do argumento de que a área comercial campeia as ações nas mídias sociais.

Assim, o resultado da pesquisa feita com organizações de todos os portes mostra que a passagem de meras atividades em mídias sociais para ‘comércio social’ relacionam-se com: a) observar os gatilhos que colocam os usuários em ação; b) continuar a investir em direcionadores de busca (estratégia de SEO); c) incorporar instrumentos de pesquisa e avaliação nas próprias mídias sociais; d) estimular o compartilhamento das experiências dos consumidores em sítios sociais correlacionados com marcas e produtos; e) oferecer vantagens como prêmios e descontos para os usuários que advogam por marcas e produtos, gerando mais *leads* e vendas; f) estruturar ações de marketing social para reengajar e reter consumidores. (GARTNER GROUP, 2013)⁹. A síntese acima, totalmente centrada no aspecto comercial do relacionamento, repete-se em quase todos os demais conteúdos oferecidos pela consultoria. E mesmo as pesquisas feitas no repositório da consultoria com os termos “comunicação corporativa” e “relações

⁷Entendemos *stakeholder* como público estratégico com interesse em determinada organização. (...) o poder do *stakeholder* de influenciar a organização, a legitimidade do relacionamento do *stakeholder* com a organização, e a urgência das reivindicações do *stakeholder*. (ALMEIDA e BERTUCCI, 2010, p.195).

⁸ Os textos são todos apresentados em inglês: *How to Turn Social Marketing Activities into Social Commerce*, disponível mediante cadastro em https://www.gartner.com/marketing/digital/research/commerce/social-commerce/?prm=r_gml_soc, acesso em 09/07/2015.

⁹ Disponível em https://www.gartner.com/doc/2640722?srcId=1-362863751#dv_4_steelhouse_2012. Acesso em 09/07/2015.

públicas” encontram variações da aplicação de ferramentas TIC inovadoras para o comércio e/ou gestão dos processos internos das organizações. Outras dimensões de relacionamento com *stakeholders* simplesmente são ignoradas.

Tanto que outro conceito trabalhado pelo *Gartner Group* no momento relaciona-se ao esforço dos gestores de TI e negócios sob o rótulo de ‘Experiência do Consumidor’ (*Customer Experience*, também apresentado com a sigla CX). Trata-se do esforço conjunto desses atores do mercado em desenvolver estratégias e ações que tornem a interação do consumidor cada vez mais relacionada com o uso das ferramentas TIC.

O que se deseja evidenciar é que o aspecto comercial continua na ordem do dia das organizações, acumulando conceitos e expressões, enquanto a apropriação da lógica de mídias sociais para aumentar o pacote da comunicação continua em latência. Como pacote da comunicação, podemos destacar ‘consciência mútua’, ‘exatidão’, ‘entendimento’, ‘acordo’, ‘comportamento simbiótico’, entre outros elementos desde sempre defendidos pelos profissionais da comunicação institucional e relações públicas (GRUNIG, 2005, p.62-63).

Nossa hipótese é que ao ‘queimar’ a etapa anterior, a do relacionamento *off-line*, fica-se inconsistente na etapa seguinte ao estabelecer relacionamentos mediados pela rede mundial de computadores. As experiências positivas na vertente comercial dão segurança na etapa seguinte às ações mercadológicas no espaço digital. Mas como fazer para os relacionamentos na vertente institucional? Precisa-se investir no fortalecimento das relações institucionais tanto no *off-line* quanto no *online*. Desafio duplo!

Considerações finais

As estratégias em mídias sociais confirmam-se como tendência, despertando grande interesse por parte de profissionais e organizações de todos os setores e portes econômicos. O papel aparentemente descentralizador das redes torna o investimento no universo *online* mais barato do que nos meios tradicionais. Vale lembrar, entretanto, que ainda há 51% da população brasileira fora da internet e que a comunicação digital, todavia, não substitui o repertório clássico da comunicação, embora as perspectivas de adoção do novo meio sejam bastante animadoras para a indústria.

Por outro lado, quando se reflete especificamente na apropriação das mídias sociais por parte das organizações, as iniciativas ainda continuam focadas nos aspectos comerciais do relacionamento. Prova de que as estratégias e jogos de linguagem

continuam a se desenvolver nesse campo, evidenciamos a criação do termo “Comércio Social” a partir de dados empíricos.

Logo, é possível afirmar que a falta de domínio classificatório sobre públicos na tradição do conceito da comunicação corporativa ainda cobra seu preço nas ações *off-line* das organizações. O que se revela em geral por via de crises empresariais que desafiam os critérios de transparência; no entendimento enviesado de domínio dos turnos comunicativos; na criação de mensagens publicitárias aquém das expectativas de quem as conhece ou, minimamente, detém uma imagem formada sobre suas práticas e comportamentos no ambiente social. É fundamental que o entendimento da importância da dimensão institucional acompanhe os avanços das experiências mercadológicas, ambos como fontes de vantagem competitiva.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Ana Luísa de C.; BERTUCCI, Janete L. de O. Gestão estratégica de stakeholders: aspectos relevantes na definição de políticas de relacionamento. In: MARCHIORI, Marlene (Org.). **Comunicação e organização**: reflexões, processos e práticas. São Caetano do Sul: Difusão Editora, 2010.

ANDRADE, Cândido T. de S. **Curso de Relações Públicas**: relações com os diferentes públicos. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

BRASIL; SECOM. **Pesquisa Brasileira de Mídia 2015**: hábitos de consumo de mídia pela população brasileira. Brasília: Secom, 2014. Disponível em <http://www.secom.gov.br/atuacao/pesquisa/lista-de-pesquisas-quantitativas-e-qualitativas-de-contratos-atuais/pesquisa-brasileira-de-midia-pbm-2015.pdf>.

BUENO, Wilson da C. **Comunicação empresarial**: políticas e estratégias. São Paulo: Saraiva, 2009.

COLEMAN, James S. **Social Capital in the Creation of Human Capital**. The American Journal of Sociology, Vol. 94, Supplement: Organizations and Institutions: Sociological and Economic Approaches to the Analysis of Social Structure, 1988. Disponível em: <http://www.jstor.org/discover/10.2307/2780243?uid=3737664&uid=2&uid=4&sid=2110433213782>

CORRÊA, Elisabeth S. Comunicação digital e novas mídias institucionais. In: KUNSCH, Margarida M. K. (Org.). **Comunicação organizacional**: histórico, fundamentos e processos, volume 1. São Paulo: Saraiva, 2009.

FRANÇA, Fábio. **Públicos**: como identificá-los em uma nova visão estratégica. São Caetano do Sul: Yendis Editora, 2008.

GARTNER GROUP. Website www.gartner.com, acesso em 01/07/2015.

_____. **How to Approach Customer Focused Digital Transformation.** Disponível mediante cadastro em https://www.gartner.com/marketing/digital/research/commerce/social-commerce/?prm=r_gml_soc, acesso em 04/07/2015.

_____. **How to Turn Social Marketing Activities into Social Commerce.** Disponível mediante cadastro em https://www.gartner.com/marketing/digital/research/commerce/social-commerce/?prm=r_gml_soc, acesso em 09/07/2015.

GRUNIG, James E. **Guia de pesquisa e medição para elaborar e avaliar uma função excelente de relações públicas.** Revista Organicom. Ano 2, n. 2, 1º semestre de 2005, p.46-69. Disponível em http://www.eca.usp.br/departam/crp/cursos/posgrad/gestcorp/organicom/re_vista%202/jamesegruning.pdf , acesso em 01/09/2015.

_____; HUNT, Todd. **Managing public relations.** Orlando: Harcourt Jovanovich College Publishers, 1984.

GRUPO DE MÍDIA DE SÃO PAULO. **Mídia Dados Brasil 2015.** São Paulo: Grupo de Mídia de São Paulo, 2015.

ORTIZ, Anderson; PEREIRA, Camila Augusta. **Redes Sociais: a estranha e renovada perspectiva na comunicação de organizações,** apresentado no GP Relações Públicas e Comunicação Organizacional do XIV Encontro dos Grupos de Pesquisa em Comunicação, evento componente do XXXVII Congresso Brasileiro de Ciências da Comunicação, 2014. Disponível em <http://www.portcom.intercom.org.br/navegacaoDetalhe.php?id=56055>

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009.

TERRA, Carolina F. Relações públicas na era dos megafones digitais. In: FARIAS, LUIZ A. de (Org). **Relações públicas estratégicas: técnicas, conceitos e instrumentos.** São Paulo: Summus, 2011.

A PEJOTIZAÇÃO NA MÍDIA: LESÃO DO DIREITO AO TRABALHO OU UM INCENTIVO À LIVRE INICIATIVA?

Veronica Lagassi¹

RESUMO

Definir e analisar o fenômeno da pejotização foi o objeto dessa pesquisa, mas para tanto se torna necessário compreender o que ele pretende substituir e porquê. Assim, o ponto de partida foi uma abordagem sobre os requisitos da relação de emprego que dará origem ao contrato de trabalho para ao final estabelecer a correlação à pejotização e ao principal motivo desse último ter vasto campo de progressão nos trabalhadores da mídia.

PALAVRAS-CHAVE:

Trabalho. Relação de emprego. Pejotização. Dignidade da Pessoa Humana. Mídia.

RESUMEN

Definir y analizar el fenómeno de la pejotización fue el objeto de esa investigación, pero para tanto se hace necesario comprender lo que él pretenda sustituir y por qué. Así, el punto de partida fue un enfoque sobre los requisitos de la relación de empleo que dará origen al contrato de trabajo para al final establecer la correlación a la pejotización y al principal motivo de ese último tener un vasto campo de progresión en los trabajadores de los medios de comunicación.

PALABRAS CLAVES:

Trabajo. Relación de empleo. “Pejotização”. Dignidad de la persona humana. Médios de comunicación.

Introdução

Em linhas gerais, o trabalho no caso brasileiro está vinculado aos fundamentos constitucionais. Situação essa, a qual não poderia ser diferente. Pois, será ele o caminho mais efetivo para a manutenção da dignidade humana. Desta feita, o presente trabalho teve por fim o definir e identificar o que deu origem ao surgimento da pejotização e a

¹ Doutora e Mestre em Direito, Especialista em Direito Empresarial e Docência do Ensino Superior. Vice-Presidente da Comissão de Direito Econômico da OAB-RJ, membro associada ao IAB e ao CONPEDI e Professora do Curso de Direito da FACHA e do IBMEC-RJ. Contato: veronica@lagassi.com.br.

partir daí quais seriam seus malefícios e benefícios. No entanto, para compreendê-la é necessária uma análise prévia dos requisitos caracterizadores de uma relação de emprego e por via de consequência, de um contrato de trabalho. Assim, esse foi o nosso ponto de partida para facilitar a compreensão e distinção desse instituto para a pejotização. Além disso, demonstramos que os profissionais da mídia foram os mais expostos a esse fenômeno, em especial os artistas, apresentadores e jornalistas, ante à existência de direito de imagem e um maior interesse deles na redução da carga de imposto de renda. A análise foi crítica, baseando-se principalmente nas disposições legais e por fim, no entendimento da Justiça do Trabalho.

1. O Fenômeno da Pejotização, os Encargos e Responsabilidade Trabalhista no Brasil.

O trabalho é direito fundamental, previsto no art. 6º, caput, da Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988² e basicamente regulado na Consolidação das Leis do Trabalho, Lei de nº 5452/1943, recentemente derogada pela Lei nº 13467/2017. Além disso, também está presente no art. 7º, da Carta Magna, os direitos mínimos de qualquer trabalhador. E tudo isso tem o condão de conotar a importância social, política e jurídica que esse instituto tem no cenário brasileiro. O que não é para menos, pois tanto a sua proteção como a sua existência está intrinsecamente ligada a um dos principais fundamentos de nosso Estado, que é o da Dignidade da Pessoa Humana, nos termos do inciso III, do Art. 1º, da CRFB/88³. Pois, muito embora o valor social do trabalho seja em si mesmo outro fundamento Estatal, ele deve ser concebido de forma mais ampla e apesar disso não deixaria de estar implicitamente contido na Dignidade da Pessoa Humana.

Conforme já explicitamos em outro texto⁴, é comum a afirmação de que o trabalho dignifica o homem e sua constatação ocorre por um motivo muito simples, que é por ser por meio dele que normalmente o ser humano obtém os meios ou recursos para a sua

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 31.01.2018.

³ Idem citação 2.

⁴ Afirmação presente no Projeto de pesquisa para a Iniciação Científica, proposto no 1º semestre de 2017, na FACHA.

subsistência e a de sua família. Logo, será através do trabalho que o homem efetiva diversos, senão todos, os seus direitos fundamentais.

O contrato de trabalho é um acordo bilateral ou sinalagmático de vontades, o que implica em dizer, que ele gera direito e obrigação para ambas as partes e que nenhuma delas pode exigir da outra a obrigação sem a devida contraprestação. Ele tem como partes: empregador e empregado, onde o primeiro está definido no art. 2º, da CLT, como “*a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço*”, mas que comporta as exceções presentes nos parágrafos desse mesmo diploma legal e das quais ressaltamos a possibilidade de a pessoa física também poder ser admitida como empregador. Ao passo que, a definição de “empregado” prevista no art. 3º, da CLT, não permite raciocínio inverso para fins de que seja admitida pessoa jurídica como empregado⁵.

Acrescida à máxima de que pessoa jurídica jamais será empregado, temos ainda a assertiva de que para que possamos configurar uma relação de emprego, regida pela Consolidação das Leis do Trabalho, existe a necessidade fática de identificarmos quatro requisitos presentes e cumulativos nessa relação. São eles: subordinação, habitualidade, onerosidade e pessoalidade, mas há ainda doutrinadores⁶ que incluem a alteridade como sendo um quinto requisito, no qual o risco do negócio caberia apenas ao empregador. Opinião, da qual não comungamos, uma vez que e ainda que em última análise, o prejuízo do empregador fatalmente representará em redução ou na ausência de ampliação dos contratos de trabalho ou no salário de seus empregados. Portanto, ainda que indiretamente o trabalhador sofrerá os efeitos do risco do negócio. Assim, a nosso ver, a alteridade significa apenas uma responsabilidade objetiva do empregador em relação ao risco do negócio, inclusive ratificado no art. 932, inciso III, do Código Civil de 2002⁷.

Por outro lado, a subordinação implica na concepção de que as diretrizes ou coordenadas para o exercício de um dado trabalho será unilateralmente determinada pelo empregador. Será ele quem irá determinar, por exemplo, o horário de início e fim do expediente. Já a habitualidade está ligado ao quão cotidiano ou rotineiro é o exercício

⁵ Art. 3º - *Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.*

⁶⁶ OLEA, Manuel Alonso. **Derecho Del Trabajo**. Madrid: Universidad, 1973, p.14.

⁷ Art. 932- São também responsáveis pela reparação civil:

...

III- o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

...

daquela atividade desempenhada pelo empregado a determinado empregador. Ao passo que a onerosidade representa pura e simplesmente a obrigação de o empregado ser remunerado pelo seu trabalho. E por fim a pessoalidade, que é a exigência de que a prestação laboral seja personalíssima, só podendo ser desempenhada por aquele dado trabalhador. O qual não pode fazer-se substituir sem a anuência de seu empregador.

Será a análise fática de todos esses requisitos que tornarão possível a identificação da pejetização, fenômeno que nada mais é, do que a configuração fática de uma relação de emprego só que prestada por pessoa jurídica criada especificamente para tal fim. E qual é a razão disso?

A razão disso é muito simples, o custo. O custo dos encargos e responsabilização trabalhista no Brasil é altíssimo, caso comparado ao de outros países como, por exemplo, a China ou até mesmo os Estados Unidos. Muito embora, neste último caso a relação laboral tenha outra formatação jurídica.

O fato é que em linhas gerais, cada trabalhador brasileiro representa um pouco menos que o dobro de seu salário para o seu empregador. Daí, as fraudes ou simulações corriqueiras na Justiça do Trabalho como, por exemplo, daquele trabalhador que já trabalha há anos para o mesmo empregador, mas permanece com a carteira de trabalho em “branco” ou com tempo de trabalho diverso do fático. Ou ainda, temos aquele trabalhador que recebe um salário prenotado na carteira e mais um adicional “por fora” e que em muitos dos casos é até infinitamente superior ao que foi anotado em sua CTPS⁸. E tudo isso, muito embora ilegal e até mesmo imoral é plenamente justificável nos pesados encargos impostos pelo Estado sobre o salário do empregado e que geram como consequência a baixa competitividade da indústria e comércio brasileiro, caso comparados ao preço dos produtos ou serviços similares ofertados por outros países.

Nesse diapasão, são considerados encargos trabalhistas o percentual a que o empregador é obrigado a recolher as suas próprias expensas para o trabalhador se aposentar. O que juridicamente denominamos contribuição previdenciária patronal e que, independentemente disso, também é exigida em percentual diverso do trabalhador. Além disso, até recentemente tínhamos o recolhimento compulsório da contribuição sindical tanto dos empregados quanto patronal, entre outros encargos que tornam debilitada a competitividade do empregador brasileiro.

⁸ Carteira de Trabalho e Previdência Social.

Acrescidos aos encargos trabalhistas, temos ainda a pesada tributação, que é aplicada pelo Estado aos produtos e serviços brasileiros. E isso torna não só a vida do empregador difícil, mas também a de toda a população brasileira que assiste dia-após-dia os noticiários envolvendo escândalos relativos aos desvios das Receitas Estatais, originadas pelo recolhimento dos impostos, além da consequente precarização da prestação pelo Poder Público dos serviços essenciais.

E é nesse contexto de indignação coletiva que temos a “burla” por intermédio da pejotização.

2. O Direito ao Trabalho versus Livre Iniciativa ou mera burla ao fisco?

Conforme defendemos e reiteramos o trabalho dignifica o homem, pois lhe garante os meios para sua subsistência. Logo, ele contribui diretamente para a efetividade material de um dos fundamentos da Constituição Federal de 1988, que é o da Dignidade da Pessoa Humana.

A Livre Iniciativa está diretamente vinculada ao trabalho, tanto é que no texto constitucional o legislador inicialmente inclui esses fundamentos num mesmo inciso, a saber:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

...⁹

Contudo, a ligação da Livre Iniciativa ao trabalho vai muito além porque ela tanto pode ser a origem direta do trabalho e que pode ocorrer a partir da invenção de um produto ou prestação de um serviço novo. E neste caso, teremos possivelmente o trabalho do empreendedor. Assim como também, a Livre Iniciativa poderá estar atrelada de forma indireta ao trabalho. Nesse último caso, quando o empreendedor queira tornar-se empresário e para tanto, ele terá de organizar os fatores de produção, dentre os quais temos o trabalho.

Logo, ele fará as contratações.

No entanto, é a partir dessa segunda hipótese que tem início o questionamento feito nesse subtítulo. Pois, como vimos anteriormente, os encargos trabalhistas são

⁹ Idem referência 2.

pesados tanto para o empregador quanto para o empregado. E além deles ainda existem os tributários, como o imposto de renda, que a título de exemplificação faremos uso.

O imposto de renda no Brasil está dividido em duas classificações, uma que tributa pessoa física e a segunda que tributa pessoa jurídica. A classe pessoa física obedece a uma tabela progressiva para a base de cobrança do imposto e que atualmente é a seguinte: Tabelas de incidência mensal - A partir do mês de abril do ano-calendário de 2015:

Base de cálculo (R\$)	Alíquota (%)	Parcela a deduzir do IRPF (R\$)
Até 1.903,98	-	-
De 1.903,99 até 2.826,65	7,5	142,80
De 2.826,66 até 3.751,05	15	354,80
De 3.751,06 até 4.664,68	22,5	636,13
Acima de 4.664,68	27,5	869,36

Tabela extraída do site da Receita Federal¹⁰.

Ao passo que, o imposto de renda da pessoa jurídica está, atualmente, regulado na Instrução Normativa nº 1700/2017, da Receita Federal, que em seu art. 29, dispõe:

Art. 29. A alíquota do IRPJ é de 15% (quinze por cento).

§ 1º A parcela do lucro real, presumido ou arbitrado que exceder o valor resultante da multiplicação de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) pelo número de meses do respectivo período de apuração, sujeita-se à incidência de adicional do imposto sobre a renda à alíquota de 10% (dez por cento).

...¹¹

Conforme pode ser observado o percentual para a tributação da pessoa jurídica é inferior ao da pessoa física. Isso ocorre por uma razão muito simples, a de que além de

¹⁰ Receita Federal. Disponível no site: < <http://idg.receita.fazenda.gov.br/acesso-rapido/tributos/irpf-imposto-de-renda-pessoa-fisica#Topo>>, acesso em 01.02.2018.

¹¹ BRASIL. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1700**, de 14 de março de 2017. Disponível no site:<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81268>, acesso em 01.02.2018.

representar fonte de emprego e desenvolvimento o valor a ser tributado é normalmente superior ao da pessoa física. Além disso, após o pagamento desse tributo pela pessoa jurídica o lucro é distribuído entre os sócios que a compõem livres de nova tributação como pessoa física.

E diante do cenário brasileiro de encargos trabalhistas e alta tributação, temos acompanhado quase inertes o desenvolvimento e propagação da pejetização.

Conforme explica Célia Regina Camachi Stander o termo “pejetização” é *um neologismo advindo da sigla PJ, a qual é utilizada para designar pessoa jurídica*¹².

Para Amauri Mascaro Nascimento a pejetização ocorre quando o empregador exige que o trabalhador constitua uma pessoa jurídica (empresa individual) para a sua admissão ou permanência no emprego, formalizando um contrato de natureza civil ou comercial, com a obrigação de emissão de notas fiscais pelo trabalhador, muito embora a prestação de serviços se revele tipicamente empregatícia¹³. Portanto, a pejetização representa faticamente a contratação de uma pessoa jurídica para exercer uma relação de emprego. O que inicialmente já vimos que a CLT não admite. Contudo, esse fenômeno tem ganhado cada vez mais espaço como medida adotada tanto pelo empregador como por seu empregado, ambos na tentativa de se eximirem dos encargos trabalhistas, previdenciários e fiscais.

Por meio da pejetização o empregador se isenta não só das obrigações trabalhistas existentes ao longo da vigência do contrato de trabalho, mas também das verbas rescisórias numa eventual rescisão do contrato. O qual passa a ser de prestação de serviços, colocando as partes contratantes em situação de igualdade, diversamente ao que ocorre no contrato de trabalho.

E diante desse quadro vantajoso para o empregador, muitas emissoras de TV vêm reduzindo seu quadro de empregados a partir da contratação de pessoas jurídicas¹⁴, inclusive para a composição da equipe jornalística. mas, em se tratando de artistas, a Rede Globo foi precursora ao buscar contratar seus atores por meio de “contratos por obra”, no

¹² STANDER, Célia Regina Camachi. **Fraude por meio de cooperativa e de constituição de pessoa jurídica por trabalhadores**. Revista de Escola da Magistratura do Tribunal Regional da 2ª Região – nº 1 (set.2006) - São Paulo, semestral.

¹³ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014. P. 27.

¹⁴ FELTRIN, Ricardo. Matéria: Demora na renovação de contratos causa apreensão em artistas da Record. **UOL**. Disponível no site: < <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2017/09/04/demora-na-renovacao-de-contratos-causa-tensao-em-artistas-da-record.htm>>, acesso em 01.02.2018.

qual “o artista tem sua própria empresa e emite nota fiscal para receber salários ou cachês”¹⁵.

Lamentavelmente, pelas condições de trabalho são os profissionais da mídia aqueles que mais estão expostos ou propensos a sofrerem os efeitos da pejetização. E isto ocorre em decorrência do famigerado “direito de imagem”, que torna a pejetização mais atrativa para essa categoria de trabalhador, o qual vê neste instituto uma saída para a redução da incidência do imposto de renda.

Existem dois motivos para o trabalhador submeter-se à pejetização, o primeiro deles diz respeito ao fato de ser atrativa ao representar majoração na sua remuneração. Trata-se daquele dito pagamento “por fora” que nos referíamos inicialmente, porém agora legalizado. Uma vez que o empregador não terá os ônus impostos pelo contrato de trabalho e em contrapartida, ele remunera um pouco mais a esse trabalhador, na tentativa de compensar a ausência de direitos. Pois, o trabalhador ao ser pejetizado não terá direito ao recolhimento de FGTS, tampouco ao pagamento de indenização sobre os seus 40% no caso de dispensa sem justa causa, além da ausência de recebimento do seguro-desemprego, entre outras vantagens.

Isso sem olvidar, que a remuneração majorada ao ser recebida pelo trabalhador pejetizado ainda terá tributação inferior daquela a que ele como pessoa física incidiria.

Já o segundo motivo a ser apontado para um trabalhador pejetizar-se, pode ser simplesmente a falta de opção. Nesse último caso, não há sequer vontade sincera do trabalhador para submeter-se à ela, mas ausência de opção. Ou aceita, ou permanece sem trabalho e, por conseguinte, sem efetivar sua dignidade.

Bastante atento a isso, o Egrégio Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, numa decisão proferida pela 7ª Turma, demonstrou que a Justiça do Trabalho não ignora esse fenômeno. Senão vejamos:

ARTISTA. FRAUDE À RELAÇÃO DE EMPREGO. PEJOTIZAÇÃO OU PRESTADOR DE SERVIÇOS AUTÔNOMO. LEI Nº 6.533/78. VÍNCULO EMPREGATÍCIO CONFIGURADO. 01. Na contratação de pessoa física, por intermédio de uma pessoa jurídica (“pejetização”) ou na qualidade de prestador de serviços autônomo, para laborar em serviços enquadrados em atividade essencial da tomadora, com personalidade e subordinação, presume-se a fraude, formando-se o vínculo direto com a reclamada. 02. A -pejetização-, caracterizada pela contratação de trabalhador como pessoa jurídica, bem como a admissão fraudulenta de trabalhador com a veste de contrato autônomo,

¹⁵ FELTRIN, Ricardo. Matéria: Globo estuda registrar atores em carteira e acabar com “contratos por obra”. UOL. Disponível no site: <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/oops/2017/09/16/globo-estuda-registrar-atores-em-carteira-e-acabar-com-contratos-por-obra.htm>, acesso em 01.02.2018.

permitem a diminuição dos encargos sociais dos empregadores, além da redução dos preços e melhor competitividade com os concorrentes, o que denota a relação com o fenômeno do dumping social e, conseqüente, desrespeito aos padrões mínimos trabalhistas defendidos na órbita internacional pela OIT e pela OMC. Tais práticas acarretam conseqüências funestas para o trabalhador, que não vêem assegurados direitos como FGTS, décimo terceiro salário, produtividade, férias, sem olvidar da não limitação da carga horária de trabalho, ausência do descanso remunerado, da contração de seguro de vida e acidentes, impossibilidade de gozo das garantias de emprego, etc. 03. As normas que versam sobre a relação de emprego e sua correspondência obrigatória com o contrato de trabalho têm natureza cogente, e se impõem independentemente da vontade das partes. Ante o princípio da primazia da realidade e do que dispõe o artigo 9º da CLT, a celebração de contrato civil é nula quando a realidade da prestação demonstra o exercício subordinado das atividades do contratado. À relação fática de emprego corresponde a forma jurídica do contrato de trabalho, consoante regra expressa no artigo 442 da CLT, que precede a todas as outras e afasta as demais formas contratuais civis e societárias. 04. No caso dos autos, o conjunto probatório deixa evidente que a contratação da trabalhadora, por meio de pessoa jurídica, como atriz é fraudulenta, encontrando-se presentes, à luz do artigo 9º da CLT e do princípio da primazia da realidade, os requisitos insertos no artigo 2º e 3ª da CLT. 05. Destaque-se que a Lei nº 6.533/78 é expressa em seu art. 9º, ao estipular que o exercício da referida profissão exige contrato de trabalho padronizado, nos termos de instruções a serem expedidas pelo Ministério do trabalho. Outrossim, na hipótese, a pessoalidade é intrínseca, não sendo cabível a contratação de serviço da empresa...¹⁶

Assim, conforme podemos constatar ao transcrever o julgado supra, a Justiça do Trabalho tem entendido que a pejetização macula os direitos laborais. O fato mais curioso é que após acompanharmos reiteradas decisões nesse mesmo sentido, as emissoras de TV vêm retroagindo a pejetização e retornando à prática da assinatura do contrato de trabalho, conforme matérias recentes apontam¹⁷.

Conclusão.

Num país com sérias desigualdades sociais é difícil implementar qualquer novo instituto, especialmente quando a sua concepção já possui origem desvirtuada pela ótica de redução da carga tributária e demais ônus que circundam um contrato de trabalho.

Conforme vimos a pejetização representou uma saída, em alguns casos até mesmo “de fato” pactuada, entre empregador e empregado, para a redução no pagamento de

¹⁶ TRT 1ª REGIÃO. RO nº 00001392520105010041. Sétima Turma. Rel. Min. Sayona Grillo Coutinho Leonardo da Silva. DJ 18.05.2015. Disponível no site:< <http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>, Acesso em 01.02.2018.

¹⁷ FELTRIN, Ricardo. Matéria: Demora na renovação de contratos causa apreensão em artistas da Record. UOL. Disponível no site: < <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2017/09/04/demora-na-renovacao-de-contratos-causa-tensao-em-artistas-da-record.htm>>, acesso em 01.02.2018.

tributos. O que em tese poderia trazer maior competitividade ao produto e prestação de serviço brasileira, caso comparados aos demais existentes no mercado.

Entretanto, esse instituto pode causar danos irreparáveis ao trabalhador e ao Estado como, por exemplo, uma redução no recolhimento de contribuições previdenciárias e de imposto de renda. Fato que pode acarretar um déficit nas contas públicas e até mesmo no pagamento futuro desse mesmo trabalhador.

Num outro giro, a pejetização pode representar a precarização das leis do trabalho em prejuízo do próprio trabalhador e até mesmo de seu empregador, quando este deixa, por exemplo, de fornecer equipamentos de segurança por entender que sua aquisição passou a ser de responsabilidade do pejetizado. O qual em alguns casos até desconhece a necessidade de sua utilização e quiçá que a aquisição passaria a ser de sua obrigação.

O fato é que o Direito do Trabalho deve existir para garantir o “mínimo existencial” para o trabalhador, pois será ele que irá garantir a existência e manutenção de uma vida digna. Consequentemente, ele irá atender a máxima de proteção aos Direitos Humanos.

Desse modo, o canto da seria chamado de pejetização trás, na grande maioria das vezes, mais prejuízo ao trabalhador do que ao seu empregador, pois pode ser que em situações específicas a majoração que o primeiro terá em sua remuneração pode vir a compensar as suas perdas. Contudo, frisamos que se trata de casos pontuais e de difícil constatação porque a utilização desse instituto também resvala num grande problema relativo ao baixo nível de educação da mão-de-obra brasileira.

Referências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), de 05 de outubro de 1988. Disponível no site: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>, acesso em: 31.01.2018.

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)**, Lei nº 5452, de 1º de maio de 1943. Disponível no site: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm>, acesso em: 31.01.2018.

_____. **Reforma Trabalhista, Lei nº 13467**, de 13 de julho de 2017. Disponível no site: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm#art1>, acesso em: 31.08.2018.

_____. **Código Civil, Lei nº 10406**, de 10 de janeiro de 2002. Disponível no site:<http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/2002/L10406.htm>, acesso em: 01.02.2018.

_____. Receita Federal. **Instrução Normativa nº 1700**, de 14 de março de 2017. Disponível no site:<<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=81268>>, acesso em 01.02.2018.

BARROS, Alice Monteiro. **Curso de Direito do Trabalho**. 4ª edição. São Paulo: LTr, 2008.

CASTILLO, Santiago Pérez del. **Manual Práctico de Normas Laborales**. 11ª edição. Montevideo: Fundacion de Cultura Universitaria, 2006.

FELTRIN, Ricardo. Matéria: Demora na renovação de contratos causa apreensão em artistas da Record. **UOL**. Disponível no site: <<https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2017/09/04/demora-na-renovacao-de-contratos-causa-tensao-em-artistas-da-record.htm>>, acesso em 01.02.2018.

_____. Matéria: Globo estuda registrar atores em carteira e acabar com “contratos por obra”. **UOL**. Disponível no site: <https://tvefamosos.uol.com.br/noticias/ooops/2017/09/16/globo-estuda-registrar-atores-em-carteira-e-acabar-com-contratos-por-obra.htm>, acesso em 01.02.2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 29ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho Del Trabajo**. Madrid: Universidad, 1973.

STANDER, Célia Regina Camachi. Fraude por meio de cooperativa e de constituição de pessoa jurídica por trabalhadores. Revista de Escola da Magistratura do Tribunal Regional da 2ª Região – nº 1 (set.2006) - São Paulo, semestral.

TRT 1ª REGIÃO. **RO nº 00001392520105010041**. Sétima Turma. Rel. Min. Sayona Grillo Coutinho Leonardo da Silva. DJ 18.05.2015. Disponível no site:<<http://www.trt1.jus.br/web/guest/consulta-jurisprudencia>>, Acesso em 01.02.2018.

A LEI 13.467 DE 2017: MUDANÇA NO PARADIGMA INTERVENCIONISTA DO ESTADO NA RELAÇÃO DE TRABALHO?

Lucas Baffi Ferreira Pinto¹

Valter da Silva Pinto²

RESUMO

O presente trabalho, a partir de breves considerações sobre a historicidade do direito do trabalho e a globalização, pretende investigar as atuais mudanças promovidas pela Lei 13.467/2017, refletindo sobre uma possível mudança no caráter intervencionista do Estado na relação de trabalho, com destaque para o princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva. A pesquisa pretende investigar se a tradicional ideia de um Estado paternalista (característico do período de criação da CLT), baseada na ampla proteção do trabalhador, tem encontrado dificuldades de adaptar-se aos avanços promovidos pela globalização e pelos avançados tecnológicos modernos e se tal dificuldade afetou o mundo do trabalho.

PALAVRAS-CHAVE

Intervenção Estatal; Reforma Trabalhista; Negociação Coletiva; Globalização; Direito do Trabalho;

ABSTRACT

The present work, based on brief considerations on the historicity of labor law and globalization, intends to investigate the current changes promoted by Law 13467/2017, reflecting on a possible change in the interventionist character of the State in the labor relation, the principle of minimum intervention in the autonomy of the collective will. The research intends to investigate whether the traditional idea of a paternalistic state (characteristic of the period of creation of the CLT), based on the ample protection of the worker, has found difficulties to adapt itself to the advances promoted by the globalization and the modern technological advanceds and if such difficulty affected the world of work.

KEYWORDS

State intervention; Labor Reform; Collective Bargaining; Globalization; Labor Law;

¹ Doutorando em Direito pela Universidade Veiga de Almeida - UVA, Mestre em Direito Pela Universidade Católica de Petrópolis, professor na Faculdades Integradas Hélio Alonso – FACHA, Centro Universitário Serra dos Órgãos - Unifeso - Teresópolis/RJ e professor convidado da Universidade Católica de Petrópolis – UCP.

² Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC-MG, professor de direito na Universidade Católica de Petrópolis – UCP.

Introdução

Ao longo da história, percebe-se que a tutela do Estado na relação de trabalho sofreu algumas mudanças e o principal fator que interfere nessa relação é a política de governo. A pesquisa faz um recorte em relação aos questionamentos que envolvem a relação de trabalho no Brasil e a política interventiva do Estado. Para tanto, percorreremos nossa reflexão, de forma breve, por acontecimentos globais influenciaram na relação laboral, destacando a primeira revolução industrial no fim do século XVIII, por exemplo. A Lei 13.467 de 13 de julho de 2017, intitulada de "reforma trabalhista" torna o tema atual, em virtude das recentes alterações legislativas promovidas.

O trabalho propõe a reflexão sobre as perspectivas dessa reforma trabalhista e de que maneira tais alterações se apresentam como indicativo de uma mudança de rumo da intervenção estatal na relação entre empregado e empregador. No primeiro capítulo será apresentada, brevemente, uma evolução histórica do direito do trabalho, especialmente com intuito proporcional uma contextualização e preparar o leitor para as reflexões propostas a luz da Lei 13.467 de 2017 (reforma trabalhista).

O segundo item do trabalho será abordada a intervenção estatal e a necessidade de uma reforma trabalhista no Brasil, especialmente a partir da negociação coletiva, do novo princípio da intervenção mínima na vontade coletiva e da autonomia da iniciativa privada na atividade econômica.

Buscamos traçar alguns aspectos que possam legitimar a necessidade da reforma trabalhista em nosso ordenamento, especialmente a partir de estudo bibliográfico e legislativo que envolve a matéria pesquisada.

Durante o período do Estado Novo, a CLT foi promulgada por via imposta, sendo certo que atualmente é necessária uma revisão, tendo em vista a valorização do caráter negocial sobre o aspecto legal. Esta busca de mudança na legislação trabalhista não é recente.

Propõe-se a reflexão acerca do controle minucioso do Estado no que diz respeito às relações de trabalho. Pode citar como exemplo o caso dos sindicatos no Brasil. A nossa estrutura sindical não foi criada com o objetivo de privilegiar a negociação coletiva. Em sentido contrário, foi criada com intuito do Estado intervir nas relações de trabalho, uma vez que até mesmo os sindicatos foram criados e sofriram intervenção estatal, tanto na sua criação, com a expedição da "carta sindical", quanto na sua manutenção pela instituição do antigo "imposto sindical".

Consideremos, enfim, que a realidade social é a base sobre a qual o direito se assenta, havendo alteração deste patamar, também deve mudar ou adaptar o direito que sobre ele incide. Diante disso, far-se-á, num primeiro momento, uma síntese sobre a evolução histórica do direito do trabalho. Em seguida, ante o atual cenário brasileiro, serão feitas reflexões sobre a reforma trabalhista, recentemente aprovada, e os seus efeitos na crise econômica enfrentada.

1. Direito do trabalho e a breve evolução histórica

O surgimento do direito do trabalho, como um ramo autônomo, é apontado pela doutrina como fato ocorrido somente no século XIX, no período chamado de sociedade industrial. As condições sociais da época possibilitaram o aparecimento do direito do trabalho, especialmente o ambiente criado pelo processo de industrialização daquela época. O direito existe à época não foi suficiente para moldar os fatos surgidos a partir do aparecimento da máquina.

A industrialização provocou novas transformações sociais e econômicas, com traços iniciais essencialmente individualistas, demandando a criação de uma legislação trabalhista mais adequada, especialmente pelo fato de que a situação do trabalhador era precária e hipossuficiente, ficando impossibilitado de negociar e exigir melhores condições.

As primeiras organizações sindicais que surgiam de forma natural pelo agrupamento dos operários nas fábricas (ainda sem muita expressão), principalmente na França, foram expressamente proibidas, com aplicação de multa e prisão, por serem consideradas como uma ameaça à paz social³.

Somente a partir da segunda metade do século XIX a liberdade de associação começou a ser reconhecida, especialmente a partir da celebração do primeiro contrato coletivo de trabalho, no ano de 1862, na Inglaterra. Nesse sentido foi garantida a ampla liberdade do movimento operário inglês, pela autonomia dada às *trades uniões* (PRADO, 1971).

O Estado exercia um papel de mero observador da luta pela vida em sociedade, intervindo pouco nas relações sociais. A produção econômica estava pautada pela livre concorrência, onde dominavam as forças livres do indivíduo, marcada pela ideologia da escola fisiocrática e liberal.

A igualdade trazida pela legislação escassa da época era meramente formal. Não havia preocupação do Estado em relação ao real estado de vida dos indivíduos: como trabalhavam, quanto ganhavam, o que comiam, como moravam e por aí a fora. A conhecida expressão francesa - *laissez-passer, laissez-aller e laissez-faire*⁴ - era o lema da época:

A liberdade de contratar era um mito; a autonomia da vontade uma abstração. A igualdade perante a lei só existia (...) em aparência. Na realidade, era antidemocrática e falsa: só sancionava ao direito do indivíduo enquanto proprietário ou patrão (MORAES FILHO, 1956, p. 329)

³ *Lei Le Chapelier* de 1791

⁴ Conhecida expressa que significa, numa tradução livre, "deixai passar, deixar ir e deixai fazer"

Exigia-se que o Estado deixasse seu papel de mero observador/expectador e tentasse tornar mais humana as relações entre empregados e empregadores (relação entre capital e trabalho). A demora do Estado em reagir era a principal causa de insatisfações no âmbito da relação de trabalho. Nesse ambiente turbulento começam a surgir os acordos coletivos de forma espontânea espontaneamente, "fora da legislação do Estado, trazendo paz, pelo menos momentaneamente, para as classes trabalhadoras" (MORAIS FILHO, 1956, p. 347), assumindo relevante força, à margem da legislação vigente, que o Estado não teve como não reconhecê-las e, muitas vezes, até incorporá-las ao ordenamento jurídico.

Porém, as injustiças sociais decorrentes desta relação capital e trabalho, extrapolaram o campo econômico e atingiram até mesmo o campo ideológico e espiritual. A significativa manifestação da Igreja, relevante para a consolidação do direito do trabalho, deu-se com a edição da Encíclica *Rerum Novarum*, do papa Leão XIII, datada de 15 de maio de 1891. Era necessária a colaboração ente capital e trabalho, pregava Leão XIII. O Estado deveria intervir com leis sábias que defendessem os trabalhadores.

Neste ritmo acelerado de mudanças, esta questão da proteção do trabalhador já havia atingido a esfera internacional. Criou-se, assim, em 1919, pelo Tratado de Versalhes, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), criando os "princípios fundamentais do Direito do Trabalho", com destaque para o princípio diretivo de que o trabalho não é mercadoria ou artigo de comércio.

Neste período, o Direito do Trabalho começava a apresentar solidez. As décadas seguintes à Primeira Guerra Mundial apresentam um aprofundamento do processo de constitucionalização do Direito do Trabalho, iniciado na Constituição Mexicana (1917) e na Constituição de Weimar (1919), bem como conhece a hegemonia do Estado de Bem-Estar Social, com acentuada intervenção do Estado na esfera privada, especialmente para instituir medidas de proteção ao trabalhador.

Em relação ao Brasil, a industrialização adveio de forma tardia e, conseqüentemente, sua evolução histórica da questão social difere da que se deu na Europa. O maior destaque ocorreu com a Revolução de 1930. Nesta época houve uma grande profusão de leis trabalhistas, , dificultando a sua catalogação. Destaca-se a criação do Ministério do Trabalho, por força do decreto nº 19.448, de 23/11/1930 e a regulamentação específica da Convenção Coletiva pelo decreto nº 21.761, de 23 de agosto de 1932⁵.

⁵ Na lição de Roberto Barretto Prado (1985, p. 33), o referido decreto nº 21.761 de 1932 foi de extrema relevância, porque anteriormente, a aplicação da convenção coletiva, regrada pelo Decreto nº 19.770, de 1931, se entendia apenas aos associados do sindicato.

Urgia uma ampliação, com o desenvolvimento do Direito do Trabalho, para os empregados estranhos à associação sindical. Naquela ocasião, a presença do sindicato na convenção coletiva não era obrigatória e ainda poderia ser celebrada por prazo indeterminado ou determinado, ou para serviço especificado.

Quanto ao constitucionalismo social aqui no Brasil, apontamos inicialmente as de 1934, 1937 e de 1946 - com destaque para a Constituição de 1946 -, a qual reitera diversos princípios já regulados nas Constituições anteriores de 1937 e 1934, além das inovações apresentadas:

Em relação à profusão de leis do trabalho no Brasil, na época de Getúlio Vargas, tornou-se necessária uma tarefa de unificação e sistematização, não só por questão de organicidade, mas também para facilitar a consulta aos textos destas leis. Assim, foi elaborada a Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452 de 01/05/1943. Seu objetivo consistiu em regular as relações individuais e coletivas do trabalho, com exclusão da matéria referente à Previdência Social. Ainda está em vigor, com sua estrutura orgânica, mas a Lei nº 13.467 de 2017, citada na introdução, provocou uma significativa reforma, que será objeto de estudo do item seguinte.

2. A mitigação do intervencionismo estatal e a reforma trabalhista

Com as novas regras que acentuam o caráter contratual da relação de emprego, com destaque para a valorização da negociação coletiva, urge refletir sobre a mudança na atuação intervencionista do Estado a partir da reforma trabalhista (Lei 13.467 de 2017)

Merecem também trazer ao debate, questões que versam sobre o novo rumo da negociação coletiva no Brasil, como por exemplo, a prevalência do negociado sobre o legislado, o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical e a limitação do Poder Judiciário no exame de convenção e acordo coletivo de trabalho, cujo exame se restringe, exclusivamente, aos elementos essenciais do negócio jurídico, conforme art. 104 do Código Civil (Lei nº 10.406 de 2002)⁶.

Isto conduz a outros questionamentos: estas modificações provocam uma mudança de paradigma da ordem jurídica trabalhista? O ordenamento jurídico brasileiro autoriza a negociação entre os signatários da relação trabalhista, cujo diálogo é controlado e subordinado a uma legislação que tenta prever as necessidades e demandas da sociedade.

⁶ Foi inserido um dispositivo (§3º do art. 8º da CLT), que limita a atuação do Poder Judiciário ao apreciar ações que envolvam negociação coletiva, permitindo análise somente dos requisitos formais de um negócio jurídico de forma geral. Esta regra acentua o interesse do legislador em privilegiar a negociação coletiva e o seu conteúdo.

Ao tratar do modelo da “normatização privatística subordinada”, afirma Maurício Godinho Delgado

Ressalta-se que o modelo intervencionista estatal caracteriza o padrão de normatização privatística mas subordinada não substitutivo ou impeditivo da criatividade e dinamismo privados, mas condicionador dessa criatividade. Nesse quadro, o intervencionismo, embora inquestionável, admite claramente a franca e real participação da sociedade civil na elaboração do Direito do Trabalho. Em função dessa combinação de esferas de atuação, o modelo tende a gerar uma legislação que reflete, com grande aproximação, as necessidades efetivas dessa sociedade (DELGADO, 2016, p.106).

Deve-se observar também os governos fascistas, no período pós primeira Guerra Mundial, especialmente na Itália e Alemanha, adotaram um modelo da normatização privatística subordinada, que influenciou consideravelmente o modelo brasileiro na época da criação da CLT. Cabe indagar: este modelo, que influenciou a CLT e demais normas impostas durante o regime militar da época, está superado e precisa de uma reformulação?

O contexto era outro. Hoje vivemos num mundo globalizado e marcado pelo avanço tecnológico. Estes são alguns dos fatores que influenciam as mudanças promovidas na sociedade atual, cujos efeitos que têm provocado consideráveis transformações no âmbito das relações de trabalho.

É oportuna a observação de Romita (2000, p. 85) no sentido de que a globalização “trata-se (...) de um conjunto de fatores que determinaram a mudança dos padrões de produção, criando uma nova divisão internacional do trabalho. Poderia ser denominada, mais propriamente, de internacionalização da produção e do trabalho”.

Este processo de globalização tem como característica a mundialização da economia e do capital e utiliza a via da telecomunicação, da informática, da robótica, e outros meios tecnológicos. Além disso, possui muitas metas, tais como: visar à hegemonia econômica, buscar apropriar-se de mercados, alterar a regra do jogo econômico, com consequentes reflexos na vida social de todos e no mundo do trabalho especificamente.

A mudança radical nos meios de produção, provocada pela globalização neoliberal, tem conduzido à desagregação da classe operária, provocando um fenômeno de exclusão social, em que predomina: o desemprego crescente, que é estrutural, planejado pelo sistema capitalista neoliberal; A perda dos direitos trabalhistas tem origem nesta precarização formal. O crescimento do trabalho informal, que é uma economia de sobrevivência, tem levado até mesmo, a instituição da miséria moderna, massiva e globalizada (SELLA, 2002, p.64-67).

Será que este é o momento adequado para instituir a primazia da negociação coletiva veiculada pela reforma trabalhista? Ainda mais, a criação do trabalho intermitente será uma das soluções para combater a crise do desemprego ou será uma nova forma de precarização formal de direitos trabalhistas?

Voltemos à indagação inicial deste capítulo. Os problemas debatidos atualmente no âmbito das relações de trabalho estão ligados ao papel intervencionista e protecionista do Estado nessa relação? De outro modo, tenta-se entender, sem imprimir juízo próprio favorável ou contra, se há necessidade da ampla tutela, intervenção e regulação estatal frente às relações entre empregado e empregador.

Destaque-se que a atual Constituição Federal de 1988 adotou o estado democrático de direito, mas este regime se mostra incompatível com o intervencionismo paternalista autoritário das normas que regulam as relações de trabalho, especialmente as constantes na CLT e outras normas esparsas referentes às relações de trabalho. O modelo de intervenção não abre espaço para manifestação democrática na regulação das relações de trabalho. Não haverá adesão espontânea dos destinatários, pois sua aceitação é resultado inevitável de uma imposição. Quanto mais o Estado se excede nas intervenções, mais frequentes são as manifestações de rejeição da norma. Isto ocorrendo de forma sistemática, provoca também, de forma reiterada, um claro e indesejável desprestígio da lei.

No Brasil, a principal característica do direito individual do trabalho é a regulação heterônoma da relação entre empregado e empregador. Legislação imposta por um agente externo, que no caso é o Estado. Há pouco espaço para a negociação e o diálogo entre as partes envolvidas. O nosso ordenamento jurídico, neste ramo do direito, (re)nega o caráter contratual das relações de trabalho, buscando afastar o caráter civilista da relação entre empregado e empregador. Isto se extrai da leitura do item 28 da exposição de motivos da comissão que organizou a CLT em 1943, deixando devidamente registrado o afastamento dessa concepção no que diz respeito à regulamentação do direito do trabalho no Brasil, que procura esclarecer que a precedência das “normas” de tutela sobre os “contratos” acentuou que a ordem institucional ou estatutária prevalece sobre a concepção contratualista” (exposição de motivos da CLT).

Durante décadas, o sistema brasileiro foi marcado por seu caráter intervencionista do Estado, de modo que os mecanismos de negociação coletiva e a solução de tais conflitos desaguavam no Poder Judiciário. Caso as partes envolvidas não cheguem a um acordo, o Poder Judiciário as substitui e põe fim ao conflito, por meio de uma sentença normativa, resultado de um dissídio coletivo.

Necessária, pois, a reflexão sobre o impacto do relacionamento entre as partes da relação coletiva. Ao afastar a concepção civilista (contratualista), a legislação brasileira dificultou o diálogo entre empregado e empregador, uma vez que as normas e condições de trabalho, em regra, não constituem objeto de negociação (seja individual ou coletiva).

Ainda que se possa afirmar que por meio de negociação coletiva há maior liberdade de negociação, o Poder Judiciário, até a entrada em vigor da Lei nº 13.467 de 2017 (reforma trabalhista) tinha ampla liberdade para atuar no controle das questões que foram objeto de negociação coletiva.

A mudança aprovada restringe a atuação do Poder Judiciário no exame das normas coletivas, limitando-a, tão somente, à sua validade e seus requisitos contratuais, o que privilegiou tal modalidade de negociação⁷.

Cabe uma consideração acerca dos fatores que possam fundamentar a reforma trabalhista promovida, sem adentrar no fato de ser um avanço ou retrocesso. De fato, ao longo do tempo, o nosso modelo de negociação coletiva vem se mostrando insuficiente para promover um diálogo entre empregados e empregadores. Como parte dessa dificuldade podemos destacar a forma como o ordenamento jurídico regula a matéria, o que acaba afastando os envolvidos. Já foi destacado que o modelo atual foi criado em uma época em que o Estado intervencionista e paternalista regulamentou o ordenamento jurídico trabalhista para ter sobre ele total controle, de modo que, ainda que houvesse possibilidade de negociação entre os envolvidos, isso era amplamente controlado pelo Estado.

Apesar das inúmeras críticas ao texto aprovado, a lei 13.467 de 2017, previu, na redação do novo art. 611-A, os casos que privilegia e cria mecanismos de valorização da negociação coletiva, buscando traçar um novo rumo abandonado pelo direito do trabalho há décadas. É cedo para concluirmos se isso será um avanço ou um retrocesso ou, ainda, se isso vai ser efetivamente estimulado pelas entidades sindicais. Precisamos, também, aguardar o posicionamento dos tribunais, especialmente do Tribunal Superior do Trabalho, no que diz respeito à presente matéria.

Diante disso, pode-se constatar que a reforma trabalhista atende a um movimento necessário, muito debatido nas últimas décadas: a substituição da ampla e autoritária regulação das relações de trabalho pelo Estado, atual modelo adotado pelo Brasil, pelo método democrático que privilegia a autonomia coletiva dos grupos organizados. O presente trabalho

⁷ Se tal entendimento vai ser mantido e aplicado pela jurisprudência, o tempo nos dirá. Isso porque há uma certa resistência dos magistrados trabalhistas a respeito de algumas normas alteradas pela Reforma, algumas já estão aguardando a manifestação do STF no exercício do controle de constitucionalidade.

não defende a ampla autonomia privada (individual ou coletiva) no que diz respeito à negociação entre empregado e empregador, devendo existir, ainda que mínima, uma limitação legal, por conta dos interesses opostos envolvidos nas relações de trabalho.

Neste ponto, a reforma trabalhista, acompanhando essa necessidade, previu a criação do princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, dentre outras importantes modificações nesse sentido, que merecem um debate específico em outra oportunidade.

Conclusão

A valorização da negociação coletiva trazida pela reforma trabalhista sinaliza para uma possível mudança de paradigma, com a retomada do diálogo entre os interlocutores. Retrato dessa mudança está exposto no art. 611-A que elenca matérias que podem ser objeto de negociação coletiva e que as cláusulas normativas se sobreporão à lei, limitando o papel intervencionista do Estado nessas situações elencadas.

Assim, a limitação do Poder Judiciário no exame das normas coletivas somente a partir dos elementos essenciais do negócio jurídico (previstos no art. 104 do Código Civil) é outro exemplo dessa mudança na tutela intervencionista do Estado.

Conclui-se que as referidas mudanças, dentre outras trazidas pela reforma trabalhista (Lei 13.467/2017) se mostram em consonância com o movimento de democratização do direito e, especialmente no presente caso, com o direito do trabalho, possibilitando uma ampliação da atuação das partes diretamente interessadas, o que gerará um incentivo, um estímulo aos agentes que integram a negociação.

Sabe-se que a reforma trabalhista, aprovada pela Lei 13.467/2017 divide opiniões da sociedade de uma forma geral. Relacionado à reflexão proposta no presente trabalho e às conclusões apresentadas, destaca-se a questão do fim da contribuição sindical obrigatória, prevendo o texto que só será devida caso o empregado se manifeste nesse sentido⁸.

Os que defendem essa nova medida argumentam que o fim da obrigatoriedade da contribuição sindical gerará maior preocupação aos sindicatos em melhorar a sua atuação na defesa da categoria que representa, fazendo com que as entidades sindicais tenham que conquistar o representado para que se motive a associar de forma voluntária. Ademais,

⁸ Ressaltamos a grande possibilidade do texto aprovado sofrer modificações, especialmente pela pressão política que envolve o movimento sindical no Brasil.

defendem que o suposto ataque do governo foi direcionado aos sindicatos de fachada, que somente recebem a verba, sem uma atuação efetiva na defesa da categoria. Por outro lado, os que reprovam tal medida alegam que a supressão dela foi um ataque aos sindicatos e aos trabalhadores, enfraquecendo a atuação das entidades representativas.

Devemos analisar as modificações trazidas pela nova Lei com certa prudência. Ao mesmo tempo que a mudança extinguiu a contribuição sindical obrigatória, ampliou e reforçou a negociação coletiva, prevendo, inclusive, a prevalência do que foi negociado em detrimento do previsto em lei no tocante a algumas matérias (art. 611-A da Lei 13.467/2017). Em outros termos, se por um lado a reforma trabalhista enfraqueceu o sindicato com o corte de parte de sua renda, reforçou a sua atuação no âmbito da sua principal atividade: a negociação coletiva (acordo e convenção coletiva).

As categorias que possuem efetiva representatividade dificilmente serão afetadas por esta supressão. Por um lado, haverá redução de parte de sua receita, por outro, significativa valorização dos instrumentos decorrentes de negociação coletiva. Assim, haverá preocupação para os sindicatos de fachada, que apenas administram a verba recebida e não atuam na defesa da categoria. Estes, sim, deverão se mobilizar para conquistar e convencer o trabalhador para se associar à entidade sindical.

Afirma-se, ainda, que houve uma valorização da concepção contratualista da relação entre empregado e empregador, o que podemos intitular de concepção contratualista coletiva empenhada pela reforma trabalhista (lei 13.467 de 2017).

Por mim, podemos afirmar que o Estado reduziu seu papel interventivo e paternalista na tutela da relação de trabalho. O ambiente atual, especialmente a partir da democratização do direito, com a promulgação da Constituição de 1988, é diferente do cenário político e econômico experimentado na década de 40, quando foi criada a CLT e também as principais leis trabalhistas. Questiona-se, a partir do presente estudo, se houve uma mudança de paradigma no modelo intervencionista no Brasil.

Referências

- BOSCO, Carlos Alberto. *Trabalho informal: realidade ou relação de emprego fraudulenta?* Curitiba: Juruá, 2003.
- CATHARINO, José Martins. *Compêndio de Direito do Trabalho*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1981. 2 vol.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15ª ed. São Paulo: LTr, 2016.

- HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves, 10.ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- KUMAR, Krishan. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*. Trad. Ruy Jungmann. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1997.
- MARTINS, Sérgio Pinto. *Flexibilização das condições de trabalho*. São Paulo: Atlas, 2000.
- MORAES FILHO, Evaristo. *Introdução do Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Forense, 1956, vol.I _____, Evaristo. *Temas atuais de direito do trabalho e previdência*. São Paulo: LTr 1976.
- PEDREIRA, Pinho. O teletrabalho. *Revista LTr Legislação do Trabalho*. São Paulo: LTr, ano 64, n.05, p. 583-587, maio de 2003.
- PRADO, Roberto Barretto. *Tratado de Direito do Trabalho*. 2 ed. atual, rev e aum., São Paulo: RT, 1971, vol I _____ . Evolução histórica do direito do trabalho no Brasil. In *Curso de Direito do Trabalho*, em homenagem a Mozart Victor Russomano, coord. Octavio Bueno Magano. São Paulo: Saraiva, 1985.
- PROSCURSIN, Pedro. *O trabalho na reestruturação produtiva: análise jurídica dos impactos no posto de trabalho*. São Paulo: LTr, 2001.
- ROMITA, Arion Sayão. O impacto da globalização no contrato de trabalho. In *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, vol. 66, n. 4, Porto Alegre: Síntese, out-dez 2000, p. 84-91.
- _____. Perspectivas da Reforma Trabalhista. In *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano 34, jan-mar 2008, n. 129, p. 26-52
- SELLA, Adriano. *Globalização neoliberal e exclusão social: alternativas...? são possíveis!*. São Paulo: Paulus, 2002. Coleção Temas da atualidade.
- SILVA, Diana de Lima e; PASSOS, Edésio (org.). *Impactos da globalização: relações de trabalho e sindicalismo na América Latina e Europa*. São Paulo: LTr, 2001.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Direito Internacional do Trabalho*. 3ª Ed. São Paulo, 2000.
- TEIXEIRA, Francisco J. S.; OLIVIERA, Manfredo Araújo de (Org.) *Neoliberalismo e reestruturação produtiva: as novas determinações do mundo do trabalho*. São Paulo: Cortez; Fortaleza: UECE, 1998.

O DIREITO URBANÍSTICO E AS TRANSFORMAÇÕES DAS CIDADES

Eduardo Garcia Ribeiro Lopes Domingues¹

RESUMO

O presente estudo objetiva identificar as limitações e possibilidades do direito urbanístico. A partir do estudo do surgimento e transformações das cidades, é lançado um breve olhar sobre a Cidade na Pré-histórica, na Antiguidade e na Modernidade, buscando encontrar elementos que identifiquem o âmago deste fenômeno e, assim, condicionem a atuação do direito urbanístico. Também são feitos apontamentos sobre o urbanismo, o direito urbanístico e a natureza econômica da política urbana, para enfim entender as limitações e possibilidades do direito urbanístico. Emprega-se metodologia de revisão de bibliografia e legislação.

PALAVRAS-CHAVE

Política Urbana; Modernidade; Constituição Federal; Estatuto da Cidade.

ABSTRACT

The present study aims to identify the limitations and possibilities of urban planning law. Starting from the study of the emergence and transformation of cities, a brief survey of the City in Prehistoric, Antiquity and Modernity is launched, seeking to find elements that identify the core of this phenomenon and, thus, condition the performance of urban law. There are also notes on urbanism, urban law and the economic nature of urban politics, in order to understand the limitations and possibilities of urban law. Methodology is used to review bibliography and legislation.

KEYWORDS

Urban Policy; Modernity; Federal Constitution; Statute of the City.

¹ Mestre e Doutor em Direito da Cidade (UERJ). Professor da Graduação em Direito e do Mestrado em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Professor da Graduação em Direito das Faculdades Integradas Helio Alonso – FACHA. Correio eletrônico: edomingues@unirio.br.

1. DIREITO URBANÍSTICO E CIDADES

Saneamento ambiental inexistente ou precário, violência real e simbólica, trânsito, especulação imobiliária. Inúmeros são os problemas que enfrentam os moradores das cidades brasileiras. Seriam esses problemas decorrentes da falta de planejamento urbano, de leis insuficientes? Não faltam leis nem planejamento do Brasil, por que então eles não resultam numa melhor qualidade de vida na cidade para as pessoas? Seria falta de interesse do gestor público? Falta de conhecimento? Má-fé?

Este estudo parte da premissa de que o conhecimento acerca do fenômeno urbano não foi devidamente apropriado pelo gestor público, impedindo a correta intervenção nas cidades a fim de propiciar a melhora das condições de vida das pessoas.

Não se trata apenas do gestor público, mas também da Ciência do Direito, que leva os operadores do Direito a tratarem as cidades e suas questões como se fossem um problema em si, quando são reflexo de outros problemas, as relações sociais. A Ciência do Direito deve identificar quais são os problemas que o Direito, no caso o direito urbanístico, consegue enfrentar e quais são aqueles que não consegue.

Ora, o direito urbanístico é o ramo do direito que trata das atividades humanas de planejamento, uso e ocupação das cidades e também da intervenção do Poder Público nas atividades privadas de uso e ocupação. Logo, é imprescindível compreender o objeto do direito urbanístico, as dinâmicas de ordenação das cidades e, antes de tudo, as relações sociais que, desde os primórdios da humanidade, fazem surgir a cidade. Somente assim, buscando entender a cidade e as relações que lhe dá origem e significado, será possível compreender as possibilidades e os limites do direito urbanístico.

Para tanto, este estudo pretende analisar as principais características das cidades, buscando, num breve olhar histórico, o âmago deste fenômeno de ocupação e significação do espaço pelas pessoas.

Será empregado o termo “cidade” no singular para designar um fenômeno específico no tempo, Cidade Pré-histórica, Cidade Antiga, Cidade Moderna. Emprega-se a expressão “cidades” no plural para tratar deste fenômeno humano que tem suas características ligadas ao espaço e tempo em que ocorre, isto é, plural e diversificado. Não obstante, será inventariado qual o traço comum destas “cidades” que permita uma generalização de conceitos e atribuição

de valores possíveis de serem empregados pelo direito urbanístico. Após o estudo do surgimento das “cidades” será dado enfoque à “grande transformação”² provocada na cidade pela Modernidade.

Uma vez analisado o “âmago” das cidades, será estudado de que forma esses elementos constitutivos influenciam o direito urbanístico e de que forma podem indicar suas potencialidades e limitações.

O estudo é de revisão bibliográfica e análise legislativa.

2. AS CIDADES NA PRÉ-HISTÓRIA, NA ANTIGUIDADE E NA IDADE MÉDIA

Vários estudos sobre as cidades iniciam na pré-história, indo da era paleolítica ao surgimento das cidades no Oriente Médio, Extremo Oriente e Egito, para então passar ao estudo das antigas cidades na Grécia e Roma.

Na análise dos estudos sobre a história da cidade verifica-se que a reunião dos homens em aldeias e, posteriormente em cidades, é devida a uma melhor condição de vida que o grupo propicia a seus membros, do que aquela desfrutada solitariamente. Aristóteles já associava cidade à comunidade de pessoas:

Vemos que toda cidade é uma espécie de comunidade, e toda comunidade se forma com vistas a algum bem, pois todas as ações de todos os homens são praticadas com vistas ao que lhes parece um bem; se todas as comunidades visam a algum bem, é evidente que a mais importante de todas elas e que inclui todas as outras tem mais que todas este objetivo e visa ao mais importante de todos os bens; ela se chama cidade e é a comunidade política (Pol., 1252a).³

Mesmo quando eram nômades, no Paleolítico, os seres-humanos frequentavam alguns lugares com certa habitualidade, como cavernas, locais de sepultamento e de acasalamento. Em algum tempo esses espaços ganharam uma importância maior do que a simples função de satisfazer os instintos animais dos humanos.⁴

² A expressão é empregada no sentido que lhe dá Karl Polany, referindo-se à criação da Modernidade pela intervenção do Estado. **A grande transformação – as origens da nossa época**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

³ Aristóteles, *apud* WOLFF, Francis. **Aristóteles e a política**. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

⁴ MUMFORD, Lewis. **A cidade na história suas origens, transformações e perspectivas**. São Paulo: Martins Fontes, 1991. p. 13-4.

Esses locais onde se passaria por fartura ou fome, começaram a ter uma influência no imaginário das pessoas, que passaram a ocupá-los não apenas por sua utilidade mas também por sua sacralidade, pois ali estavam enterrados seus antepassados, ali foram comemoradas vitórias e concebidas as futuras gerações.

Durante todo o Mesolítico, após o último período glacial, as mulheres observaram e aprenderam a arte de reproduzir plantas. A abundância de alimentos modificou os costumes sexuais, proporcionando o aumento da população através do crescimento da natalidade e da diminuição da mortalidade. Foram as revoluções agrícola e sexual, protagonizadas pelas mulheres que, há dez ou doze mil anos, inauguraram a Era Neolítica, quando o homem passa a viver em aldeias.

A aldeia, no meio de seus canteiros e campos, formava uma nova espécie de colônia; uma associação permanente de famílias e vizinhos, de aves e animais, de casas, silos e celeiros, tudo isso bem preso ao solo ancestral no qual cada geração formava o humo para a próxima. As atividades do dia tinham por centro a alimentação e o sexo: o sustento e a reprodução da vida.⁵

As aldeias transformam-se em cidades, não apenas pelo seu crescimento, mas porque parte do grupo pôde prescindir de trabalhar a terra, passando a se dedicar a novas tarefas que não a produção de alimentos. Este comportamento gera uma classe dominante e uma dominada. Quem não trabalha a terra se ocupa de indústrias e serviços, fabricando melhores utensílios domésticos, armas para defesa e até mesmo ferramentas que possibilitavam um melhor cultivo agrícola.

A cidade se forma quando as indústrias e os serviços já não são executados pelas pessoas que cultivam a terra, mas por outras que não têm esta obrigação, e que são mantidas pelas primeiras com o excedente do produto total.⁶

Já na Idade Clássica, a organização do espaço da cidade tinha por objetivo fortalecer o comércio, a distribuição da produção e a instalação de edifícios para a administração da cidade. Não havia preocupação com o conforto dos habitantes.

O termo urbe tinha, na antiguidade, conotação diversa do termo cidade, que significava o agrupamento de famílias envolvidas religiosa e politicamente. Enquanto urbe trazia a noção

⁵ Op. Cit. p. 20.

⁶ BENEVOLO, Leonardo. **História da cidade**. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva. p. 23.

de santuário e local de reunião da sociedade, lar e domicílio, a urbe era fundada em uma cidade já existente, ou em um local propício à construção da cidade. Era, antes de tudo, a vontade dos cidadãos dirigida para o fim de constituir uma união, uma adoração aos mesmos deuses, um respeito ao mesmo líder.⁷

Na Idade Média a cidade antiga desaparece quase por completo, dando lugar aos feudos, onde não existiam mecanismos para distribuir o excedente da produção. O senhor feudal, dono da terra, recebia os impostos e controlava todos os aspectos da vida no feudo.

A Idade Média esteve, em sua maior parte, envolvida por guerras que visavam aquisição de territórios e a consolidação do poder nas mãos de um único monarca. Com as guerras e também com as pestes, que devastaram populações e plantações, houve escassez de recursos financeiros para a manutenção da vida palaciana, bem como para a exploração do novo mundo e a conquista de rotas comerciais.

A estrutura social medieval se dividia basicamente em nobreza, clero e servos. Era um pacto entre desiguais. O senhor feudal fazia suas regras e comandava despoticamente a vida dos habitantes. Os artesãos, homens livres, passaram a se organizar em corporações e a exercer pressão, exigindo reconhecimento de direitos por parte do senhor feudal.

Com a ascensão da burguesia e a construção dos burgos dentro dos limites do feudo, o senhor feudal, a igreja e a nobreza se viram obrigados a concessões que diminuiriam seus poderes.

Como destaca Jacques Le Goff⁸, a construção de muralhas, pontes, paços municipais ficava a cargo e às expensas dos habitantes das cidades. Condes, cônsules e reis, concediam direitos aos habitantes em troca do custeio de determinadas obras, até mesmo a construção de catedrais, o que levava os habitantes a se mobilizarem por décadas no empenho de construir as cidades.

Os instrumentos que concediam essas prerrogativas aos cidadãos eram, sobretudo, o foral e as cartas de franquia, garantindo-lhes o direito de se reunirem e decidirem sobre a administração da cidade. Aos poucos, foi sendo conquistada a liberdade pessoal de ir e vir no interior da cidade, liberdade para comerciar, privilégios para não pagamento de impostos sobre

⁷ COULANGES, Fustel de. **A Cidade antiga**. São Paulo: Martins Fontes, 1995, p. 138.

⁸ **O Apogeu da cidade medieval**. São Paulo: Martins Fontes. 1992.

determinados produtos, direito à jurisdição⁹. Para gerir esta cidade urbana escolhia-se um conselho da cidade, criando algumas condições para caracterização de cidade: espaço de solo destinado à organização, gerenciamento e execução de serviços que não estivessem relacionados à produção.

Da mesma forma que na antiguidade, no período medieval não havia quase planejamento do espaço e a preocupação era edificar muralhas para proteção das cidades, pontes, catedrais. A coordenação desses trabalhos ficava a cargo dos conselhos das cidades que sofriam influências, a partir da relação que mantinham com a nobreza. O que foi muito determinante para a melhor ou pior construção do espaço urbano.

Nasce, de um pacto entre iguais, uma burguesia comerciante. A burguesia se fortaleceu pouco a pouco, à medida que o senhor feudal ia perdendo força e fazendo concessões. Por fim, o poder de cada feudo já não era forte o suficiente. Era necessário um poder despótico central, o poder do rei, a unificação dos feudos.

3. AS CIDADES MODERNAS – INDUSTRIAIS

Três elementos podem ser apontados como identificadores da Modernidade, o Estado Nacional, o Capitalismo e o Positivismo Jurídico.¹⁰

A longa passagem da Idade Média para a Modernidade pode ser representada pela demorada ascensão da burguesia, da evolução dos mercados ao surgimento da indústria. Até então, “a cidade era uma organização de burgueses. Só eles tinham direito à cidadania e o sistema repousava na distinção entre burguês e não burguês”.¹¹ Karl Polanyi, em *A Grande Transformação*, menciona como a evolução da cidade tem estreita ligação com aquele momento econômico-político:

O resultado mais significativo dos mercados – o nascimento de cidades e a civilização urbana – foi, de fato, o produto de um desenvolvimento paradoxal. As cidades, as crias dos mercados, não eram apenas as suas protetoras, mas também um meio de impedi-los de se expandirem pelo campo.¹²

A revolução francesa, vitória da burguesia, concedeu aos governantes um poder que nenhum rei ou déspota jamais teve: o exército nacional permanente, instrumento indispensável para a consolidação do Estado soberano. Este novo Estado desempenhou função importante

⁹ Idem.

¹⁰ DOMINGUES. Eduardo Garcia Ribeiro Lopes. **Municipalismo e Política Urbana: a influência da União na política urbana municipal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

¹¹ POLANYI. **A grande transformação** – as origens da nossa época. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 85.

¹² Op. Cit. p. 82

no processo de urbanização, oferecendo garantias para o desenvolvimento das atividades privadas.

O Código Civil Francês, ou Napoleônico, foi cunhado de forma a assegurar que o Estado não interferisse nas transações comerciais, nem na circulação de riquezas. A propriedade, assim como os direitos patrimoniais e as relações jurídicas de direito privado, eram regulamentadas pelo Código Civil, fruto dos ideais iluministas e liberais, de intervenção mínima do Estado nas relações privadas. Ao Estado, competia proteger os interesses privados, não podendo neles intervir. Desta forma, os particulares pagavam seus impostos, para que o Estado resguardasse o direito de propriedade e a liberdade.

O direito, anteriormente à formação do estado burguês, tocava apenas à aristocracia, regulando principalmente as relações de parentesco, casamento, sucessão e família. Desta forma, somente participavam da sociedade aqueles atores, enquanto o resto da população, os servos e a nascente burguesia, estavam subordinados à vontade do senhor do feudo em que se encontravam.

As relações entre desiguais na idade média eram determinadas, predominantemente pela força, sendo justificadas, muitas vezes, pelo direito divino. Era assim que os reis e a igreja impunham sua dominação. As relações entre iguais também se davam através da força, mas tinham justificção numa prática social, num direito que surgia como promotor da justiça igualitária e da vingança privada, fundamentada em conceitos éticos, morais ou religiosos.

Ao longo do tempo, o poder do Estado foi dando espaço ao não intervencionismo e às garantias individuais. Estas, todavia, situavam-se na esfera do liberalismo e individualismo, também calcadas na autonomia da vontade que pressupunha, em tese, a igualdade de condições entre as partes, o que de fato não ocorria. Mas também não era papel do Estado (inclusive do Estado-juiz) ingressar nesta questão.

As doutrinas contratualistas, burguesas por excelência, mesclaram as duas esferas de relações, ou seja: relações desiguais entre os particulares e o Estado e as relações iguais entre os particulares, antes resolvidas pelo direito do povo. A justificativa para o poder do Estado é a mesma para o poder entre particulares - a necessidade do convívio social. Com isso, as pessoas deveriam delegar ao Estado todo o poder de fazer justiça, o que conferia mais segurança às relações e possibilitaria um melhor desenvolvimento econômico.

Preparado o terreno para o pleno desenvolvimento da atividade privada, a revolução industrial pôde mostrar toda sua força. As cidades cresceram sem qualquer planejamento. Grandes indústrias começam a surgir e a atrair a população do campo para os primeiros centros urbanos. Na Inglaterra, a política dos encilhamentos expulsou os camponeses, tirando-lhes a terra e obrigando-os a fugir para as cidades.

Com o fim das corporações de ofício na Idade Média, os trabalhadores viram-se desprotegidos. O grande crescimento populacional havido no século XIX ocasionou o inchaço das cidades. O automatismo e a linha de montagem geraram enormes excedentes na produção, permitindo que as cidades crescessem, desordenadamente. Fábricas eram instaladas sem qualquer planejamento e os cortiços eram construídos, preferencialmente, perto das fábricas. Assim, a qualidade de vida desfrutada nas vilas, aldeias e no campo, não existia nas cidades. Iniciou-se a chamada era moderna.

É possível perceber, através deste breve exame histórico, que até o século XVIII, as cidades, em geral, eram abrigos para o homem, e que a partir da modernidade e de sua tendência à urbanização, o homem viria a se sentir oprimido pelos centros urbanos. Uma ironia pois os espaços urbanos evoluíram a partir das cidades, que tinham a função de proteger e não angustiar o ser humano.

Até o início da urbanização, a cidade era mero palco para o enredo da atividade social. Com a revolução urbana, a cidade transforma-se em um ator, um organismo cujas transformações, cada vez mais, interferem na vida e na estrutura social dos habitantes. A cidade, como sujeito que é, passa a tratar as pessoas como engrenagem da máquina urbana, subdividindo-o em seções. O modelo de desenvolvimento eram as metrópoles, cidades que tendem a crescer ao infinito, gerando conurbações. A partir daí, se acentua a diferença entre espaço urbano e espaço rural.

A Revolução Industrial fez com que as cidades passassem de um planejamento precário para nenhum planejamento. Antes da revolução industrial, qualquer atividade produtiva era manufatureira e artesanal e não provocava grandes modificações no espaço da cidade. Já o modo de produção industrial implicou em mudanças drásticas na paisagem, criando espaços industriais que, num primeiro momento, sequer poderiam ser caracterizados como cidades, pois eram espaços apenas de produção. A distribuição do excedente e a

administração da cidade não se davam no espaço de influência das indústrias, repita-se, no primeiro momento.

Os espaços industriais se formaram com a instalação de fábricas, que procuravam locais de fácil captação de matéria-prima e energia e que permitissem o bom escoamento da produção. Estavam localizadas, na maioria das vezes, longe das cidades. Com isso muitas pessoas abandonaram as cidades para “morar”, ou melhor dizendo, se amontoar próximo a essas fábricas. Desta forma, os espaços destinados à moradia dos trabalhadores, não constituíam espaço de cidade porque, como se viu, para caracterizar cidade deve haver gerenciamento e não apenas ausência de produção no solo.

Em pouco tempo, no entanto, muitos espaços industriais cresceriam e se transformariam em cidades. A expulsão do camponês da terra em função da mecanização e do aumento da oferta de alimentos, fez inchar o espaço industrial que não absorveu toda a mão de obra.

O acúmulo de capital fez surgir uma nova classe social, sem as tradições da burguesia, sem a estirpe da nobreza, mas com dinheiro e com necessidades de aquisição e consumo de bens e serviços que propiciassem boa qualidade de vida. A nova classe, então, se transferiu para os bairros planejados de acordo com o novo estilo de vida.

4. URBANISMO E DIREITO URBANÍSTICO

No final do século XIX, precedendo o urbanismo, surgiu o movimento denominado de pré-urbanismo, que apresentava duas correntes principais. A primeira, científica e descritiva, vê a cidade como um fato isolado e caótico, que deveria ser ordenado. A segunda corrente, preconizada em especial por Marx e Engels, vê a cidade como um espaço de pessoas, onde os conflitos pessoais, ou de classe, deveriam ser solucionados, para que o espaço urbano pudesse ser organizado.

O urbanismo do início do século XX teve como principal defensor Le Corbusier, tendo conseguido se livrar dos entraves políticos e sociológicos dos pensadores do século XIX. O domínio passou a ser do técnico, que impunha sua práxis. A principal fonte de discussão do urbanismo foram os Congressos Internacionais de Arquitetura Moderna, CIAM, onde se proclamava que os homens haviam sucumbido às máquinas, que as cidades estavam doentes e precisavam de tratamento. Assim, as réguas do arquiteto, tal qual um bisturi nas mãos do

médico, traçariam os cortes cirúrgicos a fim de salvar a cidade. Nos CIAM se pregava o interesse público acima do privado, tendo desencadeado uma série de leis por toda a Europa permitindo ao Poder Público a desapropriação de imóveis sem a consulta prévia ao Judiciário. As ruas tinham que respirar, largas avenidas foram abertas, os cortiços eram retirados e áreas verdes foram implantadas.

Apesar das intenções de melhoria na qualidade de vida das pessoas, independentemente da sua classe social, as reformas urbanistas acabaram por atender, primordialmente, aos interesses das classes mais favorecidas. Os operários não tiveram direito às cidades, ao ar puro, à urbanidade. Foram apenas removidos com suas misérias para longe dos renovados centros urbanos. O Estado agiu na defesa dos interesses daqueles que lhe são mais próximos e detêm maior poder de influência.

A urbanização do início do século XX se deu após a delimitação dos moldes para o capitalismo: a propriedade privada e o trabalho livre. No Brasil, os fatores que à época mais impulsionaram a urbanização foram a Lei de Terras (1850), a emergência do trabalho livre (a abolição da escravatura em 1888), a Proclamação da República (1889), a indústria, ainda incipiente, ligada à cafeicultura e ao mercado interno e as reformas urbanas realizadas nas cidades no final do século XIX e início do século XX.¹³ O Estado Liberal e a política oligárquica regional davam lugar ao Estado centralizador e com grande capacidade de intervenção na economia.

As reformas de Pereira Passos no Rio de Janeiro do início do século XX constituem o melhor exemplo da política estatal deste período, buscando ordenar a cidade e melhorar a circulação, adaptando a capital de República a seu papel na economia mundial de exportadora de produtos agrícolas e importadora de manufaturas.

Maricato denominou as reformas urbanas do início do século de urbanismo moderno “à moda” da periferia.

Realizavam-se obras de saneamento básico para eliminação das epidemias, ao mesmo tempo em que se promovia o embelezamento paisagístico e eram implantadas as bases legais para um mercado imobiliário de corte capitalista. A população excluída desse processo era expulsa para os morros e franjas da cidade. Manaus, Belém, Porto Alegre, Curitiba, Santos, Recife, São Paulo e especialmente o Rio de Janeiro são cidades que passaram por mudanças que conjugaram

¹³ MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades, alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 16. SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5ª ed. São Paulo: EDUSP, XXXX. p. 23. Ana Cristina Fernandes e Rovena Negreiros. In: **Brasil Urbano**. Edésio Fernandes e Márcio Moraes Valença (org). Rio de Janeiro: Mauad, 2004, p. 28

saneamento ambiental, embelezamento e segregação territorial, nesse período.¹⁴

Esta não foi uma característica apenas do urbanismo brasileiro e sim do modelo de urbanismo moderno que se implementou na Europa no início do século XX. Como disse James Houston, *esses projetos urbanísticos em larga escala resolveram o problema habitacional das classes operárias empurrando-as para a periferia*.¹⁵

É a partir das décadas de 1930 e 1940, com o avanço da industrialização e no período subsequente, durante a 2ª Guerra Mundial, que a urbanização se intensifica no Brasil, aliada também pela diminuição da taxa de mortalidade, em razão das melhorias sanitárias e da própria urbanização.¹⁶

Milton Santos¹⁷ relata como a ciência, as técnicas e a informação são fatores importantes no processo de urbanização, ressaltando que após a 2ª Guerra foi possível a interligação das ferrovias e a construção das estradas de rodagem, que facilitaram o processo de integração do território nacional, fortemente impulsionado pelo regime instaurado após o Golpe Militar de 1964.

Alguns autores associam o processo de urbanização à industrialização.¹⁸ Com efeito, na Europa e também nos EEUU as primeiras indústrias foram localizadas fora das cidades, mas num segundo momento passaram a se situar nos limites urbanos. Milton Santos e Maricato¹⁹ associam ao fenômeno da urbanização brasileira do início do século XX a industrialização e a modernização, todos frutos de um projeto nacional que buscava intensificar a produção industrial para atender às crescentes demandas interna e externa. Contudo, a industrialização não conseguiu gerar oportunidades de emprego suficientes para absorver os trabalhadores rurais que migraram para as cidades em razão da crise de produção primária dos anos 30.

No processo de urbanização do Brasil, assim como na maior parte da América Latina, as cidades cresceram em razão da exploração de recursos naturais e exportações para, posteriormente, desenvolverem as indústrias, que ficariam ligadas às cidades, favorecendo a concentração de investimentos e pessoas nos grandes centros.²⁰

Na vida dos brasileiros, a urbanização significou diminuição da mortalidade infantil e aumento da expectativa de vida, pelo acesso a serviços básicos de saúde, saneamento, assim como diminuição drástica da taxa de fecundidade, 50%, entre 1940 e 2000.²¹ Contudo, estes

¹⁴ Op. Cit. p. 17.

¹⁵ **A cidade modernista**. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 55

¹⁶ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5ª ed. São Paulo: EDUSP, XXXX. p. 33.

¹⁷ SANTOS, Milton. **A urbanização brasileira**. 5ª ed. São Paulo: EDUSP, XXXX. p. 38.

¹⁸ LEFEBVRE, Henry. **O direito à cidade**. São Paulo: Moraes, 1991.

¹⁹ SANTOS, Milton. Op. Cit. p. 18.

²⁰ BARAT, Josef. **Introdução aos problemas urbanos brasileiros**. Teoria, análise e formulação de política. Rio de Janeiro: Campus, 1979. p.122.

²¹ MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades, alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 26.

benefícios não foram partilhados por todos os cidadãos (urbanos e rurais), ocasionando cidades cindidas e, com isso (ou por isso também), aumento da violência urbana e da pobreza no meio rural. Marcelo Lopes de Souza chama atenção para o conceito de ‘fragmentação do tecido sociopolítico-espacial’²² que se torna essencial para entender a dinâmica das metrópoles tradicionais brasileiras e que vai requalificar os problemas urbanos a serem enfrentados por essas cidades a partir dos anos 90.

Surgiram, assim, múltiplas cidades no mesmo espaço urbano, a cidade legal e a ilegal: a cidade com serviços e a sem serviços; a cidade de quem tem trabalho formal e de quem tem (quando tem) trabalho informal; a cidade das ruas limpas e saneadas e a das ruas sujas e com esgoto à céu aberto, tudo numa mesma dinâmica urbana.

O acesso às cidades, como se observa, foi restrito às classes alta e média, através de programas de financiamento para construção de habitações e infraestrutura. Os programas habitacionais para pobres, além de não dar conta da demanda, localizavam-se nas extremidades das cidades, formando vazios urbanos e promovendo a especulação imobiliária.²³

Maricato não vacila em afirmar *que a tragédia urbana brasileira não é fruto das décadas perdidas*, referindo-se aos anos 80 e 90 que se seguiram ao fim do crescimento econômico e foram marcados pelo desemprego, urbanização da pobreza e violência. Para ela, a tragédia urbana “*tem suas raízes muito firmes em cinco séculos de formação da sociedade brasileira, em especial a partir da privatização da terra (1850) e da emergência do trabalho livre (1888)*.”²⁴

É de se observar que este processo de urbanização do Brasil foi fortemente influenciado pelo Estado na medida em que:

- criou o mercado imobiliário (transformando a terra em mercadoria) sem atentar para a produção de habitação social e regulando ao mínimo as relações locatícias;
- instituiu o trabalho livre sem organizar uma rede social de amparo aos escravos libertos e regulação do salário, nem reforma agrária que fixasse os trabalhadores na terra;
- fomentou a industrialização também sem garantir moradia aos trabalhadores urbanos e salários adequados;

²² SOUZA, Marcelo Lopes de. **Alguns Aspectos da Dinâmica Recente da Urbanização Brasileira**. In: FERNANDES, Edésio e VALENÇA, Márcio Moraes (org). *Brasil urbano*. Rio de Janeiro: Mauad, 2004, p. 57 / 74.

²³ MARICATO, Ermínia. Op. Cit. p. 21.

²⁴ MARICATO, Ermínia. **Brasil, cidades, alternativas para a crise urbana**. Petrópolis: Vozes, 2001. p. 22-3.

- organizou as cidades, quando se tornou crítico, de forma discriminatória, beneficiando as classes do poder e alijando da urbanidade os pobres;

Somam a esta atuação do Estado repercussões que impactaram as cidades, como a aglomeração de pessoas, a expansão da indústria, do comércio e do consumo em massa, a entrada da mulher no mercado de trabalho, a necessidade de infraestrutura e habitação, a necessidade de transporte, a violência, o domínio das tecnologias de informação, para citar algumas.

Todas essas questões se tornaram desafios que a urbanização impôs ao cidadão, à Sociedade e ao Estado e que são abordadas por vários campos do conhecimento. No Direito, destaca-se a legislação trabalhista como forma de enfrentamento da exploração do trabalhador urbano que surgiu com a industrialização. Mais recentemente, o Código de Defesa do Consumidor, para regular a relação de consumo e evitar os abusos dos fornecedores. No campo das relações pessoais, tem-se o Estatuto da Mulher Casada, que retira das mulheres casadas a incapacidade relativa, a Lei do Divórcio, que permitiu a legalização de milhares de famílias constituídas a partir de casamentos desfeitos, e a regulamentação da união estável. Em 1940, o Código Penal, que é reformado em 1984 e integrado por diversos outros tipos penais, através de leis esparsas.

Estes são, porém, enfrentamentos dos problemas decorrentes da urbanização. Existem outros problemas que são inerentes ao processo de urbanização, que decorreram e decorrem da atuação do Estado na política urbana, como regulador, prestador de serviços e fomentador.

Estes problemas desafiam o direito urbanístico, que trata do planejamento urbano, da prestação de serviços públicos e das formas de intervenção na atividade de urbanização, assim como desafia os temas correlatos como o saneamento ambiental.

O direito urbanístico surge pela necessidade de o Estado regular a atividade privada de organização espacial da cidade. Não é comum que o Estado planeje e construa uma cidade, entregando-a a seus moradores, embora tenha ocorrido pontualmente com algumas cidades brasileiras (Brasília e Belo Horizonte são exemplos disso). As cidades brasileiras surgiram e surge pela aglomeração de pessoas em determinados espaços (ao longo de rios, rotas de comércio, linhas férreas) gerando cidades a partir das necessidades das pessoas e dos recursos disponíveis. Esta atividade é privada e gera conflitos e situações que afetam o bem estar coletivo, impondo-se a atuação estatal para garantir a ordem pública, neste caso, a ordem urbanística, isto é, uma ocupação do espaço territorial da cidade de forma a evitar conflitos e permitir o acesso de todos à cidade, garantindo-se a plenitude de suas funções sociais.

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles, direito urbanístico “*é um ramo do direito público destinado ao estudo e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo*”²⁵, abrangendo todas as atividades humanas coletivamente realizadas, habitação, trabalho, circulação e recreação, excetuando-se as atividades agrícolas, pecuárias e extrativistas, que não afetem a vida urbana, sobre as quais não incide a competência municipal.

Para José Afonso da Silva,²⁶ as normas de direito urbanístico são aquelas que se destinam a regular o planejamento, o uso e ocupação do solo urbano, as áreas de interesse especial, a ordenação urbanística da atividade edilícia e a utilização dos instrumentos de intervenção urbanísticas, ou seja, as normas que regulam a dinâmica das atividades de urbanização.

A busca por solução para os problemas decorrentes do crescimento desordenados dos grandes centros impulsionou o reconhecimento da autonomia política do direito urbanístico. A Constituição Federal de 1988, além de mencionar o direito urbanístico no artigo da competência concorrente (24, I), disciplinou em capítulo próprio, pela primeira vez, questões sobre cidade e política urbana. Nesta esteira, a Constituição traz implicitamente, como pilar do direito urbanístico, o princípio da solidariedade, que se traduz na busca do pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da garantia do bem-estar de seus habitantes, o que se concretiza pelas exigências municipais para cumprimento da função social da propriedade.

O Estatuto da Cidade, Lei nº 10.257/2001, representou um avanço no sentido de afirmar a autonomia do direito urbanístico, que a partir daí desmembrou-se do direito administrativo, passando a ser encarado como uma área multidisciplinar do direito que está configurando suas próprias instituições. No entanto, não se pode negar que o aludido ramo do direito ainda depende de institutos não só do direito administrativo, como também do direito civil, tributário, dentre outros.

Para José Afonso da Silva, o direito urbanístico é o produto das transformações sociais que ocorreram ao longo dos anos e sua formação, que ainda está em processo, deve oferecer instrumentos normativos ao Poder Público a fim de que ele possa ordenar a realidade de acordo com o interesse da coletividade. Assim, ver o direito urbanístico como parte do direito

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 513.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 37-38.

administrativo ou até mesmo do direito econômico, como alguns poucos autores chegaram a afirmar, é ser reducionista e não levar em consideração as profundas transformações relacionadas ao papel do poder público nesta matéria. José Afonso especifica o conteúdo do direito urbanístico como direito do planejamento urbanístico, direito da ordenação do solo, direito da urbanificação, direito urbanístico ambiental e direito urbanístico do turismo. Alerta que esta divisão é especulativa, porque o domínio do direito urbanístico ainda está em evolução, ressaltando que o direito urbanístico ambiental, ou direito ambiental, tem sua própria evolução, formando outro conteúdo separado do direito urbanístico, mas com ele interligado.²⁷ O próprio José Afonso explica que a divisão poderia ser diferente, em direito urbanístico econômico e direito urbanístico administrativo.

Edésio Fernandes salienta que o estudo da dimensão jurídica do processo de urbanização tem sido bastante negligenciado. Ademais, o autor afirma que:

(...) o estudo do processo de urbanização também tem sido negligenciado pelos juristas, os quais (...) têm se negado a compreender que, depois de seis décadas de crescimento urbano intensivo, a ordem jurídica existente não mais expressa a ordem urbano-social real, enquanto a ordem jurídico-institucional prevalente não reflete a ordem urbano-espacial existente.²⁸

O direito urbanístico não é um direito regulador dos conflitos individuais, como o direito civil, nem regulador da sujeição dos administrados, mas um instrumento que permite a intervenção do Estado na ordem urbanística, em prol do interesse comum, seja regulando e adequando o uso do solo e da propriedade, seja limitando liberdades privadas (atividade econômica de urbanização). E ganha autonomia como ramo do Direito porque, além de regular objeto específico, a urbanização, é aplicado conforme princípios peculiares, que buscam garantir o acesso de todos, das presentes e futuras gerações, à cidade. Tais princípios, a exemplo dos demais ramos jurídicos, decorrem do texto constitucional, no qual repousam as bases da política urbana.

A política urbana, e assim o direito urbanístico, está submetida aos princípios fundamentais previstos na Constituição como princípios do Estado (art. 1º) e objetivos da República (art. 3º), bem como aos direitos e garantias fundamentais, que são os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º) e os direitos sociais (art. 6º).

²⁷ SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 39.

²⁸ FERNANDES, Edésio (org.). **Direito urbanístico**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 8.

Mais especificamente, em relação às atividades de urbanização, estas vão estar submetidas a princípios diferentes, conforme sejam definidas como privadas ou públicas. As privadas são econômicas e se orientam pelos princípios e regras do artigo 170 da Constituição:

- I. soberania nacional;
- II. propriedade privada;
- III. função social da propriedade;
- IV. livre concorrência;
- V. defesa do consumidor;
- VI. defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação;
- VII. redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII. busca do pleno emprego;
- IX. tratamento favorecido para empresas de pequeno porte. Constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Neste campo, o Poder Público atua apenas subsidiariamente, por expressa determinação constitucional:

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

Na regulação das atividades privadas (econômicas) de urbanização o Estado (seja a União, Estados ou Municípios) deve equacionar estes princípios entre si, tendo como paradigma os princípios e direitos e garantias fundamentais, que influenciam na tarefa de sopesar os demais princípios e regras constitucionais e infraconstitucionais, seja no momento de instituição das regras, seja na interpretação / aplicação das normas.

Por isso, qualquer norma ou ação de política urbana relativa ao regulamento das atividades econômicas privadas deve equilibrar soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca do pleno emprego, tratamento favorecido para empresas de pequeno porte, focando, em especial dentre os princípios fundamentais, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre

iniciativa, e nos objetivos fundamentais que podem ser condensados na expressão desenvolvimento, igualdade e solidariedade sociais.

O Estatuto da Cidade traça diretrizes gerais de direito urbanístico (instrumentos jurídicos de que os Municípios podem se valer para fazerem cumprir a função social da propriedade urbana) e diretrizes gerais para a política urbana (normas que condicionam a formulação da política urbana, seja ela de âmbito nacional, federal, regional ou local).

A cidade, como espaço público, permite a interação das pessoas, em função da regulação das liberdades individuais e coletivas, garantindo a fruição de liberdades para tratar de assuntos de interesse econômico²⁹ ou moral e de interesse público (manutenção e aprimoramento do espaço público). Este espaço público no qual a cidade se constitui e sobre o qual os seres humanos exercem a *vita activa*³⁰ deve funcionar bem para permitir as ações humanas. Estas ações são as denominadas funções sociais da cidade: circulação, habitação, lazer e trabalho que, mal ou bem estabelecidas, irão influenciar na dinâmica de interação dos homens e na própria existência do homem e da cidade.

O artigo 2º do Estatuto da Cidade disciplina como essas funções sociais devem ser aprimoradas para cumprir os princípios e objetivos fundamentais e para respeitar os direitos e garantias fundamentais, anunciando que *a política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana*, mediante diretrizes gerais que estabelece.

Além de subordinar-se aos princípios e direitos e garantias fundamentais da Constituição, que se expressam especializados nas diretrizes de política urbana do Estatuto da Cidade, a política urbana deve atender aos princípios que regem a Administração Pública, como os do artigo 37 da Constituição: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, por que se trata de atividade estatal. No tocante às atividades de planejamento, estas observam, ainda, os ditames do artigo 174 da Constituição:

Art. 174. Na qualidade de agente normativo e regulador da atividade econômica o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

²⁹A adoção da tese de que o homem é primordialmente econômico não conflita com a teoria de Hannah Arendt do homem político, pois a política pode ser entendida com a ação humana que permite o exercício da liberdade individual, e a principal liberdade a ser exercida em coletivo é a de negociar.

³⁰ O termo “*vita activa*” foi cunhado pela Filósofa Hannah Arendt.

§1º. A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o que incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

No entanto, em sede de planejamento urbano, o Município tem o poder de determinar condutas aos proprietários públicos e privados, constituindo-se exceção ao princípio da livre iniciativa e de que o planejamento é apenas indicativo para o setor privado. Tal exceção é fundamentada no próprio texto constitucional, que interferiu no conteúdo do direito de propriedade ao determinar que este somente será protegido se atender à função social expressa no plano diretor da cidade. A Constituição faz referência à função social da propriedade no inciso XXIII do artigo 5º (Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), no já citado artigo 170, III (Dos Princípios Gerais da Atividade Econômica) e no §2º do artigo 182 (Da política Urbana):

Art. 182 – *omissis*

(...)

§2º. A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

É este §2º do artigo 182, cujo Capítulo está inserido no Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira, que permite ao Poder Público municipal criar exigências (condutas passivas³¹ e ativas) para os proprietários adequarem o exercício do direito de propriedade à função social.

O planejamento urbano municipal, portanto, é determinante para o setor público e para o setor privado, traçando regras para a atividade econômica de urbanização e condicionantes para o exercício do direito de propriedade.

O princípio de que a propriedade urbana deve cumprir a função social determinada pelo Município cria uma vinculação entre o direito de propriedade e o objeto do direito, a terra. Assim, tendo em vista as funções sociais da cidade, a propriedade urbana está vinculada à promoção da moradia, ao suporte ao comércio e indústria e ao serviço à coletividade, por meio de vias públicas de circulação, de instalação de equipamentos urbanos de lazer, de unidades de prestação de serviços públicos. Incumbirá a cada cidade, com suas peculiaridades, determinar

³¹ A possibilidade de exigir dos proprietários condutas passivas precede ao princípio da função social, pois já se encontrava presente no tradicional conceito de limitações administrativas. Logo, a função social empresta ao Poder Público a prerrogativa de exigir condutas ativas a fim de que se amolde, a propriedade, aos ditames da coletividade.

como a propriedade urbana atende à função social, condicionando-se, desta forma, o exercício do direito de propriedade urbana. Esta explicação confere com a lição de José Afonso da Silva:

a função social manifesta-se na própria configuração estrutural do direito de propriedade, pondo-se concretamente como elemento qualificante na predeterminação dos modos de aquisição, gozo e utilização dos bens. Por isso é que se conclui que o direito de propriedade não mais pode ser tido como um direito individual. A inserção do princípio da função social, sem impedir a existência da instituição, modifica sua natureza.³²

5. LIMITES E POSSIBILIDADES DO DIREITO URBANÍSTICO

Como visto, o direito urbanístico regula as atividades estatais de planejamento urbano e organização de serviços públicos e a atividade privada de urbanização, que é considerada como atividade econômica.

No Brasil, a urbanização ocorreu de forma descontrolada apesar dos diversos planos urbanísticos, mas não ocorreu espontaneamente, foi fruto de atuação do Estado que criou as condições para seu desenvolvimento, com a criação do mercado imobiliário; a instituição do trabalho livre, o fomento a industrialização e com as intervenções urbanas.

No Mundo, a urbanização é o reflexo, no espaço físico, da Industrialização, que somente foi possível, por sua vez, com o surgimento da Modernidade, isto é, da tríade moderna, o Capitalismo, a força do Positivismo Jurídico e a consolidação dos Estados Nacionais. Foi assim que as Cidades deixaram de ser o espaço da igualdade burguesa, da proteção e da liberdade para se tornarem espaços de opressão, angústia e aprisionamento pelo trabalho e consumo.

Uma característica das Cidades, no entanto, está presente desde a primeira aldeia no Neolítico até os dias atuais, a organização do excedente de produção. As Cidades sempre foram espaço voltados ao controle que poucas pessoas exercem sobre a distribuição do lucro. A partir do momento em que o Estado permite a apropriação privada da terra e fomenta a criação do mercado, a função de habitar se torna um produto cujo valor é atribuído por este “mercado”.

Sob a égide do Sistema Capitalista e de um Estado do Bem-Estar Social, o direito urbanístico brasileiro assume em uma de suas facetas, com fundamento na solidariedade do

³² SILVA, José Afonso da. **Direito urbanístico brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 76-7.

artigo 3º da Constituição da República, o papel de intervenção no domínio econômico em prol do desenvolvimento sustentável igualitário.

Ao regular a atividade econômica de urbanização, o Poder Público não pode olvidar que as regras do Direito, que tratam do dever-ser, não se sobrepõem às regras da Economia. Assim, são sempre vãs as tentativas dos Governos em impedir, por exemplo, que os beneficiários de programas habitacionais transfiram o imóvel recebido a terceiros, porque enquanto titulares de um bem de valor econômico, atuam como todos os agentes de mercado, independentemente de sua condição financeira. O máximo que essas leis conseguem é deixar as pessoas na ilegalidade, tornando imperiosa nova atuação Estatal para, desta vez, regularizar a titulação dos novos adquirentes. Serão infrutíferas, assim, quaisquer tentativas de impedir a circulação e a plena utilização de bens de valores econômicos.

Por outro lado, o Estado, nas três esferas da Federação, é omissos no controle do preço da terra urbana, o que poderia fazer na qualidade de agente regulador do mercado imobiliário. Este controle pode ser feito por meio da ampliação da terra urbanizada (com doação ou venda de lotes prontos para edificação, sem casa construída), assim como pela adequada regulação dos índices urbanísticos e pela responsável aplicação da outorga onerosa do direito de construir prevista no artigo 28 do Estatuto da Cidade. No caso dos índices urbanísticos e da outorga onerosa do direito de construir, o Estado deve buscar a exata dimensão da valorização imobiliária provocada pela legislação urbanística municipal que atribui este ou aquele índice construtivo e que cobra ou não do empreendedor o ônus que a edificação acarreta na cidade. Chega a ser evidente e carece de explicação o fato de que o poder de construir mais ou menos em determinado terreno urbano agrega enorme valor à propriedade.

O agente de mercado que tem forte potencial de influenciar no valor da terra urbana, pelo aumento da oferta, pela outorga responsável de índices urbanísticos que valorizam a propriedade e pela cobrança do ônus pelo direito de construir, deve ter noção de sua capacidade de intervenção e deve fazer uso dela, a bem da coletividade.

Por tudo, é passada a hora de buscar uma agenda de desenvolvimento sustentável minimamente comum a proletários e empresários, inquilinos e proprietários, que considere as cidades como são e suas características, ou seja, espaços de proteção e segurança; de criação cultural e desenvolvimento pessoal; de política; de circulação de riquezas e criado para organizar o excedente de produção. A partir desta agenda União, Estados e Municípios, devem

se articular, dentro dos respectivos limites de competências, para o planejamento e disciplina do uso e ocupação do espaço urbano compreendendo as cidades e as possibilidades e limitações do direito urbanístico.

6. REFERÊNCIAS

ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

ARANTES, Otilia; VAINER, Carlos e MARICATO, Ermínia. *A cidade do pensamento único*. Desmanchando Consensos. 3ª ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

BARAT, Josef. *Introdução aos problemas urbanos brasileiros. Teoria, análise e formulação de política*. Rio de Janeiro: Campus, 1979.

BENEVOLO, Leonardo. *História da cidade*. 3ª ed. São Paulo: Perspectiva.

BORJA, Jordi e CASTELLS, Manuel. *As cidades como atores políticos*. In: Novos Estudos Cebrap. São Paulo, 1996.

BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2001.

CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1983.

COULANGES, Fustel de. *A Cidade antiga*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

DOMINGUES, Eduardo Garcia Ribeiro Lopes. *Municipalismo e Política Urbana: a influência da União na política urbana municipal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2009.

FERNANDES, Edésio (org.). *Direito urbanístico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Direito urbano: regiões metropolitanas, solo criado, zoneamento e controle ambiental, projeto de lei de desenvolvimento urbano*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1974.

HOLSTON, James. *A cidade modernista*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

LEFEBVRE, Henry. *O direito à cidade*. São Paulo: Moraes, 1991.

LE GOFF, Jacques. *O apogeu da cidade medieval*. São Paulo: Martins Fontes. 1992.

LIRA, Ricardo Pereira. *Elementos de direito Urbanístico*, Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.

LOJKINE, Jean. *O estado capitalista e a questão urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

- MARICATO, Ermínia. *As idéias fora do lugar e o lugar fora das idéias: planejamento urbano no Brasil*. In: A Cidade do Pensamento Único: desmanchando Consensos. Petrópolis: Vozes, 2000.
- _____. *Habitação e cidade*. São Paulo: Atual, 1997 – (Espaço e Debate).
- _____. *Brasil, cidades, alternativas para a crise urbana*. Petrópolis: Vozes, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito municipal brasileiro*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MUMFORD, Lewis. *A cidade na história suas origens, transformações e perspectivas*. São Paulo: Martins Fontes, 1991.
- _____. *A cultura das cidades*. Belo Horizonte: Itatiaia.
- PINTO, Victor Carvalho. *Direito urbanístico: plano diretor e direito de propriedade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- POLANYI. *A grande transformação – as origens da nossa época*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.
- ROLNIK, Raquel. *Cidades: o Brasil e o Habitat II*, In: Revista Teoria e Debate / nº 32 - julho/agosto/setembro de 1996, 30/09/1996, Fundação Perseu Abramo: Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=2234>. Acessado em 02/10/2009.
- ROUANET, Sergio Paulo. *A cidade como espaço de inclusão e exclusão social – a cidade iluminista*. Palestra proferida na Universidade do Estado do Rio de Janeiro em 23 de agosto de 1994.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. In: Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1973.
- SANTOS, Milton. *A urbanização brasileira*. 5ª ed. São Paulo: EDUSP, 2013.
- SILVA, José Afonso da. *Direito urbanístico brasileiro*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SJOBORG, Gideon. *Origem e evolução das cidades*. In: Cidades – A Urbanização da Humanidade. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1972.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. *Alguns Aspectos da Dinâmica Recente da Urbanização Brasileira*. In: FERNANDES, Edésio e VALENÇA, Márcio Moraes (org). Brasil urbano. Rio de Janeiro: Mauad, 2004.

VILLAÇA, Flávio. *As ilusões do plano diretor*. São Paulo, ago. 2005. Disponível em: <<http://www.usp.br/fau/fau/galeria/paginas/index.html>> Acesso em: 25 maio 2007.

_____. *Dilemas do plano diretor*. São Paulo, 1999. Disponível em: <<http://www.cepam.sp.gov.br/v11/producao/index.asp>> Acesso em: 25 maio 2007.

VELHO, Otávio Guilherme (org.). *O fenômeno urbano*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1973.

WOLFF, Francis. *Aristóteles e a política*. São Paulo: Discurso Editorial, 1999.

AGENCIAMENTOS MIDIÁTICOS E A NOVA ECONOMIA DA MÚSICA: AS ESTRATÉGIAS DE COMUNICAÇÃO DOS ARTISTAS INDEPENDENTES DE ROCK DO RIO DE JANEIRO

Gabriel Gutierrez¹

Hugo Cesar Leitão Diniz²

RESUMO

Este artigo tem o propósito de analisar as estratégias midiáticas voltadas para comunicação e sustentabilidade econômica das bandas que formam a cena independente contemporânea de rock no Rio de Janeiro. A indústria da música tem passado por reformulações agudas nas últimas décadas e tal mudança afetou diretamente a viabilidade econômica de um modelo de negócios ancorado em grandes gravadoras multinacionais que alcançam alta lucratividade a partir da venda dos fonogramas físicos dos seus artistas contratados. Como consequência destas transformações, inúmeros artistas passaram a investir em caminhos alternativos fortemente ligados à processos comunicacionais independentes, viabilizados pela tecnologia digital, com o objetivo de dinamizar suas carreiras. Este artigo visa investigar como se dão, nesta nova paisagem comunicacional, os agenciamentos midiáticos de três bandas independentes, Amsterdam, Circus Rock e Nuclei, na cena carioca de rock.

PALAVRAS-CHAVE

Cenas Musicais; Rock; Economia da música.

ABSTRACT

This article aims to analyze the media strategies focused on communication and economic sustainability of the bands that form the independent contemporary rock scene in Rio de Janeiro. The music industry has undergone acute reformulations in the last decades and such a change has directly affected the economic viability of a business model anchored in large multinational record companies that achieve high profitability from the sale of the physical phonograms of their contracted artists. As a consequence of these transformations, innumerable artists began to invest in alternative ways strongly linked to independent communication processes, made possible by digital technology, with the aim of streamlining their careers. This article aims at investigating how the mediatic assemblages of three independent bands, Amsterdam, Circus Rock and Nuclei, in the rock scene of Rio de Janeiro occur in this new communication landscape.

KEY WORDS: Musical Scenes; Rock; Music Economy

¹ Docente e Pesquisador das Faculdades Integradas Hélio Alonso. Doutorando no PPGCOM da UERJ. Pesquisador do CAC/UERJ.

² Jornalista. Graduado em Comunicação Social nas Faculdades Integradas Hélio Alonso.

Introdução

Nas últimas décadas, a indústria fonográfica, que nos anos 1980 e 1990 experimentou seu apogeu econômico, passou por reformulações estruturais drásticas oriundas da falência do modelo ancorado na venda de fonogramas em formato físico. A capacidade de difusão de conteúdo propiciada pela popularização da internet com banda larga na maioria dos países ocidentais atacou frontalmente os pilares desta indústria, que além de perder o controle sobre os direitos autorais da música que costumava vender, também assistiu à falência do monopólio que tinha sobre os mecanismos de produção e distribuição de música em escala profissional.

Como consequência, um grande número de artistas passou a investir suas energias de trabalho em apresentações ao vivo e no contato direto com o público através de inovadoras estratégias midiáticas, que, com o tempo, foram descortinando novos modelos de negócios para um mercado em grande medida reformulado. Neste novo cenário, os artistas gerenciam suas carreiras fazendo uso das redes digitais, prescindindo, assim, dos departamentos de marketing das combalidas gravadoras ou dos grandes veículos de comunicação de massa. Historicamente, a grande mídia corporativa esteve sempre ao lado das grandes gravadoras como sustentáculo do antigo modelo de comunicação da música industrial, em que alguns grandes atores dominantes no mercado definiam as balizas estéticas do gosto popular e estabeleciam, em larga medida, a paisagem musical nacional e internacional no contexto industrial da cultura.

Grande responsável por golpes mortais neste modelo combalido, tecnologia digital, por sua vez, possibilitou um maior acesso dos artistas aos processos de gravação, edição e distribuição de músicas, permitindo um incremento considerável na produção independente de conteúdos musicais e nas possibilidades de sustentabilidade das carreiras destes artistas fora do antigo mercado dominado pelas *majors* do comércio da música. Com o advento das redes sociais, os músicos passaram a ter um canal direto para a divulgação do seu trabalho e para estreitar a relação com seu público. Com isso, os artistas puderam compreender melhor os anseios dos fãs e estabelecer com eles uma comunicação mais efetiva.

Tendo em vista este novo contexto da indústria da música, desenvolveu-se no Brasil, e no caso aqui estudado, no Rio de Janeiro, uma cena de rock constituída por

bandas que mobilizam estas novas estratégias de comunicação para conseguir se estruturar no mercado musical. Uma cena musical que une pessoas com as mais diversas identidades a partir de um gosto musical comum, articula-se como fórum de relacionamento, produção e consumo de música dentro do espaço urbano, estreitando uma relação entre a música, o público e o local no qual ela se desenvolve.

O presente artigo visa refletir sobre a mobilização destas novas estratégias de comunicação dos artistas de rock do Rio de Janeiro. O foco estará especificamente sobre o movimento denominado “A Cena Vive”, criado por várias bandas independentes provenientes fundamentalmente da Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro, que fogem dos redutos tradicionais do Centro e da Zona Sul da capital carioca. O movimento tem como propósito estimular a cooperação entre produtores e músicos através da troca de informações e experiências. Um dos pilares do movimento é o festival Rio Novo Rock, que acontece desde 2014 no Centro Cultural João Nogueira (IMPERATOR), no Méier, bairro da Zona Norte da cidade. Seu objetivo é fomentar a divulgação e profissionalização de novos artistas, fidelização do público e criação de negócios musicais sustentáveis. Tendo em vista este panorama cultural e tecnológico, este artigo tem o propósito de analisar as estratégias midiáticas de comunicação e sustentabilidade econômica das bandas Amsterdam, Circus Rock e Nuclei, todas elas, participantes ativas da cena musical de rock contemporânea do Rio de Janeiro.

RECONFIGURAÇÃO NA ECONOMIA DA MÚSICA

Nas últimas décadas, inovações tecnológicas tiveram impacto dramático sobre a indústria da música. Desde a criação, nos anos 1980, do primeiro arquivo musical a não precisar de um suporte físico, o MP3, até o desenvolvimento dos softwares P2P que permitem o compartilhamento de músicas pela internet, a contínua evolução dos aparatos técnicos de áudio culminou na recente criação dos serviços de streaming, verdadeiros catálogos gigantes de canções (PAIVA, 2013). Segundo Bustamante (2002), nos últimos tempos, a música se tornou uma *commodity* cultural com características específicas, pois nunca esteve tão acessível ao público e ao mesmo tempo nunca possuiu um valor de venda tão baixo. Essa situação provocou um grande crescimento do número de turnês e de apresentações ao vivo dos grandes artistas. Grande parte da receita destes músicos passou a ser obtida através da venda de ingressos, publicidades e direitos de imagem (HERSCHMANN, 2010).

Este novo contexto do mercado musical possibilitou ao público poder assistir cada vez mais seu artista preferido, ao vivo. Ao mesmo tempo, a cultura da coleção de álbuns de bandas perdeu espaço para a cultura do espectador de shows. Em certo sentido, como afirmam (KRETZER & TOYAMA, 2008), as inovações proporcionadas pela emergência da cultura digital fizeram com que a música retornasse às suas origens, ou seja a apresentação em co-presença com o público, em prejuízo das possibilidades de gravação e circulação industriais.

O advento da tecnologia também permitiu uma maior inserção de novos artistas ao mercado, com a diminuição dos custos de pré-produção e produção da música gravada em formato profissional. A proliferação exuberante de estúdios caseiros é o fator determinante para esta emergência. Os chamados *homestudios* passaram a ser montados com instrumentos eletrônicos acoplados a computadores e softwares de edição de som, o que, no passado pré “destruição criadora” (DE MARCHI, 2016) era quase um monopólio das grandes gravadoras. Este acesso simplificou sobremaneira o acesso dos artistas às engrenagens de produção da música profissional. Como afirma Levy (2010), esta nova paisagem midiática permitiu aos músicos ter o controle quase completo da cadeia de produção do seu trabalho, disponibilizando, eventualmente, sua obra criativa na internet sem precisar do crivo dos intermediários que historicamente se ocupavam do sistema de notação e gravação musical.

Neste contexto, a grande indústria da música deparou-se, especificamente, com duas grandes questões trazidas à tona ou potencializadas pelos avanços tecnológicos: a chamada “pirataria”, ou seja, a reprodução dos fonogramas proprietários por atores econômicos clandestinos e a perda de controle do recolhimento dos rendimentos associados aos direitos autorais gerados pela reprodução do conteúdo musical na web.

A chamada “pirataria” teve um grande incremento com os sites de compartilhamento de músicas durante a década de 90 e 2000 e até hoje é vista como um grande problema para alguns grandes artistas e, especialmente, para a indústria. Já a propriedade intelectual ligada ao direito autoral passou por uma complexa discussão a partir da possibilidade de disponibilização e compartilhamento de partes de músicas e composições pela web, dificultando a definição do que é original e o que é cópia. A autenticidade de uma canção passou a ser motivo de maior discussão pelo acesso instantâneo a letras e melodias disponíveis na internet. Além disso, ficou clara a

incapacidade de controle corporativo sobre as intensas trocas de conteúdo proprietário por parte dos usuários da internet.

Como consequência desta desestruturação da grande indústria, nasceram os serviços de streaming que gastam a maior parte de sua receita comprando os direitos de reprodução dos catálogos das grandes gravadoras e pagam um valor mínimo aos artistas para disponibilizar suas canções em seus serviços. Esta contradição vem provocando intensa reação por parte de grandes artistas, que passaram a retirar suas músicas do catálogo das plataformas sonoras digitais por se sentirem desvalorizados com a forma de como os serviços de música digital comercializam as suas composições.

Para Kischinhevsky (2015), o que está em jogo neste imbróglio é uma modificação brutal na forma como nos relacionamos com conteúdos de áudio. Para ele, estamos testemunhando a transição da cultura de portabilidade da mídia sonora, que engloba rádios a pilha, toca-discos e fitas cassete, além da própria prática de downloads de músicas em aparelhos de reprodução e celulares, para uma cultura do acesso, na qual serviços gratuitos ou pagos nos oferecem um número quase infinito de arquivos de áudio digitais. No que se refere ao propósito da pesquisa aqui apresentada, é importante frisar que uma das consequências potentes desta transição é o surgimento de festivais independentes por todo o país, possibilitando que artistas sem vínculos com grandes gravadoras consigam bons espaços para apresentar seu trabalho para o público, com o suporte de mídias alternativas e interativas.

CENAS MUSICAIS NO RIO DE JANEIRO

Para compreender o agenciamento midiático destes novos artistas neste novo contexto, o conceito de “cena musical” é fundamental. Por isso, o trabalho de Straw (2001) é central. Foi ele o primeiro a estruturar pesquisas acadêmicas sobre o tema e a elaborar intelectualmente sobre o seu impacto na circulação e produção musical. Segundo o autor, as cenas musicais estão fortemente associadas a estéticas urbanas e são marcadas pelo estímulo à inovação e à experimentação contínua na vida cultural das cidades. Podendo ser definidas também como unidades da cultura urbana, um dos pilares de uma cidade para a troca, a interação e a estruturação de culturas (STRAW, 2001).

Nas Cenas, a música converte-se numa razão para as pessoas transitarem pela cidade amalgamadas pelo consumo comum de cultura em momentos de lazer. Bares, casas de shows e praças são alguns dos lugares indicados para a reunião de indivíduos e

a realização dos eventos relacionados às cenas musicais. Straw (1991) cita alguns exemplos de cenas dos anos 90, como a de Montreal, no Canadá, onde o investimento financeiro dos bares e casas noturnas da cidade foi fundamental para o desenvolvimento do panorama musical em lugares que estavam outrora esvaziados. Este tipo de posicionamento por parte dos atores econômicos do entorno da cena, e mais a ação de artistas, produtores e público, resultou na revitalização de locais abandonados, transformando-os em pontos de encontro e de intercâmbio cultural relacionados ao gosto musical.

Um outro exemplo empírico citado por Straw (2001) é o da cidade de Manchester na Inglaterra, onde a presença de uma grande massa universitária com poder econômico significativo permitiu a emergência de um contexto cultural efervescente. Deste cenário, brotou uma inesperada explosão criativa que culminou no surgimento de novos movimentos musicais, como, por exemplo, o Britpop.

No Brasil, um exemplo contemporâneo de Cena Musical expressiva é a que ficou conhecida como “Manguebeat”, gestada em Recife, Pernambuco, no início dos anos 1990. Conjugando atores urbanos ligados ao jornalismo, cinema e música, o Manguebeat ressaltou mais uma vez a importância cultural da capital pernambucana e chegou a ter alcance internacional com bandas como Chico Science e Nação Zumbi, Cumadre Fulosinha, Mestre Ambrósia, Querosene Jacaré e Mundo Livre SA. Enfatizando a geografia da cidade, muito ligada aos manguezais, e misturando o maracatu como o rock, o rap e a música eletrônica (LIMA, 2007), a Nação Zumbi talvez seja hoje uma das principais bandas de rock do cenário nacional.

Em termos gerais, a concepção de cenas se baseia, portanto, em atividades sociais ocorridas em locais e períodos de tempo diferentes, a partir da agregação de pessoas que compartilham o mesmo gosto musical e interesses culturais comuns. Este tipo de comunhão estética voltada para o consumo de música possibilita a integração social entre admiradores de um mesmo estilo musical, artistas, críticos e outros atores do entorno. Bennett e Peterson (2004) enfatizam a possibilidade de o gosto musical em comum acontecer em torno de um gênero estrangeiro. Segundo os autores, a potência agregativa do gênero, no entanto, estaria ligada à capacidade dos atores de “apropriar –se” desta estética recombinao-a de tal forma a desenvolver uma manifestação artística própria capaz de representar a cena local. Além da música, a cena musical também pode envolver

outros aspectos do comportamento social, como o vestuário, a dança, o uso de drogas e a ideologia política.

Entretanto, é preciso frisar que o conceito de Cena Musical é melhor aplicado quando se trata de manifestações culturais minoritárias. Autores como Janotti Júnior e Cardoso Filho (2006) acreditam que a questão de cena musical só deveria ser utilizada para englobar o circuito underground. Levando em conta, portanto, músicos e bandas que possuem circulação restrita, estando fora do centro do mercado cultural mais amplo. Neste sentido, uma Cena Musical seria caracterizada como um nicho bem específico e exclusivo de bandas e fãs, que estabelecem relação principalmente pelas redes sociais e pela interação direta nos locais recorrentes onde se dão as performances ao vivo. Assim, uma Cena Musical estaria fortemente estruturada em torno da consolidação de espaços que concentrem os "gostos e hábitos minoritários" de seus seletos frequentadores (CARDOSO FILHO E JANOTTI JÚNIOR, 2006). Lojas de disco e bares especializados em determinado gênero musical são algumas das instituições que oferecem este tipo de serviço (STRAW, 2001).

O rock carioca vem trilhando um caminho de renovação e reestruturação nesta década de 2010. Essencialmente, a cena contemporânea é composta por uma nova geração de músicos que se vale do próprio esforço para produzir e distribuir seu material de trabalho, o que no passado era feito pelas enormes estruturas de vendas grandes gravadoras. Os atores desta cena são fundamentalmente jovens que cresceram ouvindo o rock, formaram bandas e engajaram-se na constituição da viabilidade da própria carreira.

Da ação diligente destes jovens nasce o Movimento "A Cena Vive", criado em 2012 com a finalidade de melhorar as condições de investimento e produção das bandas independentes cariocas. Como estratégia do movimento, foi criada uma rede para a troca de informações, contatos e qualquer tipo de ajuda entre os músicos. Em entrevista ao portal do jornal O Globo, o produtor musical Felipe Rodarte explica o início do movimento relatando que as bandas começaram a criar seus próprios eventos e a convidar bandas amigas para participar. Assim, iniciou-se um processo de constituição de espaços para as apresentações ao vivo e, essencialmente, de formação de um público que antes não existia. (RODARTE, 2015)

Além disso, o bem-sucedido projeto "Rio Novo Rock" foi essencial para o fortalecimento do movimento e o engajamento de novos artistas e do público. O "Rio

Novo Rock” foi criado em 2014 e permitiu que bandas independentes se apresentem com estruturas de grandes artistas no Centro Cultural João Nogueira (IMPERATOR), localizado no bairro do Méier, na Zona Norte do Rio de Janeiro. O evento acontece mensalmente.

Paulo Lopez, idealizador do festival, acredita que a valorização da música autoral é um dos principais caminhos para o processo de renovação do público do rock carioca. Para ele, para que haja formação de plateia, é crucial a valorização da música autoral, para que assim a cena seja renovada. E o Rio Novo Rock faz exatamente isso, fazendo com que jovens artistas possam apresentar seu repertório próprio numa casa de shows com uma estrutura profissional como o Imperador, onde provavelmente não tocariam se não fosse um projeto como este e com estas ambições (LOPEZ,2016).

Além de contar com atores institucionais como o Imperador, uma casa de shows pública, as bandas desta nova cena utilizam a tecnologia a seu favor para a produção e a gravação de suas músicas. Criam estúdios improvisados com a ajuda de softwares de edição de som e mixagem, hoje fartamente disponíveis no mercado ou na rede. Além de agenciar as redes sociais a seu favor, utilizando-a como o principal meio de difusão do seu trabalho e como mecanismo de comunicação direta com o público em formação.

Canções disponíveis nas plataformas digitais de streaming também são importantes, assim como a divulgação de músicas semanais ou mensais nas respectivas páginas. A atualização da agenda de shows e conteúdos com os bastidores do dia a dia da banda são outras estratégias comumente empregadas pelos músicos para uma maior interação com o seu público fiel e para angariar novos fãs.

Para um maior aprofundamento dos achados empíricos desta pesquisa, apresentamos agora os resultados de nossas entrevistas com os membros das bandas Amsterdam, Circus Rock e Nuclei que forneceram dados relevantes sobre suas estratégias de comunicação e sobrevivência na cena carioca.

AGENCIAMENTOS MIDIÁTICOS DA BANDA AMSTERDAN

A banda Amsterdam surgiu em meados de 2016 quando seis jovens se reuniram com o intuito de compor um “som autêntico e singular”. Proveniente do subúrbio da cidade, os músicos alcançaram uma notável visibilidade participando do festival “Rio Novo Rock” e abrindo shows das bandas Supercombo e Strike. O guitarrista Rafael Reis

afirma que o rock sempre fez parte de sua vida e que sempre se interessou em trabalhar neste ramo. Segundo o músico, a cena de rock atual no Rio de Janeiro passa por um momento de reconstrução. Apesar da intensa competição na cena, muitos jovens músicos vêm se unindo em prol da revitalização do gênero

Em termos de agenciamento midiático, a Amsterdan investe predominantemente na divulgação da sua marca e das suas músicas nas redes sociais. A banda disponibiliza um programa semanal mostrando a rotina dos músicos no estúdio e detalhes da vida cotidiana. Além disso, disponibiliza todas as suas canções em serviços de streaming e comercializa CDs, camisas e acessórios do grupo também pelas redes sociais.

Um dos principais fatores de fortalecimento da posição da banda na cena é o fato de um de seus componentes possuir um estúdio, o que possibilita que a produção e gravação das músicas seja feita pelos próprios músicos, baixando consideravelmente os custos de produção. De acordo com o guitarrista Rafael Reis, a Amsterdan está começando a ganhar uma certa estabilidade financeira agora. A banda vem mantendo uma agenda constante de shows e vem conquistando retorno financeiro com a venda de produtos ligados à marca da banda, o que não costuma acontecer com outras bandas que formam a cena atualmente.

AGENCIAMENTOS MIDIÁTICOS DA BANDA CIRCUS ROCK

A banda Circus Rock nasceu na Zona Norte da cidade em 2013 dedicada a tocar covers de artistas nacionais e internacionais, até que em 2015 começou a fazer música autoral. A Circus já tocou em vários locais da cena carioca, com destaque, para a apresentação no Rio Novo Rock, no Imperator. O vocalista Bernardo Tavares enfatiza que a escolha pelo rock foi pautada pela possibilidade de protestar e exprimir opiniões mais críticas sobre assuntos “polêmicos”, sem nenhum medo. Ele afirma que a banda e a cena atual funcionam a partir da lógica do "faça você mesmo", segundo a qual os músicos precisam de muito esforço e persistência para a produção e divulgação do seu próprio material de trabalho.

No que se refere aos agenciamentos midiáticos, as técnicas de divulgação da banda estão relacionadas a estratégias de comunicação nas principais redes sociais e plataformas de streaming feitas de forma diária. A Circus disponibiliza suas canções em todos os aplicativos de música, divulga eventos da banda e mostra bastidores do dia a dia e de shows nas suas redes sociais. Além disso, vende produtos personalizados em seu site.

Segundo o cantor Bernardo Tavares, o público atual da cena e os fãs da banda são pessoas de diferentes gerações. Há desde jovens que buscam conhecer novas bandas a antigos roqueiros devotos ao gênero que frequentam os pontos de encontro de rock da cidade até hoje. Em termos de sustentabilidade econômica, o músico reconhece que viver de música é uma das partes mais difíceis da trajetória da banda. Desta maneira, como a música ainda não se viabiliza materialmente, é necessário que os membros da banda possuam outras fontes de remuneração. De acordo com ele, o cachê dos shows, na maioria das vezes, ainda não paga os custos gerais de gravação das músicas.

AGENCIAMENTOS MIDIÁTICOS DA BANDA NUCLEI

Foi a partir de um projeto iniciado em 2009 por quatro amigos com o nome *Gravity* que nasceu, em 2015, a banda que hoje se chama Nuclei. O grupo, que compõe músicas em inglês, já tocou em vários festivais de música independente na cidade do Rio de Janeiro. O baixista Thales Ramos aponta que a música é uma forma de expressão humana e que o rock sempre foi o gênero com o qual teve maior ligação e afinidade. Ressalta também que a banda produz todo o seu material utilizando sua vivência e experiência como grande motor de suas composições.

No que se refere a agenciamentos midiáticos, a Nuclei se utiliza das principais redes sociais e dos aplicativos de streaming para a distribuição de suas músicas. A divulgação de eventos e vídeos ao vivo do dia a dia da banda são os principais artifícios usados pelos músicos na tentativa de atrair novos fãs. A utilização das redes é quase sempre feita semanalmente.

Thales Ramos ressalta que existe uma certa resistência por parte dos donos de estabelecimentos e casas de shows em relação a bandas novas e independentes. Em geral, os proprietários preferem artistas que tocam músicas de artistas já consagrados. Apesar disso, o músico acredita que há um público crescente na cena de rock que está cada vez mais disposto a ouvir novos artistas. Este promissor aumento no público, no entanto, ainda não garante a sustentabilidade econômica da banda. Para Ramos, este ainda é o grande empecilho para a safra de empreendedores musicais que está surgindo. Segundo o músico, em termos gerais, os investimentos para o custeio da banda ainda continuam sendo mais altos que o ganho real com as apresentações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como propósito central mostrar como as transformações profundas pelas quais passou a indústria da música nas últimas décadas e a renovação tecnológica ligada a softwares de áudio fizeram nascer novas estratégias midiáticas em busca de sustentabilidade econômica por parte dos jovens artistas da cena de rock do Rio de Janeiro. Como vimos, a grande maioria das bandas independentes utilizam os próprios recursos para a produção e gravação de seu material de trabalho. E valem-se das redes sociais para a divulgação deste material e das plataformas de *streaming* para a circulação de suas composições. Conforme as declarações dos entrevistados mostram, as redes sociais são também utilizadas para a divulgação de conteúdos variados sobre os artistas em questão e para a venda de produtos que ostentam a marca da banda.

Vimos também como estes agenciamentos midiáticos estão relacionais ao fortalecimento da cena de Rock no Rio de Janeiro. Neste sentido, a ação de produtores musicais e bandas foi determinante para o surgimento do movimento “A Cena Vive”, que alavancou o rock na cidade e criou uma rede voltada para a troca de experiências, informações e contatos entre os músicos. Além disso, o movimento viabilizou apresentações e festivais de música na cena carioca.

Como material empírico, apresentamos entrevistas com três bandas dentro da cena, Amsterdam, Nuclei e Circus Rock. Seus membros relataram o uso das mais variadas ferramentas digitais para facilitar sua comunicação com o público. Assim sendo, ficou claro como as redes sociais são usadas de forma ativa para a divulgação do material autoral das bandas uma maior interação com seus fãs. O retorno é alcançado com um número maior de visualizações e um público mais presente em seus shows, apesar da sustentabilidade econômica integral da banda ainda ser um desafio para os artistas independentes.

Em termos gerais, o público que compõe a cena localiza-se especialmente na Zona Norte da cidade, o que escapa dos redutos tradicionais do rock, a Zona Sul e o Centro, que, historicamente, marcaram as cenas roqueiras anteriores da capital carioca. O Imperator, localizado no Méier, é o grande ponto de encontro do crescente movimento e o sucesso do projeto “Rio Novo Rock” talvez mostre como pode ser promissor o futuro da cena de rock na cidade.

REFERÊNCIAS

BENNETT, Andy; PETERSON, Richard. *Musical Scenes: local, virtual, translocal*. Nashville, Vanderbilt University Press 2004

BUSTAMANTE, Enrique. *Comunicación y cultura en la era digital*. Barcelona, Ed. Gedisa, 2002

CARDOSO FILHO, Jorge; JANNOTTI JR., Jeder. “A música popular massiva, o mainstream e o underground: trajetórias e caminhos da musica na cultura midiática”

DE MARCHI, Leonardo. *A destruição criadora da indústria fonográfica brasileira, 1999-2009: Dos discos físicos ao comércio digital de música*. Letra e Imagem Editora e Produções LTDA, 2016.

HERSCHMANN, Micael. *Indústria da música em transição*. Rio de Janeiro: Editora Estação das Letras, 2010.

KISCHINHEVSKY, Marcelo. *Da cultura da portabilidade à cultura do acesso – A reordenação do mercado de mídia sonora*. Anais do XIV Congresso Internacional Ibercom. São Paulo: USP, 2015.

KRETZER, Jucélio; TOYAMA, Miriam Costa. “Inovações Tecnológicas e Mecanismos de Proteção aos Direitos Autorais na Indústria Fonográfica”. *Revista Brasileira de Inovação*, 2008.

LEVY, Pierre. *Cybercultura*. São Paulo, Editora 24, 2010

LIMA, Tatiana Rodrigues - *Manguebeat: da cena ao álbum - performances midiáticas de Mundo Livre S/A e Chico Science e Nação Zumbi*. Salvador: Dissertação de mestrado defendida no Programa de Pós Graduação em Comunicação e Cultura Contemporâneas UFBA, 2007.

LOPEZ, PAULO. *Entrevista ao portal O Globo*, 2016.

PAIVA, José Eduardo Ribeiro de. *Direito autoral, mp3 e a nova indústria da música no Brasil*. Universidade Estadual de Campinas, Campinas, SP

RODARTE, Felipe. *Entrevista ao portal o Globo*, 2015.

STRAW, Will. *Systems of Articulation, Logics of change: Scenes and Communities in Popular Music*. *Cultural Studies*. Vol 5, n. 3, 361-375, Oct. 1991.

_____. *Scenes and sensibilities*. *Public*, n. 22-23, 2001.

NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL - SETE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICADOS À LEI 13.105 DE 16 DE MARÇO DE 2015

Luciana Picanço de Oliveira¹

RESUMO

O objetivo do presente artigo é a exposição e aprofundamento de sete princípios do Direito Processual Civil, com base na Constituição Federal de 1988, de acordo com o movimento de constitucionalização das normas processuais. A análise concreta dos preceitos fundamentais faz-se necessária para melhor compreensão do processo civil como um todo, de modo que, com a compreensão da origem e fundamentos do Direito Processual, é solidificada uma base jurídico-filosófica do processo civil, a qual se torna essencial para o bom desenvolvimento de uma demanda judicial, seja pela ótica do profissional advogado, do jurista ou do Estado.

PALAVRAS-CHAVE

Normas fundamentais; Processo Civil; Constitucionalização; Princípios de Direito Processual; Princípios Constitucionais.

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose and deepen seven principles of Civil Procedure Law, based on the Federal Constitution of 1988, according to the constitutional movement of procedural rules. The concrete analysis of fundamental precepts is necessary for a better understanding of the civil process as a whole, so that, with an understanding of the origin and foundations of procedural law, a juridical-philosophical basis of civil procedure is solidified, which becomes essential for the proper development of a lawsuit, either from the perspective of the professional lawyer, the lawyer or the State.

KEYWORDS

Fundamental Norms; Civil Procedure; Constitutionalisation; Principles of a Civil Procedure Law; Constitutional Principles.

¹ Advogada. Professora de Direito Civil pela FACHA. Mestranda em Direito, Políticas Públicas e Sustentabilidade pela UNIRIO. Pós graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes.

INTRODUÇÃO

O estudo do Direito Processual Civil, assim como das demais áreas, baseia-se em conceitos maiores, os quais devem sempre se pautar na Constituição. Para o bom entendimento e desenvolvimento de um processo civil é preciso que as “regras do jogo” sejam seguidas em conformidade com a base constitucional, a qual confere ao procedimento solidificação, concretude e movimento. A seguir serão estudados 7 (sete) princípios constitucionais em que se baseiam as normas fundamentais do processo civil.

1. MOVIMENTO DE CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PROCESSUAL – CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988.

O movimento de constitucionalização iniciou na Europa após a II Guerra Mundial e chegou ao Brasil na década de 90. Por meio dele, passou-se a perceber o Direito através da ótica da Constituição, de modo que, a análise do Direito Processual Civil não mais se restringia à literalidade de seu Código. Assim, a base fundamental, gerada pela Carta Magna na forma de princípios, passou a funcionar como “a regra das regras”, a base da estrutura, do corpo processual.

A Constituição Federal de 1988 inovou ao fazer o que não havia anteriormente: normas fundamentais aplicadas ao Direito Processual Civil, as quais foram refletidas em todos os Códigos posteriores. Chegamos, assim, a um modelo constitucional de processo civil.

Neste sentido escreve CORREIA (2009, p. 43):

A Constituição é a fonte precípua de emanção de normas de qualquer ramo do direito, já que dela os demais dispositivos irão extrair elementos para sua validade e eficácia. Na Lei Maior são comuns as referências a normas de natureza processual, que darão substratos a todas as demais normas infraconstitucionais. Assim, como exemplo de normas processuais constantes da Constituição brasileira podem ser enumeradas as seguintes: art. 5º, LVI, LIX, LX, entre outras.

Por conseguinte, descreve THEODORO JUNIOR (2015, p. 76):

Na atual concepção do Estado Democrático de Direito, o processo não é regido apenas pelas leis processuais propriamente ditas. Há toda uma sistemática normativa dentro da Constituição que inclui o acesso à

Justiça e os mecanismos do devido processo legal (processo justo) entre os direitos fundamentais (direitos do homem). Uma vez que a Constituição considera de aplicação imediata todas as normas definidoras dos “direitos e garantias fundamentais” (CF, art. 5º, § 1º), os princípios que regem o processo dentro da ordem constitucional assumem a categoria de normas jurídicas e, por isso, integram o direito processual, independentemente de qualquer regulamentação. O acesso à Justiça e a tramitação do processo têm, por isso, de observar não só as leis processuais comuns, mas as regras e os princípios soberanamente fixados na Constituição (NCPC, art. 1º).

A constitucionalização das normas processuais é facilmente percebida fazendo-se um paralelo entre artigos, como, pode-se ver na tabela abaixo:

Código de Processo Civil – Lei 13.115/2015	Constituição Federal de 1988
Art. 11. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade.	Art. 93, X. Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;
Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.	Art. 5º, XXXV. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Conforme nota-se, alguns artigos no Código do Processo Civil refletem fielmente a norma fundamental da Carta Magna, demonstrando que as normas fundamentais processuais estão espelhadas nos preceitos constitucionais, os quais funcionam como base para o ordenamento jurídico como um todo.

2. PRINCÍPIOS DO DIREITO PROCESSUAL CIVIL

2.1. PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

“ninguém será privado de seus bens, senão após o devido processo legal”. (CRFB/1988, art. 5º, LIV)

De acordo com o professor e jurista Alexandre Câmara, este deve ser o primeiro princípio a ser estudado. Ele existe para dizer que ninguém será privado de seus bens jurídicos, senão a partir de um processo desenvolvido com base na Constituição, conforme o modelo constitucional que é imposto. Por isso, parte da doutrina o denomina como princípio do devido processo constitucional.

Nesse sentido, acrescenta THEODORO JUNIOR (2015, p. 97):

A garantia do devido processo legal, porém, não se exaure na observância das formas da lei para a tramitação das causas em juízo. Compreende algumas categorias fundamentais, como a garantia do juiz natural (CF, art. 5º, XXXVII) e do juiz competente (CF, art. 5º, LIII), a garantia de acesso à Justiça (CF, art. 5º, XXXV), de ampla defesa e contraditório (CF, art. 5º, LV) e, ainda, a de fundamentação de todas as decisões judiciais (art. 93, IX). Faz-se, modernamente, uma assimilação da ideia de devido processo legal à de processo justo. A par da regularidade formal, o processo deve adequar-se a realizar o melhor resultado concreto, em face dos desígnios do direito material.

Serão analisados cada um dos aspectos do devido processo legal, observando as diretrizes apontadas anteriormente por Calmon de Passos (imparcialidade e independência do juiz, acesso à justiça e contraditório).

2.2.PRINCÍPIO DA ISONOMIA

“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”. (CRFB1988, Art. 5º). Este princípio é de extrema importância para o desenvolvimento de um processo justo e democrático. Os direitos fundamentais não podem ser compreendidos como garantias meramente formais. Estes devem ser efetivos e serem assegurados de modo substancial. O princípio da isonomia não se baseia apenas em “tratar todos em igualdade” e sim em tratar os iguais em igualdade e os desiguais em desigualdade, na medida em que se desigalam. Conforme dispôs primorosamente o excelentíssimo doutor Rui Barbosa:

A regra da igualdade não consiste senão em quinhonar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigalam. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira

lei da igualdade... Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real. (BARBOSA, Oração aos Moços, 1920)

A isonomia precisa existir como mecanismo de proteção às minorias. Ela é o limite que protege o cidadão do Estado e das maiorias. Segundo argumentação do professor Alexandre Câmara “*é por isso que se diz que o principal papel do Judiciário é o contra majoritário, de assegurar o respeito aos direitos fundamentais*”.

Um dos reflexos deste princípio no novo Código de Processo Civil foi a inclusão da obrigatoriedade de seguir a lista de processos de forma cronológica. Assim, o juiz não poderá “passar um processo na frente do outro”, sendo compelido a seguir a ordem em que seguem, assim como alega THEODORO JUNIOR (2015, p. 143):

As sentenças ou acórdãos deverão ser proferidos com obediência à ordem cronológica de conclusão, segundo determina o art. 12 do NCPC. Com isso, quer a lei impedir que ocorra escolha aleatória dos processos a serem julgados, dando preferência injustificável a um ou outro feito, independentemente do momento em que a conclusão para julgamento tenha se dado. Se “*todos são iguais perante a lei*” (CF, art. 5º, caput), e se ao órgão judicial incumbe “*assegurar às partes igualdade de tratamento*” (NCPC, art. 139, I), 143 é óbvio que a garantia de isonomia restará quebrada se a escolha do processo a ser julgado, dentre os diversos pendentes de decisão, pudesse ser feita sem respeitar a ordem cronológica de conclusão. A garantia constitucional não pode conviver com o privilégio desse tipo.

Cabe ressaltar que a lista de processos deverá ficar disponível para consulta pública, em cartório e na rede mundial de computadores, conferindo ampla publicidade a todos os cidadãos.

2.3.PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Este é um princípio implícito, posto que não consta escrito na lei, mas é utilizado frequentemente. A Carta Magna dispõe que ninguém será processado e julgado senão pela autoridade competente. Aborda também que não haverá juiz ou tribunal de exceção. Disso se extrai a ideia de que todos tem o direito ao juiz natural. Este juízo não vem da natureza e sim da Constituição, é um juízo constitucional. Seu aspecto principal é a ideia de que o processo deve se desenvolver perante o juízo cuja competência constitucional tenha sido pré-estabelecida. A respeito deste princípio, disse CORREIA (2009, p. 67):

Há, ainda, o princípio do juiz natural, segundo o qual o processamento e o julgamento das causas deve se dar perante juiz investido do poder jurisdicional, com a competência devidamente indicada pela Constituição Federal. Proíbe-se, ainda em consonância com esse princípio, a criação de tribunais de exceção, ou seja, aqueles concebidos ad hoc (para o processamento e julgamento de certo caso). As normas concernentes ao princípio, inclusive a proibição dos tribunais de exceção, vêm previstas no art. 5o, LIII e XXXVII, da Constituição Federal.

No mais, acrescenta NEVES (2016, p. 138):

O princípio pode ser entendido de duas formas distintas. A primeira delas diz respeito à impossibilidade de escolha do juiz para o julgamento de determinada demanda, escolha essa que deverá ser sempre aleatória em virtude de aplicação de regras gerais, abstratas e impessoais de competência. Essa proibição de escolha do juiz atinge a todos; as partes, os juízes, o Poder Judiciário etc.

Por meio deste princípio se extrai a ideia de que o juízo, pré-fixado constitucionalmente, é imparcial. Em casos de dúvida acerca da imparcialidade ou legitimidade do juízo, deve-se alegar seu impedimento ou suspeição, conforme aborda o Art. 144 do Código de Processo Civil.

2.4.PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

“Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito” (Lei 13.105/2015, art. 3º). Esta é uma garantia de acesso amplo e universal ao Judiciário. Todos possuem o direito de provocar a jurisdição estatal, de modo a deduzir suas pretensões. Não é a garantia de um provimento positivo, mas a segurança de que poderá obter a provisão do Estado, por meio do exercício da jurisdição.

O acesso ao Judiciário deve ser efetivo e substancial, conforme aborda THEODORO JUNIOR (2015, p. 123):

É de se ter em conta que, no moderno Estado Democrático de Direito, o acesso à justiça não se resume ao direito de ser ouvido em juízo e de obter uma resposta qualquer do órgão jurisdicional. **Por acesso à Justiça hoje se compreende o direito a uma tutela efetiva e justa para todos os**

interesses dos particulares agasalhados pelo ordenamento jurídico. Explica Leonardo Greco que o conteúdo de tal acesso “é implementado através das chamadas garantias fundamentais do processo ou do que vem sendo denominado de processo justo”, o qual, por sua vez, compreende “todo o conjunto de princípios e direitos básicos de que deve desfrutar aquele que se dirige ao Poder Judiciário em busca da tutela dos seus direitos”. Nele se englobam tanto as garantias de natureza individual, como as estruturais, ou seja, o acesso à justiça se dá, individualmente, por meio do direito conferido a todas as pessoas naturais ou jurídicas de dirigir-se ao Poder Judiciário e dele obter resposta acerca de qualquer pretensão, contando com a figura do juiz natural e com sua imparcialidade; com a garantia do contraditório e da ampla defesa, com ampla possibilidade de influir eficazmente na formação das decisões que irão atingir os interesses individuais em jogo; com o respeito à esfera dos direitos e interesses disponíveis do litigante; com prestação da assistência jurídica aos carentes, bem como com a preocupação de assegurar a paridade de armas entre os litigantes na disputa judicial; e com a coisa julgada, como garantia da segurança jurídica e da tutela jurisdicional efetiva. (GRIFOS NOSSOS)

Uma observação importante é que o amplo acesso à jurisdição não exclui a possibilidade de as partes optarem pelo juízo arbitral. As partes possuem a liberdade de escolher se irão ao Judiciário ou se utilizarão meio diverso para a solução de conflitos. O chamado novo Código de Processo Civil é o primeiro código desta natureza que abordou acerca de meios de solução consensual de conflitos.

“A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (Lei 13.105/2015, art. 3º, § 3º). Esta é uma das previsões do código atual acerca da possibilidade e da primazia do instituto de resolução consensual de conflitos. No entanto, apenas as partes poderão fazer esta opção. Caso lhes seja interessante, poderão transacionar por meio de um juízo arbitral ou realizar acordos extrajudiciais sobre seus direitos.

2.5.PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO

“Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (CRFB/1988, Art. 5º, LV). O princípio do contraditório baseia-se na possibilidade da parte se manifestar contrariamente ao seu adverso, podendo inclusive apresentar uma reconvenção. Este

benefício de manifestar-se contrariamente (ou não) deve ser garantido ao longo de todo o procedimento, de modo que, sempre que uma parte se manifestar, produzir provas e alegações, deve-se abrir prazo para a outra parte contraditar.

Para THEODORO JUNIOR (2015, p.134) o contraditório, além de igualdade de oportunidades, é uma garantia de que a parte será ouvida e participará ativamente na formação do provimento jurisdicional:

O que prevalece, portanto, é que o contraditório do processo justo vai além da bilateralidade e da igualdade de oportunidades proporcionadas aos litigantes, para instaurar um diálogo entre o juiz e as partes, garantindo ao processo “uma atividade verdadeiramente dialética”, em proporções que possam redundar não só em um procedimento justo, mas também em uma decisão justa, quanto possível.

Sendo assim, as partes devem ter tratamento paritário, de modo que qualquer decisão que contrarie a vontade da parte não será tomada sem sua prévia manifestação, permitindo com que a matéria seja discutida amplamente e seja formado o convencimento do juízo acerca do direito a ser tutelado.

Cabe ressaltar, no entanto que, se aberta a possibilidade de manifestação, a parte se mantiver em silêncio, não há mácula ao princípio do contraditório. Uma vez dada a fala a determinada parte, se esta não a aproveitou, de todo modo o contraditório ocorreu. “*Assim, por exemplo, ocorre com a revelia, em que, embora haja devida possibilidade de apresentação de contestação por parte do réu, este se queda inerte*” (CORREIA, 2009, p. 65).

2.6.PRINCÍPIO DA FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

O art. 11 do Código de Processo Civil reproduz a regra constitucional que impõe sejam públicos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade. O princípio da fundamentação das decisões está efetivamente ligado ao contraditório. Uma provisão jurisdicional sem fundamentação não será pacífica de controle caso não aborde as razões de convencimento do juiz ao provimento (ou não) da pretensão autoral. Por isso alegou THEODORO JUNIOR (2015, p. 142) que “*sem a motivação adequada, não se poderá aferir se a sentença apreciou, realmente, as razões e defesas produzidas pelas*

partes, nem se permitirá o necessário controle do comportamento do julgador pelos interessados mediante mecanismos do duplo grau de jurisdição”.

A exigência de fundamentação das decisões judiciais é, ao mesmo tempo, um princípio processual, um dever do juiz, um direito individual da parte e um garantia da Administração Pública, posto que é uma garantia política de controle do exercício da jurisdição.

Neste sentido, afirma primorosamente DIDIER (2012) em seu texto “Sobre a fundamentação da decisão judicial”:

A exigência da motivação das decisões judiciais tem dupla função.

Primeiramente, fala-se numa função endoprocessual, segundo a qual a fundamentação permite que as partes, conhecendo as razões que formaram o convencimento do magistrado, possam saber se foi feita uma análise apurada da causa, a fim de controlar a decisão por meio dos recursos cabíveis, bem como para que os juízes de hierarquia superior tenham subsídios para reformar ou manter essa decisão.

Fala-se ainda numa função exoprocessual ou extraprocessual, pela qual a fundamentação viabiliza o controle da decisão do magistrado pela via difusa da democracia participativa, exercida pelo povo em cujo nome a sentença é pronunciada. Não se pode esquecer que o magistrado exerce parcela de poder que lhe é atribuído (o poder jurisdicional), mas que pertence, por força do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, ao povo.

Por fim, conclui NERY JUNIOR (1999, p. 175) que:

Fundamentar significa o magistrado dar as razões, de fato e de direito, que o convenceram a decidir a questão daquela maneira. A fundamentação tem implicação substancial e não meramente formal, donde é lícito concluir que o juiz deve analisar as questões postas a seu julgamento, exteriorizando a base fundamental de sua decisão. Não se consideram “substancialmente” fundamentadas as decisões que afirmam “segundo os documentos e testemunhas ouvidas no processo, o autor tem razão, motivo por que julgou procedente o pedido”. Essa decisão é nula porque lhe faltou fundamentação.

2.7.PRINCÍPIO DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

O Código processual civil dispôs sobre este princípio ao alegar que “*as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa*” (Lei 13.105/2015, Art. 4º), baseado no que constitucionalmente definiu que “*a*

todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação” (CRFB/1988, Art. 5º, LXXXVIII). Isso quer dizer que aos litigantes é garantida a efetividade e celeridade, dentro do possível, para que a duração do procedimento judicial seja razoável e satisfatória para a resolução do conflito.

Nesse sentido, acrescenta THEODORO JUNIOR (2015, p. 126):

O novo CPC, por seu turno, prevê que essa garantia de duração razoável do processo aplica-se ao tempo de obtenção da solução integral do mérito, que compreende não apenas o prazo para pronunciamento da sentença, mas também para a ulatimação da atividade satisfativa. É que condenação sem execução não dispensa à parte a tutela jurisdicional a que tem direito. A função jurisdicional compreende, pois, tanto a certificação do direito da parte, como sua efetiva realização. Tudo isso deve ocorrer dentro de um prazo que seja razoável, segundo as necessidades do caso concreto

No entanto, não é possível, de antemão, prever qual seja a duração razoável de todos os processos, posto que isso não é algo que se possa predeterminar. Cada processo possui um ritmo específico e vários fatores, como a natureza e complexidade da causa, influenciam o andamento processual. O importante é que a celeridade da solução do mérito não macule a efetividade do provimento jurisdicional e da efetivação do contraditório e da ampla defesa.

CONCLUSÃO

É possível compreender a demasiada importância do saber constitucional. O bom operador do Direito é aquele que compreende a lei dentro da sua sistematização, ou seja, entendendo que ela faz parte de um sistema de normas, o qual deve ser estudado com um todo. O domínio dos preceitos fundamentais, dentro do processo civil, é de suma importância e deve ser a base de todo o procedimento, do seu início até o trânsito em julgado. Por isso, o devido processo legal, o contraditório e ampla defesa, o acesso a justiça, a razoável duração do processo, o juiz natural, a fundamentação das decisões e a isonomia são a base do bom desenvolvimento do processo civil, seja qual for o seu tema, suas partes e seu juízo.

REFERÊNCIAS:

CORREIA, Marcus Orione Gonçalves. *Teoria geral do processo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DIDIER, Fredie. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/sobre-a-fundamentacao-da-decisao-judicial.pdf>. Acesso em 16.02.17.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p.175-6.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8ª Ed. - Salvador: JUSPODIVM, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I* / Humberto Theodoro Júnior. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO ELLWANGER E OS LIMITES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL

Daniel Machado Gomes¹

Alexsander Carreiro da Silva²

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de analisar o sentido e o funcionamento da máxima da proporcionalidade que fundamentou a decisão do Supremo Tribunal Federal no caso Ellwanger, em que é discutido se a liberdade de expressão contempla a possibilidade de manifestar opiniões antissemitas. No julgamento, a Corte ponderou entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental à liberdade de expressão, definindo que a violação da dignidade humana atua como parâmetro material capaz de limitar a livre manifestação de ideias. Para a elaboração do texto, foi empregada na primeira parte do artigo a metodologia de revisão bibliográfica para discutir o significado da proporcionalidade. Na segunda parte do texto, foi utilizada a pesquisa qualitativa jurisprudencial como método para investigar o conteúdo dos votos dos ministros do STF e o resultado final do julgamento de Ellwanger.

PALAVRAS-CHAVE

Liberdade de expressão; proporcionalidade, Supremo Tribunal Federal, Robert Alexy.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze the meaning and functioning of the maxim of proportionality that based the decision of the Federal Supreme Court in the Ellwanger case, in which it is discussed whether freedom of expression contemplates the possibility of expressing anti-semitic opinions. In the judgment, the Court considered between the principle of the dignity of the human person and the fundamental right to freedom of expression, defining that the violation of human dignity acts as a material parameter capable of limiting the free expression of ideas. For the preparation of the text, the methodology of bibliographic revision was used in the first part of the article to discuss the meaning of proportionality. In the second part of the text, qualitative jurisprudential research was used as a method to investigate the content of the votes of the STF ministers and the final result of the Ellwanger trial.

KEYWORDS

Freedom of expression; proportionality, Supreme Court, Robert Alexy.

¹ Doutor em Filosofia pelo IFCS. Mestre em ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor e Coordenador do Curso de Direito da FACHA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. E-mail: daniel.machado@facha.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>.

² Mestre em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis. Advogado.

INTRODUÇÃO

Siegfried Ellwanger Castan foi um autor antissemita, fundador da Editora Revisão, que publicou livros seus e de terceiros com mensagens hostis ao povo judeu e que, em razão disso, foi processado por preconceito de raça. Apesar de ser inocentado na primeira instância, Ellwanger foi condenado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul com base no art. 20, da Lei n.º 7.716/89 que apenava em até cinco anos a prática, indução ou incitação pelos meios de comunicação social ou por publicação de qualquer natureza a discriminação ou preconceito de raça, por religião, etnia ou procedência nacional. A condenação levou Ellwanger a impetrar o *Habeas Corpus* 82.424/RS³ junto ao Supremo Tribunal Federal para defender sua liberdade, alegando o direito de expressar ideias antissemitas. O julgamento do Supremo resultou da ponderação, por meio da máxima da proporcionalidade, entre dois princípios: a dignidade humana e a liberdade de expressão. Na decisão, o STF estabeleceu parâmetros materiais que servem de limites à livre manifestação das opiniões e, por esta razão, o caso Ellwanger se tornou um importante precedente em matéria de direitos fundamentais na Corte Constitucional – fato que determina a relevância de se estudar este julgado.

O texto que segue tem o objetivo de apresentar o sentido e o funcionamento da máxima da proporcionalidade, analisando concretamente sua utilização pelo STF no caso Ellwanger. Na primeira parte do artigo, serão expostas as ideias de diferentes autores nacionais e estrangeiros com destaque para o pensamento de Robert Alexy, filósofo alemão contemporâneo que produziu estudos sobre a proporcionalidade como meio de solução nos conflitos entre direitos fundamentais. Segundo Alexy, na ponderação entre direitos deve-se questionar se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva da medida adotada. Este juízo de proporção é realizado através da análise de adequação entre meio e fim, levando-se em conta os valores do ordenamento jurídico vigente, conforme será demonstrado abaixo na primeira seção do texto.

Na segunda parte do artigo, será exposto o caso Ellwanger, no qual o STF utilizou a máxima da proporcionalidade como meio para solucionar a colisão entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o direito fundamental de liberdade de expressão. A Corte Suprema entendeu que não existe direito absoluto previsto na Constituição e, com isso, admitiu a possibilidade de se reconhecerem limites materiais ao exercício da liberdade de expressão no

³ HC 82.424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, Julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004

Brasil. O Supremo caracterizou a conduta de Ellwanger como delito racial, embora o réu tenha alegado no *Habeas Corpus* que o antissemitismo não se enquadraria como crime de racismo, porque biológica e antropológicamente existiria apenas a raça humana. A maioria dos Ministros do STF concordou que, apesar de não se pode falar em raça judia, o intuito artigo 5º, XLII, da Constituição Federal era criminalizar e punir qualquer tipo de preconceito direcionado a um grupo de pessoas devido à sua origem, crenças ou outro aspecto que o diferenciasse dos demais. Daí a dignidade humana figurou como um limite à liberdade de expressão no caso Ellwanger, em função da aplicação da máxima da proporcionalidade.

PONDERAÇÃO E PROPORCIONALIDADE

O constitucionalismo moderno trouxe eficácia vinculante aos princípios jurídicos e, com isso, veio também a necessidade de solucionar colisões entre eles. A fórmula clássica para a resolução de antinomias entre regras não consegue oferecer respostas hábeis para estas colisões que são vinculadas aos direitos fundamentais. Nos conflitos entre princípios, a solução não se fundamenta na análise da validade como ocorre com as regras, mas se baseia nas qualidades de densidade, peso e importância. Por isso, se dois princípios colidem, haverá somente a não aplicação de algum deles naquele caso concreto, entretanto ambos continuem válidos no ordenamento. Um princípio deve ser afastado em favor de outro como forma de garantir a harmonia e a coerência do ordenamento constitucional, pelo uso da técnica da ponderação que opera através da máxima da proporcionalidade.

A proporcionalidade é um cânone de interpretação, não é propriamente um princípio porque não é espécie normativa que se contraponha às regras jurídicas. Segundo o jusfilósofo alemão Robert Alexy (1997, p. 170), as regras expressam deveres definitivos, contendo determinações no âmbito fática e juridicamente possível que só podem ser cumpridas ou não. Em contrapartida, os princípios expressam deveres *prima facie*, ordenando a máxima realização de determinado direito, conforme as possibilidades reais e jurídicas existentes. Seu conteúdo definitivo somente pode ser fixado após o sopesamento com outros princípios também aplicáveis a determinada situação, constituindo-se em verdadeiros mandamentos de otimização.

Como a proporcionalidade não entra em disputa com outros princípios constitucionais, ela configura um parâmetro, critério e padrão de interpretação que possibilita o sopesamento entre princípios constitucionais contrapostos bem como a verificação da legitimidade e juridicidade dos atos legislativos, administrativos e judiciais. Por isso, na teoria de Alexy (2008,

p. 93), a proporcionalidade é uma máxima, um postulado de interpretação na aferição lógica e racional do sistema jurídico e da atuação do Poder Público. Neste sentido, não existe violação do princípio da proporcionalidade, e sim violação de regras e princípios que não foram aplicados conforme o referido postulado.

Na doutrina nacional inúmeros autores defendem que proporcionalidade e razoabilidade são termos sinônimos, pois ambos teriam a mesma finalidade de controlar e limitar a atuação do Poder Público. Celso Antônio Bandeira de Melo (1999, p. 68) enxerga a proporcionalidade como uma faceta da razoabilidade, enquanto José dos Santos Carvalho Filho entende que a razoabilidade e a proporcionalidade (para ele entendidos como princípios) não têm uma distinção profunda porque ambas confluem para formação de um outro (super) princípio - o da ponderação de bens e valores:

Examinada, conquanto em síntese, a fisionomia dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, chega-se à conclusão que ambos constituem instrumentos de controle dos atos estatais abusivos, seja qual for sua natureza... Na verdade, confluem, pois, rumo ao (super) princípio da ponderação de valores e bens jurídicos, fundante do próprio estado Democrático de Direito Democrático contemporâneo (pluralista, cooperativo, publicamente razoável e tendente ao justo) (CARVALHO FILHO, 2007, p.33-34).

A jurisprudência do STF não faz diferença entre razoabilidade e proporcionalidade, já que ambas são extraídas da mesma disposição normativa - o art. 5º, LIV, da Constituição brasileira que disciplina o devido processo legal, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. A cláusula do devido processo legal encerra não somente um caráter processual, mas principalmente um aspecto substantivo, portanto a razoabilidade e a proporcionalidade estão a salvo de qualquer investida do poder constituinte derivado em função da blindagem do art. 60, § 4º, inc. IV da CRFB⁴ que veda expressamente a deliberação de proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias fundamentais.

Entretanto existem diferenças teóricas e práticas entre a razoabilidade e a proporcionalidade que se evidenciam desde o nascedouro destes dois princípios. A origem da

⁴ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: ...§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: ...IV - os direitos e garantias individuais.

razoabilidade remonta à Magna Carta inglesa de 1215⁵, que foi uma das primeiras tentativas de se limitar o poder dos reis, conforme destaca Barroso:

Um dos marcos simbólicos da história constitucional, a *Magna Charta* foi originariamente, um documento que resguardava os direitos feudais dos barões, relativamente à propriedade, à tributação e as liberdades, inclusive religiosa. A amplitude de seus termos, todavia, permitiu, que ao longo do tempo, assumisse o caráter de uma carta geral de liberdades (BARROSO, 2009, p. 10).

No mesmo sentido, Antônio Roberto Sampaio Dória reforça a ligação da origem histórica da razoabilidade com a Carta imposta a João Sem Terra :

A matriz jurídica – filosófica da razoabilidade é a cláusula do *due process of law*, que se desenvolveu a partir do direito anglo-saxônico... As tensões sobre o arbítrio real culminaram no reinado de João Sem Terra, que, incapaz de resistir às pressões dos senhores feudais – verdadeira revolução política e social que se vinha avolumando desde a “Pequena Carta”, - viu-se forçado a outorgado a “Magna Carta” em 1215. Este documento se consolidou como estatuto fundamental do Direito inglês, estabelecendo os princípios básicos de sua estruturação política e jurídica. Cumpre estabelecer, todavia, que aquela carta política não “visava proteger os direitos individuais do cidadão”, embora tenha sido um de seus reflexos. Foi concebida sim, essencialmente, “como um complexo limitador apenas da ação real e jamais do Parlamento” A matriz do devido processo legal, portanto, remonta à “lei da terra” inscrita na Magna Carta (DÓRIA, 1986, p. 9-10).

A proporcionalidade nasceu no direito germânico e foi aplicada inicialmente pelo Tribunal Federal Constitucional em 1958 no caso Luth, para o sopesamento entre o direito fundamental de liberdade de opinião e outros princípios constitucionais. Erich Luth, judeu e crítico de cinema, promoveu um boicote ao filme *Amada Imortal*, dirigido por Veit Harlam, diretor que teve ligações com o regime nazista. Como consequência, Harlam ajuizou uma ação em face de Luth, alegando que o boicote violava a ordem pública – o que era vedado pelo Código Civil alemão. Condenado nas instâncias inferiores, Luth recorreu à Corte Constitucional alemã que entendeu que o direito fundamental à liberdade de expressão deveria prevalecer sobre a regra geral estabelecida no Código Civil, que protegia a ordem pública. Para a Corte alemã, a convocação para o boicote feita por Luth estaria abarcada pela proteção da Constituição, pois

⁵ Parte da doutrina aponta outras origens, como, por exemplo, Eduardo Cambi, que consigna quanto à origem, que o postulado da razoabilidade teria surgido da experiência jurídica norte-americana, amparada na garantia constitucional do devido processo legal em sentido substancial. CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo. Almedina. 2016. p. 586.

esta envolvia não apenas a manifestação da opinião como tal, mas também o efeito a ser alcançado (boicote) pela expressão das ideias. Com esta decisão, iniciou-se uma tendência de afastamento da aplicação da subsunção como forma de resolução dos conflitos entre direitos fundamentais, que foi seguida em outros casos semelhantes.

Em 1973, o Tribunal Federal Constitucional alemão utilizou a proporcionalidade para ponderar entre a liberdade de expressão e os direitos da personalidade no caso *Lebach*, que tratava da exibição de um documentário sobre o latrocínio cometido em 1969 contra quatro soldados que guardavam um depósito de munição. O canal de televisão pretendia apresentar um documentário com fotos e os nomes dos condenados, além de uma representação das circunstâncias do crime, perseguição e prisão, que expunha detalhes da relação entre os condenados, inclusive, mostrando ao público as ligações homossexuais entre eles. O Tribunal Federal Constitucional entendeu que a intervenção no direito de liberdade de radiofusão era justificada diante da violação ao direito de desenvolvimento da personalidade, proibindo a transmissão. Foi consignado que, pelo princípio da proporcionalidade, a informação com o nome, foto ou identificação do criminoso nem sempre seria permitida, principalmente, considerando o tempo ilimitado de exibição da notícia que expusesse a pessoa do criminoso e sua vida privada. Com isso, a reclamação foi julgada procedente, estabelecendo que o dano causado à personalidade causado por uma apresentação pública não pode ser desproporcional ao significado da divulgação para a comunicação livre.

Além de diferirem em relação à origem, razoabilidade e proporcionalidade também se distinguem na estrutura e na aplicação. Enquanto na razoabilidade se exige que os atos estatais apresentem adequação entre meios e fins, na proporcionalidade são considerados três níveis independentes que devem ser ordenadamente aplicados na análise da legitimidade das leis ou atos do Poder Público: a adequação, a necessidade e a ponderação. Alexy, em recente obra, assim define a questão:

A natureza dos princípios como mandamentos de otimização conduz diretamente a uma necessária vinculação entre os princípios e a análise da proporcionalidade. O princípio da proporcionalidade, que nas últimas décadas tem recebido cada vez mais reconhecimento internacional, tanto na prática e na teoria da jurisdição constitucional, é composto por três subprincípios: o princípio da adequação, o princípio da necessidade e o princípio da proporcionalidade *stricto sensu* (em sentido estrito). Todos os três subprincípios expressam a ideia de otimização (ALEXY, 2015, p. 18-19).

Na perspectiva de Alexy (*idem*, p.19), os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas da otimização que visam afastar sacrifícios evitáveis, pois

sempre haverá sacrifícios quando houver conflito entre princípios, daí a importância de ponderá-los. A ponderação é o foco do terceiro subprincípio - princípio da proporcionalidade em sentido estrito – que trata da otimização em relação às possibilidades jurídicas. Neste caso, quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.

Levando em conta a estrutura técnica-jurídica proposta por Alexy (ibidem, 18-19), pode ser dito que a razoabilidade corresponde ao primeiro dos três níveis que compõem a proporcionalidade: a exigência de adequação, de relação lógica e ordenada entre os meios empregados e os fins perseguidos. De acordo com esta perspectiva, o postulado da proporcionalidade é mais amplo que o da razoabilidade, já que aquele não visa apenas impedir o arbítrio (conteúdo negativo), não bastando saber qual a medida seja razoável, mas a proporção (limitação) a ser conferida a cada interesse ou direito em conflito, ou seja, não se esgota na análise da compatibilidade entre meios e fins.

APLICAÇÃO DA PROPORCIONALIDADE NO CASO ELLWANGER

No julgamento do caso Ellwanger, o princípio da proporcionalidade serviu para se aferir a constitucionalidade da restrição ao direito fundamental de liberdade de expressão e estabelecer o limite do limite, o núcleo essencial deste direito. No voto do Ministro Gilmar Mendes foi explicado que a proporcionalidade é um método para solucionar conflitos entre princípios através da ponderação do peso relativo de cada princípio na condição de bem constitucional. Assim, o princípio da proporcionalidade deve ser aplicado sempre que se pretenda verificar a constitucionalidade da restrição de um direito fundamental ou um conflito entre direitos fundamentais (princípios constitucionais) determinando-lhes o seu peso relativo num dado caso concreto. Nesta ótica, o ministro entendeu que no caso Ellwanger o meio empregado - a condenação do paciente - seria adequado para alcançar o fim desejado, salvaguardando uma sociedade pluralista, na qual reine a tolerância.

Quanto ao exame da necessidade, o Ministro Gilmar Mendes afirma que a medida adotada era necessária, eis que a sentença condenatória proferida era o meio menos gravoso previsto constitucionalmente, considerando a criminalização e imprescritibilidade da prática de racismo. Analisando a proporcionalidade em sentido estrito, o ministro sustentou que deveria prevalecer a intervenção no direito de liberdade de expressão do paciente, para se garantir a preservação de valores inerentes a uma sociedade pluralista e da dignidade humana. Como

resultado, o ministro considerou improcedente o pedido de *Habeas Corpus* devido à prática de crime de racismo e a sua imprescritibilidade.

Gilmar Mendes considerou que o próprio sistema democrático pressupõe a igualdade e a tolerância entre os diversos grupos, por isso o princípio da proporcionalidade constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais. Assim, este princípio serve para estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. Gilmar lembrou que a máxima da proporcionalidade, na expressão de Robert Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo, tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental (HC. 82424/RS – STF, p.637-671)

Analisando a teoria de Alexy, Gilmar Mendes explica que o princípio da proporcionalidade se aplica quando for verificada uma restrição a direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo que seja necessário estabelecer o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade.

São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Tal como já sustentei em estudo sobre a proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (“A Proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal”, in *Direitos Fundamentais e controle de Constitucionalidade: Estudos de Direito Constitucional*, 2ª. ed., Celso Bastos Editor: IBDC, São Paulo, 1999, p. 72), há de perquirir-se, na aplicação do princípio da proporcionalidade, se em face do conflito entre dois bens constitucionais contrapostos, o ato impugnado afigura-se adequado (isto é, apto para produzir o resultado desejado), necessário (isto é, insubstituível por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz) e proporcional em sentido estrito (ou seja, se estabelece uma relação ponderada entre o grau de restrição de um princípio e o grau de realização do princípio contraposto(...))(HC. 82424/RS – STF, p.637-671).

Para Gilmar Mendes, a condenação de Ellwanger foi adequada em função do fim almejado: a salvaguarda de uma sociedade pluralista onde reine a tolerância. Além disso, a decisão condenatória foi necessária, pois não havia outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Ele ressaltou que o próprio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul agiu com cautela na dosagem da pena, razão pela qual também aqui a decisão atende ao princípio da proibição do excesso. Por fim, o ministro entendeu que a decisão também atende o requisito da

proporcionalidade em sentido estrito e explicou que nesse plano é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja, a preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista, da dignidade humana, e o ônus imposto à liberdade de expressão do paciente.

Gilmar não contesta a proteção à liberdade de expressão no sistema democrático, porém ele defende que essa liberdade não alcança a intolerância racial e o estímulo à violência, pois outros bens jurídicos de base constitucional seriam sacrificados na hipótese de se dar à liberdade de expressão uma amplitude absoluta, intangível. Nesta mesma linha de entendimento, o voto do Ministro Celso de Mello lembrou que o direito à livre expressão do pensamento não se reveste de caráter absoluto, sofrendo limitações de natureza ética e jurídica, de modo que os eventuais abusos no exercício dessa prerrogativa legitimam a reação estatal e sujeitam aqueles que os praticarem a sanções civis ou penais. Desse modo, para o Ministro Celso de Mello, a publicação de obras que extrapolem os limites da indagação científica e da pesquisa histórica não está protegida pela cláusula constitucional que assegura a liberdade de expressão, quando resvalarem ao nível da ofensa e da incitação à intolerância e ao ódio público contra os judeus. O ministro reconheceu que em um contexto de liberdades aparentemente em conflito, a colisão deve ser equacionada pela Corte, utilizando do método da ponderação concreta de bens e valores.

Diferentemente dos votos dos demais ministros, Carlos Ayres de Brito e Marco Aurélio Mello concordaram com o deferimento do *H.C.*, fundamentando este entendimento em juízos de sopesamento. Ayres de Brito identificou uma contradição entre os princípios jurídicos da dignidade humana e da liberdade de expressão, em razão da qual aplicou a proporcionalidade, concluindo pela atipicidade da conduta de Ellwanger. Marco Aurélio também utilizou a proporcionalidade, sopesando liberdade de expressão e vedação ao racismo, para dar primazia à liberdade da expressão sob a alegação de que ninguém poderia gozar da verdade mesmo quando veiculadora de ideias preconceituosas.

O voto discordante proferido pelo Ministro Marco Aurélio fez com que a questão da ponderação fosse alçada ao centro do debate *sub judice*. O Ministro partiu da premissa de que a base para a absolvição do réu no juízo de primeiro grau foi a prevalência do direito à liberdade de expressão que é fundamental para a concretização do princípio democrático e para a construção de uma sociedade livre, solidária e plural. O ministro ressaltou também a dimensão social e política da liberdade de expressão, que não pode ser tida unicamente como uma proteção cega e desproporcional da autonomia de ideias do indivíduo, mas deve ser vista sob o

ângulo daquele que tem o direito de receber o maior número de informações possível, de ter acesso ao mais amplo conhecimento, a fim de se tornar uma pessoa apta a desenvolver as potencialidades e a cidadania.

O voto do Ministro Marco Aurélio afirmou que, mesmo se admitindo que o direito fundamental de livre manifestação do pensamento seja passível de limitação e de controle quanto ao seu exercício, a análise é complexa e deve ser realizada com a maior cautela possível, baseando-se em provas cabais e conclusivas, ou mesmo em informações e dados da realidade que possam comprovar a assertiva de que, de fato, há perigo advindo do exercício da liberdade de expressão. Para o Ministro Marco Aurélio, a solução da questão posta no *Habeas Corpus* deveria passar necessariamente por um exame objetivo da realidade social brasileira, sob pena de se formar convicção a partir de pressupostos culturais alienígenas, erigindo uma limitação concreta à liberdade de expressão do nosso povo, com base em circunstâncias históricas alheias à nossa realidade.

No sentir do julgador, o livro de Ellwanger, em si, não tem o poder de transformar o pensamento de uma sociedade, mas tem a potencialidade de incentivá-la a caminhar em um determinado sentido. Neste sentido, o conteúdo ideológico de um livro somente poderá proliferar quando encontrar um ambiente social propício a tanto, pois a obra não viabiliza, por si só, uma alteração de pré-compreensões, mas pode estimular ou acelerar mudanças positivas ou negativas, quando for somada a determinadas condições sociais, políticas, econômicas e culturais. Assim, apenas quando uma comunidade política tenha uma propensão psicológica a abraçar semelhante ideário é que o livro poderá representar perigo de semente de ódio e de práticas discriminatórias.

Para o Ministro Marco Aurélio, a História revela que, em nenhum momento de nosso passado, a sociedade brasileira demonstrou qualquer inclinação a aceitar, de forma ostensiva ou relevante, ideias preconceituosas contra o povo judeu. Ao contrário disso, as mais diferentes formas de divulgação da cultura judaica sempre gozaram de amplo apoio e interesse popular. As instituições judaicas funcionam e são reconhecidas no Brasil como importantes centros de referência (hospitais, sinagogas, centros de cultura e museus). Por isso, o Ministro considera que seria mais defensável restringir a liberdade de expressão, se a questão tratasse de problemas enfrentados no Brasil como a integração do negro, do índio ou do nordestino.

Considerado o princípio da proporcionalidade, o Ministro Marco Aurélio entendeu que a condenação proferida pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul não foi o meio mais adequado, necessário e razoável para desestimular a discriminação e a preservar a dignidade do

povo judeu. Após destacar a excepcionalidade da previsão constitucional de imprescritibilidade penal no sistema dos direitos fundamentais, o voto asseverou que a interpretação do inciso XLII, do artigo 5º, da Constituição deveria ser a mais restrita possível, aplicando-se apenas na hipótese de discriminação racial contra o negro, sob pena de se criar um tipo constitucional-penal aberto imprescritível - algo impensável em um sistema democrático de direito.

O Ministro Marco Aurélio argumentou que os direitos fundamentais estão na base da sustentação e da eficácia do princípio democrático, de modo que a liberdade de expressão exerce um papel de extrema relevância nas suas mais variadas facetas - direito de discurso, de opinião, de imprensa, à informação e a proibição da censura. Por meio da liberdade de expressão, ocorre a participação democrática com as mais diferentes e inusitadas opiniões sendo externadas de forma aberta, contrariando a opinião do Estado ou mesmo da maioria da sociedade – o que é definitivo na construção de uma sociedade livre e plural, com diversas correntes de ideias, ideologias, pensamentos e opiniões políticas. Por isso, deve-se atribuir maior peso ou primazia ao princípio da liberdade de expressão em contraponto a dignidade da pessoa humana no sentido em que esta se apresentava no *hard case*.

O voto do Ministro Marco Aurélio lembrou que em inúmeras ocasiões a Suprema Corte Americana optou pela primazia da liberdade de expressão em colisões de direitos fundamentais, mesmo quando resultasse em violação aos valores culturais vigentes – por exemplo no caso *Miller v. Califórnia* sobre a publicação de pornografia, ou no caso *Fawell v. Hustler Magazine* sobre o desrespeito à imagem de autoridades e pessoas públicas.

O voto de Marco Aurélio destaca que o Estado se revela democrático quando aceita e tolera diferentes expressões do pensamento, especialmente aquelas opiniões que criticam sua estrutura, seu funcionamento e o pensamento majoritário. Nesse sentido, a tolerância política é imprescindível para regular as relações entre as majorias e as minorias e para servir de princípio regente das relações entre as ideologias e grupos políticos divergentes. O ministro considera que a proteção ao pensamento minoritário faz da liberdade um típico direito fundamental de defesa cuja essência é ser um espaço imune a restrições impostas pelo Executivo, Legislativo ou Judiciário. A autonomia do pensamento individual se apresenta como proteção à tirania imposta pelo pensamento politicamente correto.

Ao fazer o exame da exigibilidade ou necessidade, o ministro considerou que a medida escolhida não deve exceder ou extrapolar os limites indispensáveis à conservação do objetivo que pretende alcançar. Deste modo, ele entendeu que no caso *Ellwanger* existiam outros meios que poderiam igualmente atingir o fim almejado a um custo ou dano menor aos interesses dos

cidadãos em geral. Por isso o ministro julgou que deve ser garantido o direito à liberdade de manifestação do pensamento e preservados os livros, já que a restrição a tal direito não garantirá sequer a conservação da dignidade do povo judeu.

Ao aplicar a proporcionalidade em sentido estrito, o voto de Marco Aurélio entendeu que a prisão de Ellwanger era desproporcional, por um juízo de ponderação da adequação entre meio e fim. Considerando os valores do ordenamento vigente, o Ministro defendeu que não seria razoável restringir determinada manifestação de opinião, ainda que preconceituosa e despropositada, sob o argumento de que tal ideia incitará a prática de violência, se não existem mínimos indícios de que o livro causará tal revolução na sociedade brasileira. O voto questionou também a razoabilidade de se punir o paciente pela edição de livros alheios, responsabilizando-o por ideias que nem sequer lhe pertencem, tendo em vista que há outras maneiras mais fáceis, rápidas e econômicas de a população ter acesso a tais pensamentos, como a internet por exemplo. Pelo exame da proporcionalidade, Marco Aurélio votou por reformar a decisão do Tribunal gaúcho e conceder o *Habeas Corpus*, já que o ministro considerou que não houve a prática do crime de racismo e, conseqüentemente, ocorreu prescrição da pretensão punitiva estatal.

Diferentemente do entendimento do ministro Marco Aurélio, a maioria dos membros da Corte decidiu que no caso Ellwanger ocorreu a caracterização do crime de racismo, por conseguinte a condenação penal foi mantida e o *Habeas Corpus* foi indeferido. Na ponderação entre a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana os Ministros consideraram o peso de cada princípio constitucional e atribuíram à dignidade humana um valor de fonte nuclear cujo desrespeito impede a fruição de qualquer outro direito fundamental, ainda que seja a liberdade de expressão. Assim, a ponderação deu prevalência à dignidade como um princípio de hierarquia axiológica superior, forte inclusive para afastar a liberdade individual.

CONCLUSÃO

No presente artigo foram analisados o sentido e o funcionamento da máxima da proporcionalidade a partir do estudo do caso Ellwanger que foi julgado pelo STF. Inicialmente, na primeira parte do texto foram apresentadas diferentes perspectivas doutrinárias sobre a proporcionalidade, com ênfase nas ideias que constam na obra de Robert Alexy, autor alemão que, na contemporaneidade, se dedica ao estudo dos conflitos entre direitos fundamentais. Conforme foi consignado, Alexy propõe que na ponderação entre direitos fundamentais seja

questionado se o resultado obtido é proporcional ao meio empregado e à carga coativo-interventiva da medida adotada. Para tanto, deve-se adotar três subprincípios: da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito. De acordo com Alexy, os princípios da adequação e necessidade referem-se às possibilidades fáticas da otimização, enquanto o princípio da proporcionalidade em sentido estrito se refere à otimização das possibilidades jurídicas. Assim, quanto maior o grau de não satisfação ou de restrição de um princípio, maior deverá ser a importância em atender ao outro.

A segunda parte do texto analisou o caso Ellwanger, no qual o STF julgou o *Habeas Corpus* proposto por um condenado por crime racial que publicara obras antisemitas. Foram discutidos principalmente os argumentos apontados nos votos do Ministro Gilmar Mendes e do Ministro Marco Aurélio que aplicaram a máxima da proporcionalidade para ponderar entre dois princípios: a dignidade humana e a liberdade de expressão. Apesar de ambos fundamentarem seus votos na teoria de Alexy, os dois Ministros chegaram a conclusões opostas, pois Gilmar deu prevalência à dignidade, enquanto Marco Aurélio privilegiou a liberdade de expressão. A contradição de resultados indica as dificuldades na aplicação prática das ideias que integram a teoria de Alexy, pois, apesar do esforço do autor em criar parâmetros objetivos que balizem as decisões, a valoração subjetiva dos fatos e das normas influencia o julgamento.

Na decisão final do *Habeas Corpus*, o STF admitiu a possibilidade de se limitar a livre manifestação das opiniões quando estas ofenderem a dignidade humana, já que não existe direito absoluto previsto na Constituição. Para maioria dos Ministros do STF, o intuito artigo 5º, XLII, da Constituição Federal é criminalizar e punir qualquer tipo de preconceito direcionado a um grupo de pessoas devido à sua origem, crenças ou outro aspecto que o diferenciasse dos demais. Logo, a divulgação de ideias antisemitas configurou um delito racial, razão pela qual, no caso Ellwanger prevaleceu a dignidade humana em detrimento da liberdade de expressão, de acordo com a orientação proposta pelo voto do Ministro Gilmar Mendes. Portanto, é possível concluir que, apesar da dificuldade de concretização da teoria da ponderação de Alexy, o consenso construído no STF aplicou a máxima da proporcionalidade para definir que a dignidade humana figura como limite da liberdade de expressão das opiniões, no caso Ellwanger.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997a.

_____. *El concepto y La validez Del Derecho*. Trad. Jorge M. Senã. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1997b.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais e Proporcionalidade. Dignidade Humana, direitos sociais e não-positivismo inclusivo*. Organizadores: Robert Alexy, Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silveira. Florianópolis: Qualis, 2015.

DÓRIA, Antônio Roberto Sampaio. *Direito Constitucional Tributário e “due process of law”*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

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

Supremo Tribunal Federal. HC 82.424, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Relator (a) p/ Acórdão: Min. MAURÍCIO CORRÊA, Tribunal Pleno, Julgado em 17/09/2003, DJ 19-03-2004

DIREITO AO ESQUECIMENTO, JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO E MEMÓRIA COLETIVA: NOVAS PERSPECTIVAS À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E DA PERSONALIDADE

Daniel Queiroz Pereira¹

Vitor Furtado de Melo²

RESUMO

O presente trabalho versará sobre a polêmica reconstrução da verdade histórica, enfrentada por ordenamentos jurídicos do mundo inteiro, em realidades transicionais, quando se reestabelece a legalidade democrática, ao fim de um regime de exceção. Mais especificamente; buscar-se-á analisar a maneira como o Estado Brasileiro tratou a questão; tendo em vista o necessário balanceamento entre as prerrogativas da intimidade e privacidade, de um lado, e o direito à informação, do outro. Adiciona-se ao problema, ainda, a discussão sobre a possibilidade de controle temporal de dados pessoais por determinado sujeito; o chamado Direito ao Esquecimento, e como e se o Estado pode legitimamente impedir que tal controle seja exercido pelos cidadãos, amparado pelo Interesse Público. Neste sentido, para uma maior compreensão da polêmica, procurou-se, quando possível, aplicar à realidade pátria, a ideologia da conciliação elaborada por Ricard Vinyes, bem como os estudos de Hannah Arendt.

PALAVRAS-CHAVE: Privacidade, direito à informação, controle de dados.

ABSTRACT

The work herein approaches the controversial reconstruction of the Historical Truth, faced by legal systems around the World, when a dictatorial regime comes to an end and the democracy is reestablished. Specifically, the aim of this paper is to analyse how the Brazilian State handled the issue upon described, having in mind the necessary balance between the constitutional prerogatives of the privacy and intimacy, on one hand, and the right to be informed, on the other hand. It was added to the discussion the possibility of temporal control of personal data by a citizen, the so-called the right to be let alone, and how or if the State can legitimately prevent its citizens of such control, supported by the Public Interest. In order to enable a greater understanding of the matter, it was tried to apply to the Brazilian reality the ideology of reconciliation elaborated by Ricard Vinyes, as well as studies of Hannah Arendt.

KEYWORDS: Privacy. Right to information, Data control.

¹ Professor Adjunto da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO e da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Professor Titular do Ibmecc – RJ. Professor da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – EMERJ e da Escola Superior de Advocacia Pública do Estado – ESAP. Advogado e Consultor Jurídico. E-mail: danielqueiroz.unirio@gmail.com.

² Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro – UNIRIO. Advogado. E-mail: vfurtadodemelo@yahoo.com.

Introdução

O direito ao esquecimento foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro em 2013, através VI Jornada de Direito Civil, com a edição do Enunciado número 531, feito pelo Conselho da Justiça Federal. Segundo ele, tal prerrogativa seria essencial para a tutela da dignidade da pessoa humana, estando justificado devido ao avanço das novas tecnologias da informação. Ainda em sua justificativa, esclarece-se que o titular do mesmo não possui qualquer direito em reescrever o passado ou alterar dados, mas apenas em decidir como e se fatos pretéritos serão utilizados ou divulgados. Assim, é possível que o mesmo seja limitado pela tutela à Informação, considerada como interesse público de toda uma sociedade; prevista tanto na Constituição da República, como no Código Civil.

É justamente sobre o conflito presente entre Esquecimento e Informação que o trabalho aqui introduzido visa versar. Em outras palavras, procurou-se questionar até que ponto a desmembrança de um sujeito importante para a História de uma sociedade inteira seria maior do que o direito dessa mesma sociedade em conhecer fatos de seu passado. O conflito fica mais acirrado, ao aplicá-lo às realidades transicionais, percebidas após o fim de regimes governamentais abusivos e ilegítimos; quando os crimes cometidos por agente estatais contra os Direitos Humanos começam a vir à tona e a coletividade anseia por uma resposta estatal.

O equilíbrio entre a Personalidade dos autores de tais abusos - que, apesar de atentarem contra toda a população, continuam sendo sujeitos de direito – e o dever estatal em informar a sua nação sobre estes mesmos excessos, para que haja uma reconciliação político-social, parece ser incerto no mundo inteiro. Porém, este estudo se limita a apresentar a realidade brasileira pós ditadura militar, onde o Estado, por vezes, mostra-se favorável ao Esquecimento e, em outros momentos, valoriza a reconstrução da verdade histórica, garantindo o direito social a ser informado. Para isso, aplicar-se-á à realidade pátria as teorias sobre reconciliação social do jurista catalão Ricard Vinyes, que aborda o tema ao se debruçar sobre o comportamento do estado espanhol depois da queda do general Francisco Franco, e da filósofa judia Hannah Arendt, cujo estudo se contextualiza ao pós-Segunda Guerra Mundial.

Apesar da complexidade, importância e contradição do tema, há poucos trabalhos escritos sobre o mesmo, principalmente, em relação à situação vivida pelo Brasil. Essa escassez pode ser explicada, pela inércia estatal em se discutir tal assunto. Isso porque,

mesmo antes do fim do regime militar, em 1979 foi publicada a Lei nº. 6.683, que concedia a todos (militares e opositores) anistia política, sob a justificativa de se estabelecer uma paz social e um perdão mútuo. Contudo - para alguns, em especial expressos políticos que ainda se encontravam reclusos e chegaram a fazer greve de fome durante a votação do diploma legal, ao abarcar aqueles que violaram Direitos Humanos durante o período militar - a referida lei impediu que fatos fossem apurados, impossibilitando, uma verdadeira reconciliação.

O silêncio do Estado foi quebrado em 2010, quando o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ajuizou, perante o Supremo Tribunal Federal, Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental, para questionar a citada Lei da Anistia (ADPF 153). O objetivo do autor era que a norma fosse interpretada de acordo com o texto constitucional de 1988, para que aqueles que se valeram de meios violentos e abusivos em nome do Estado militar pudessem ser processados e julgados pela justiça penal, tendo em vista que tais abusos não seriam crimes políticos, mas comuns e tratados pela redação legal como conexos a eles. A suprema corte não acolheu os pedidos autorais e considerou que a interpretação dada à lei estaria de acordo com a Constituição Federal de 1988 (CRFB/88). A lide, contudo, ainda não se encontra esgotada, estando pendente a apreciação de Embargos de Declaração opostos pela OAB.

Dois anos após o julgamento, foi criada, no Brasil, a chamada Comissão Nacional da Verdade, cujo objetivo era a apuração de fatos ocorridos na ditadura militar. Apesar do texto legal, a partir do qual o órgão foi fundado, ser favorável ao esquecimento dos agentes estatais; o seu relatório final, entregue à então Presidente da República em 2014, expõe a identidade daqueles que violaram os Direitos Humanos em nome do Estado, detalhando, ainda a conduta de cada um; por considerar tais fatos importantes à reconciliação nacional e à reconstrução da História do país.

Dessa maneira, a despeito dos mais de vinte anos de vigência da Ordem Constitucional Democrática, o assunto de reconciliação nacional no Brasil é extremamente contemporâneo, devido à inércia estatal em abordá-lo em momento anterior.

2. Os direitos fundamentais e da personalidade à luz da dicotomia público x privado

A divisão entre o âmbito público e privado acompanhou o estudo do Direito desde os seus primeiros passos. Em Roma, na antiguidade, dizia-se que o *jus publicum* faria

referência à presença do Estado, quando o interesse deste regeira determinado vínculo; enquanto que o *jus privatum*, por outro lado, regularia as relações entre particulares.

Porém, como se sabe, essa diferenciação é insuficiente para conceituar ambas as esferas jurídicas e, por isso, ainda é procurada uma real distinção entre elas. Muitos, ao tentarem fazê-la, afirmam que o ramo público é aquele cujas relações são dotadas de desigualdade entre as partes. Por outro lado, o ramo privado suporia existir uma equivalência entre os participantes de um negócio jurídico. Ainda assim, com o fenômeno de despatrimonialização do direito civil mundialmente percebido desde o fim da 2ª Guerra Mundial e trazido pelo Código Civil de 2002, ao ordenamento jurídico pátrio, tal definição não é satisfatória. Isso porque, percebe-se que o próprio sistema civil brasileiro já reconhece desigualdades entre particulares, em contratos de adesão, por exemplo; ao passo que o direito público passou a abarcar as relações entre Estados, deduzida a equipolência entre eles.

Não há, conseqüentemente, uma barreira intransponível entre os campos público e privado do Direito. Afirmar esta que pode ser percebida, com uma força ainda maior, se se considerar a interferência estatal nas relações, antes consideradas puramente privadas; como quando o Poder Público assume papel de garantidor do respeito aos direitos da personalidade do cidadão.

Neste sentido, cumpre repisar as palavras de Caio Mário da Silva Pereira:

A influência publicizante do Estado e a necessidade de se instituírem, com mais segurança e amplitude, fórmulas cada vez mais dirigidas no sentido de realizar a finalidade precípua do direito que se positiva e se afirma no propósito de garantir e proteger o bem-estar do indivíduo *in concreto*, cogitando da normatividade social em atenção ao bem da pessoa, geram a tendência à publicização da norma jurídica. Em consequência deste movimento acentua-se a restrição da liberdade individual, tomando corpo a estatização de numerosos serviços e intervindo o Estado em matérias que antes eram relegadas exclusivamente ao arbítrio de cada um. O direito de família tende ao direito público, em razão da relevância cada vez maior em que o organismo familiar é tido no ordenamento jurídico. O direito de propriedade sofreu este impacto nas restrições que o proprietário encontra à utilização e à disponibilidade do bem. O contrato, antes expressão maior da autonomia da vontade, sofreu interferências a benefício do economicamente inferior. O princípio da responsabilidade civil ampliou-se na medida em que avultou o risco criado pelo desenvolvimento dos meios de produção, do maior aparelhamento técnico das indústrias, e do aceleração das vias de transporte. Por toda parte se desenvolve a tendência à instituição de princípios de ordem pública, substituindo as velhas normas que, a pretexto de assegurarem a liberdade humana, permitiam à atividade individual a faculdade de sacrificar ao seu exercício a órbita pessoal de outros indivíduos³.

³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil**. vol. I. 29 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 15.

Aqui, e tendo em mente a dicotomia incerta analisada, é possível que se estabeleça também a relação entre direitos fundamentais e direitos da personalidade. De início, cabe ressaltar que aqueles estão constitucionalmente previstos e, tradicionalmente, fazem-se presentes quando a Administração se relaciona com seus administrados; já os direitos da personalidade, presentes no Código Civil, em regra, regulam as relações entre indivíduos.

Cada um destes conceitos, contudo, vai além. Os direitos fundamentais podem ser entendidos como aqueles Direitos Humanos já positivados por um determinado ordenamento jurídico. São, portanto, a internalização de prerrogativas (Direitos Humanos) reconhecidas no plano internacional como sendo de direito de todos os homens em todos os tempos; sendo, assim, responsáveis por contextualizar de maneira espacial e temporal tais prerrogativas.

Contudo, não se pode considerar apenas como direitos fundamentais aqueles expressamente presentes no Título II, da Constituição da República de 1988. Melhor dizendo, é necessário que a esta categoria seja impressa uma condição aberta que impeça uma interpretação limitada do texto legal; haja visto ser impossível que um ordenamento jurídico preveja a totalidade de situações potenciais causadoras de violações aos Direitos Humanos.

Neste diapasão, por estarem previstos em Lei Fundamental, costumam ser considerados como paradigma para a vigência de qualquer legislação interna, que não podem ser editadas e/ou interpretadas de modo a desrespeitá-los, sob pena de não lhes emprestar eficácia e deixá-los em plano puramente formal.

É justamente a partir desta obrigação estatal em garanti-los que surgem os direitos da personalidade, responsáveis por quebrar parte do paradigma público x privado, conforme já demonstrado anteriormente. Em outras palavras, são os direitos da personalidade que permitem a aplicação de certos direitos fundamentais às relações entre particulares, acabando com a ideia de que só o Estado deve respeitá-los, frente aos indivíduos. Nas palavras de Anderson Schreiber, tal categoria “[...] abrangia um núcleo de atributos inseparáveis da pessoa humana, a ser protegido não apenas em face do Estado, mas também contra o avanço incessante da exploração do homem pelo homem”⁴.

O autor escreveu tal dizer, ao se referir ao contexto histórico em que a categoria foi primeiramente reconhecida, quando o pensamento jurídico ainda era fortemente marcado pelo liberalismo e o direito privado, pela patrimonialidade. Com o advento da

⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 05.

personalidade, principalmente na França e Alemanha, contudo, o caráter pecuniário e patrimonial não deixou de existir entre os administrados; mas passou a ser regida sob a ótica da dignidade humana. Embora, à época, essa ideia tenha sido alvo de duras críticas, fundamentadas no argumento de que o direito civil tinha natureza patrimonial objetiva, já os da personalidade trariam uma subjetividade prejudicial ao ramo; ela foi e é aceita como basiladora dos negócios jurídicos, inaugurando uma nova classificação de personalidade, além daquela que é pressuposto para se possuir direitos e obrigações (personalidade física ou jurídica): admite-se sob o conceito de personalidade, ainda, “o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico”⁵.

Retornando à discussão sobre a ligação estabelecida entre direitos fundamentais e os da personalidade; Anderson Schreiber ainda defende que a diferença entre eles incide apenas no local onde são positivados, uma vez que considera que o conteúdo de ambos é o mesmo. Ademais, ele afirma que a positivação de tal classificação no diploma civil não impede a aplicação de demais comandos constitucionais a relações civis; o que demonstra a aproximação de todo o ordenamento jurídico para uma interpretação sistêmica à luz da constituição, como pode ser inferido do trecho abaixo:

Trata-se, como se vê, do mesmíssimo fenômeno encarado por facetas variadas. O valor tutelado é idêntico e unitário: a dignidade humana. No plano internacional, a regulação e proteção dos chamados direitos humanos depende do consenso entre diferentes culturas e pode apresentar variações em relação ao direito interno de cada Estado. No plano interno, embora também possa variar o tipo de proteção oferecida pelo ordenamento conforme o ofensor seja particular ou o Poder Público (exemplar marcante, no Brasil, é a possibilidade de impetrar mandado de segurança), a proximidade entre os dois terrenos é cada vez maior. A ciência jurídica contemporânea vem superando o abismo, cavado pelos juristas do passado, entre o direito público e o direito privado para reunificar as duas esferas em torno da unidade constitucional⁶.

O autor, portanto, ao falar sobre a identidade entre os conteúdos presentes na Constituição e no Código Civil de 2002; aproxima-se do que o jurista português Rabindranath Capelo de Souza afirma, uma vez que este último também acredita serem idênticos os objetos de tutela destes e de direitos fundamentais, conforme o trecho abaixo:

Ora, à dignidade e o ao desenvolvimento da pessoa humana é-lhes inerente no nosso sistema jurídico o direito geral de personalidade previsto no art. 7º do Código Civil, que a nossa Constituição, por via dos seus arts. 1º e 2º, desde logo recolhe. Por outro lado, por força do art. 16º, nº 2, da Constituição, ‘os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem

⁵ TEPEDINO, Gustavo. “A Tutela da Personalidade no Ordenamento Civil-Constitucional Brasileiro”. In: TEPEDINO, Gustavo. **Temas de Direito Civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar: 2004 p. 27.

⁶ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas. 2013. p. 13.

ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem'. Acontece que o Preâmbulo da Declaração considera que 'na Carta, os povos das Nações Unidas proclamaram, de novo, a sua fé nos direitos fundamentais do homem, na sua dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres e se declaram resolvidas a favorecer o progresso social e a instaurar melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla' e que o art. 29º, nº 1, da Declaração supõe o direito ao 'livre e pleno desenvolvimento da personalidade'. Finalmente, o art. 16º, nº 1, da Constituição estabelece que 'os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das leis', Ora, o art. 70º do Código Civil consagra um direito geral de personalidade, que, pelo acervo de bens e valores jurídicos tutelados, reveste natureza fundamental e é análogo ao regime dos direitos, liberdades e garantias previstos no Título II da Parte I da Constituição⁷.

Contudo, há posicionamentos em sentido contrário. Marcos A. de A. Ehrhardt Júnior, por exemplo, considera que os direitos da personalidade são uma especialização dos fundamentais⁸; por abarcarem apenas aqueles que dizem respeito à individualidade de seu titular. Seriam, portanto, a parcela voltada para o indivíduo e suas vicissitudes. Na mesma toada, defende Gilberto Haddad Jabour, que admite terem tais categorias a mesma gênese e semelhante conteúdo, mas os seus destinatários são diferentes e também a sua abrangência, ao considerar que "o [os] arts. 12 e 13 da Constituição Federal (Título I, 'Dos direitos e garantias fundamentais': Capítulo III, 'Da nacionalidade'). Outros direitos, políticos (CF, arts. 14 a 16) e dos partidos políticos (CF, art. 17), também foram inseridos no mesmo Título II da Constituição, apenas oponíveis ao Estado. Daí serem fundamentais e não personalíssimos"⁹.

Percebe-se que, com a publicação do Código Civil de 2002 elaborado sob o pálio da Constituição da República de 1988, que coloca a dignidade da pessoa humana em posição de destaque, o Brasil passa a adotar tal tendência de superação da dicotomia entre o *jus publicum* e o *jus privatum*, prevalente à época inicial de codificação dos sistemas jurídicos. Percebe-se, portanto, a existência dos ditos direitos da personalidade no seio do diploma, que vêm para reproduzir – ou especificar – o que já se encontrara positivado no artigo 5º, da Carta da República de 1988, em matéria de direitos fundamentais aplicados ao indivíduo.

⁷ SOUSA, Rabindranath V. A. Capelo de. **O Direito Geral de Personalidade**. Coimbra: Coimbra, 1995. pp. 619-621.

⁸ EHRHARDT JÚNIOR, Marcos de A. de A.. "Direitos Humanos Fundamentais à Personalidade: A necessária intersecção entre o público e o privado para a garantia de sua proteção a partir da perspectiva do mínimo existencial". Disponível em: http://portalciclo.com.br/downloads/artigos/direito/direitos_humanos_fundamentais_%C3%A0_personalidade_marcos_ehrhardt.pdf. Acesso em: 11 abr. 2016.

⁹ JABUR, Gilberto Haddad. **Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada: Conflitos entre direitos da personalidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 81.

Faz-se mister ressaltar que considerá-los como uma espécie dentro da categoria de direitos fundamentais ou uma simples reprodução deles não faz com que ambas as esferas deixem de possuir algumas características semelhantes, estando as duas dotadas das características previstas no Capítulo II, do Livro I, do Código Civil de 2002. Assim, seguindo tal raciocínio, eles seriam, em tese, imprescritíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis e, por isso, não se extinguiriam “pelo uso, pelo decurso do tempo, nem pela inércia na pretensão de defendê-los”, nas palavras de Carlos Roberto Gonçalves¹⁰.

3. As faces do Direito ao Esquecimento aplicadas à justiça de transição e a Comissão Nacional da Verdade.

Em 1969, o Tribunal Constitucional Alemão, em apreciação do famoso caso conhecido como “As mortes dos soldados de Lebach”¹¹ (*Die Soldatenmorde von Lebach*), teve de decidir aparente conflito entre o direito à liberdade de imprensa, ligado ao direito da sociedade à informação, e o direito à honra e intimidade de um indivíduo. A partir de tal colisão e em razão dela, é que surge o direito ao esquecimento, como chamado pela doutrina brasileira, ou *the right to be let alone*, como conhecido pelo ordenamento jurídico estadunidense. Ele pode ser conceituado pela prevalência (ou sopesamento, como definido por Robert Alexy) da intimidade e honra individuais, em detrimento do direito à informação de toda a sociedade; quando tal informação não for contemporânea e diga respeito somente a fatos passados do titular do esquecimento.

Assim, percebe-se que, levando este instituto em consideração, os erros praticados por alguém no passado não podem ser ecoados eternamente ou ficar na memória da opinião pública, como se fossem uma punição perpétua ao autor. Isso porque, o interesse público referente a tais fatos ou atitudes antigos seria menor ou teria deixado de existir,

¹⁰ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 189.

¹¹ “Nessa decisão estava em questão a seguinte situação: a emissora de televisão ZDF planejava exibir um documentário chamado ‘O assassinato de soldados em Lebach’. Esse programa pretendia contar a história de um crime no qual quatro soldados da guarda de sentinela de um depósito de munições do Exército alemão, perto da cidade de Lebach, foram mortos enquanto dormiam e armas foram roubadas com o intuito de cometer outros crimes. Um dos condenados como cúmplice nesse crime, que, na época prevista para a exibição do documentário, estava perto de ser libertado da prisão, entendia que a exibição do programa, no qual ele era nominalmente citado e apresentado por meio de fotos, violaria seu direito fundamental garantido pelos arts. 1º, §2º, e 2º, §1º, da Constituição alemã, sobretudo porque a sua ressocialização estaria ameaçada.[...]” ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. 4ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2015, pp. 99 e 100.

com o passar dos anos ou pela natureza particular do ato. Melhor explicando, Robert Alexy resumiu o que foi decidido *in casu*, com a seguinte frase:

Ou seja: uma notícia repetida (T1) não revestida de interesse atual pela informação (T2), sobre um grave crime (T3), e que põe em risco a ressocialização do autor (T4), é proibida do ponto de vista dos direitos fundamentais.¹²

No Brasil, o direito ao esquecimento foi trazido, em 2013, pela VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal, em seu enunciado 531 (*in verbis*: "a tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento"), sendo reconhecido doutrinária e jurisprudencialmente como uma das tangentes dos direitos à intimidade e à proteção da honra, por exegese do artigo 5º, X, da Constituição da República. Esta definição pode ser explicada pelo fato de que aquilo que se busca tutelar com a aplicação do instituto diz respeito à história particular e individual do sujeito de direito (intimidade); para que o mesmo sujeito não tenha a sua pessoa eternamente vinculada a determinada atitude passada e não seja objeto de execração pública (honra).

Portanto, apesar de ter sido classificado pela jornada supradescrita como um direito fundamental, não se pode deixar de considerá-lo também como parte da personalidade de seu sujeito; seja tratando a categoria do Código Civil como uma mera reprodução daquilo que está na Carta Magna ou como uma espécie do conteúdo constitucional. Isso porque, como já ressaltado, tanto o rol de Direitos Fundamentais, como aquele que prevê os da Personalidade, não devem ser considerados exaustivos, mas elásticos; para emprestar-lhes máxima eficácia, garantindo, assim, a dignidade da pessoa humana.

Nesse passo, a possibilidade de integração do Esquecimento à esfera civil, apesar do seu reconhecimento como Direito Fundamental pelo Enunciado acima, é indiscutível. O Código Civil imputa ao indivíduo os Direitos da Personalidade, que, em conjunto, garantem a dignidade da pessoa humana, colocada, por isso, em posição de destaque. Essas prerrogativas trazidas pelo diploma são classificadas de maneira tricotômica, estabelecendo elementos, que, segundo a doutrina, integram a dignidade do ser humano. Nota-se, assim, que o Direito ao Esquecimento estaria inserido na categoria espiritual do sujeito, responsável por garantir a sua integridade moral.

¹² ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 3 ed. 4ª Tiragem. São Paulo. Malheiros, 2015, p. 102.

Melhor dizendo, o ordenamento civil assegura que os aspectos psicológicos da individualidade (integridade moral, portanto) sejam respeitados *erga omnes*, inclusive pelo Estado, limitando a interferência externa em elementos internos da Personalidade; estando abarcadas, aqui, as esferas que constituem a prerrogativa da deslembração, como a honra, intimidade e privacidade.

A primeira delas, talvez, seja aquela mais perceptível na vida em sociedade, visto que o direito a honra nada mais é do que o respeito à reputação de um cidadão, frente à coletividade, ou a soma de fatos pretéritos positivos socialmente conhecidos que dizem respeito a ele. Tradicionalmente; essa prerrogativa é utilizada como uma garantia pessoal contra imputações falsas, de modo que se um dado for divulgado e corresponder com a verdade, mesmo que prejudicial ao sujeito, a sua honra estaria limitada. Contudo, ao analisá-lo sob a ótica do Esquecimento, tem-se que não basta apenas a veracidade da informação para que a sua divulgação seja legítima, mas também a contemporaneidade e o interesse público devem estar presentes; passando o controle de dados pretéritos e irrelevantes ao titular do olvidamento. Em outras palavras,

[...] baseado na dignidade inerente à própria condição humana do indivíduo, pode-se e deve-se impedir a divulgação de fatos ocorridos que, **a despeito de serem verdadeiros, não apresentam mais qualquer interesse social e que venham causar qualquer tipo de dano desnecessário** à honra e à dignidade pessoal do titular do direito, trazendo-lhe desprezo e vergonha perante os demais (grifos nossos)¹³.

O direito à privacidade, por outro lado, pode ser entendido como um respeito ao desejo de seu titular de excluir do conhecimento de terceiros que fogem ao seu círculo de convívio pessoal determinados comportamentos ou fatos. Seria, portanto, uma proteção à vida íntima, ao desejo de se restringir determinados aspectos próprios. A intimidade insere-se, aqui, como um campo um pouco mais restrito da privacidade, sendo caracterizada pelos aspectos pertinentes ao sujeito e divididos apenas com pessoas de sua confiança. Por isso, o Esquecimento, muitas vezes, passa pela intimidade, visto que visa proteger não somente acontecimentos passados, mas também opiniões e posicionamentos particulares não contemporâneos.

Para Anderson Schreiber, contudo, a proteção à privacidade e intimidade evoluiu para uma proteção aos dados pessoais; transcendendo a esfera doméstica e adentrando

¹³ RAMOS FILHO, Evilásio Almeida. “Direito ao Esquecimento *versus* Liberdade de Informação e de Expressão: A Tutela de um Direito Constitucional da Personalidade em Face da Sociedade da Informação”. Disponível em: <http://portais.tjce.jus.br/esmec/wp-content/uploads/2014/12/Direito-ao-Esquecimento-vs-Liberdade-de-Infoma%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 06 de Jun. 2016.

qualquer ambiente em que tais dados circulem. Assim, mesmo que, no passado, determinada informação ou imagem tenha sido divulgada com a autorização de seu titular; para o autor, é possível que o Esquecimento sirva de limite temporal a tal divulgação. A importância do instituto é destacada, ainda, ao se considerar a facilidade com que informações do passado circulam na rede mundial de computadores e que ninguém está condenado a conviver com pegadas pretéritas por toda a eternidade:

Se toda pessoa tem o direito de controlar a coleta e uso de seus dados pessoais, deve-se admitir que tem também o direito de impedir que dados de outrora sejam revividos na atualidade, de modo descontextualizado, gerando-lhe risco considerável. [...].

Ao longo das últimas décadas, o fortalecimento do papel da mídia trouxe o direito ao esquecimento para as páginas de jornais e revistas, como meio de impedir que fatos pretéritos sejam ressuscitados de modo aleatório, com graves prejuízos para o envolvido. A internet, com a perenidade dos seus dados e a amplitude dos seus sistemas de pesquisa, captulou a importância do direito ao esquecimento, colocando-o na ordem do dia das discussões jurídicas¹⁴.

Naquele mesmo ano de 2013, pela primeira vez, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela aplicação do esquecimento, definindo-o, pela pessoa do Ministro Luiz Felipe Salomão, da seguinte maneira:

Com efeito, o reconhecimento do direito ao esquecimento dos condenados que cumpriram integralmente a pena e, sobretudo, dos que foram absolvidos em processo criminal, além de sinalizar uma evolução cultural da sociedade, confere concretude a um ordenamento jurídico que, entre a memória – que é a conexão do presente com o passado – e a esperança - que é o vínculo do futuro com o presente -, fez clara opção pela segunda. E é por essa ótica que o direito ao esquecimento revela sua maior nobreza, **pois afirma-se, na verdade, como um direito à esperança, em absoluta sintonia com a presunção legal e constitucional de regenerabilidade da pessoa humana** (grifos nossos)¹⁵.

O caso em tela é considerado o *leading case* da aplicação do esquecimento por uma corte superior brasileira. O fato de que a discussão foi travada mediante uma relação entre entes particulares prova, ademais, a sua aplicabilidade no campo civil.

O autor da ação em questão é um homem indiciado por participação em sequência de homicídios, no emblemático episódio conhecido no país inteiro como “Chacina da Candelária”, tido como parte da história da cidade do Rio de Janeiro. Apesar de ter sido apontado, à época, como coautor do crime, o titular do esquecimento foi absolvido. No processo cível de reparação de danos morais, a TV Globo integrava o polo passivo, por citar o nome do autor em rede nacional, ao relatar os assassinatos, em matéria do

¹⁴ SCHREIBER, Anderson. **Direitos da Personalidade**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2013. pp.180-181.

¹⁵ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.334.097, Relator : Des. Luiz Felipe Salomão, 2013.

programa “Linha Direta”, que foi ao ar em 2006, treze anos após o acontecimento dos fatos.

Ao apreciar a lide, o seu relator destacou que a exibição da referida reportagem, apesar de condizente com a realidade, havia lesado de maneira desproporcional o autor da ação. Para ele, a liberdade de imprensa e o direito à informação da sociedade poderiam ser compreendidos, sem que houvesse prejuízo ao autor da ação; se a imagem e o nome da parte lesada não tivessem sido expostos em rede nacional. Isso porque:

Muito embora tenham as instâncias ordinárias reconhecido que a reportagem mostrou-se fidedigna com a realidade, a receptividade do homem médio brasileiro a noticiários desse jaez é apta a reacender a desconfiança geral acerca da índole do autor, que, certamente, não teve reforçada sua imagem de inocentado, mas sim a de indiciado¹⁶.

Por fim, o Ministro fez uma analogia da sua importância em relação ao Processo Penal, ao dizer que, se um condenado, após o cumprimento da pena, tem direito ao sigilo de seus antecedentes; aqueles que foram indiciados também não deveriam conviver com esse emblema por toda a vida. Dessa maneira, reconhece também a eficácia do Esquecimento, no âmbito indivíduo *versus* Estado. A comparação continua, ao citar o princípio da pessoalidade da pena, o que tornaria o olvidamento aplicável também aos familiares e pessoas próximas ao seu titular.

Apesar disso, o relator da lide - que também o fora de outro caso parecido e tão emblemático quanto o da “Chacina da Candelária” à formação, ainda em construção, do conceito desta nova face da intimidade - decidiu de maneira diversa da descrita anteriormente. O embate em questão ocorreu por veiculação, também no programa Linha Direta, na TV Globo, do assassinato de Aída Curi. Nessa situação, os irmãos da falecida mulher postulavam, face à emissora, reparação por danos morais, alegando que a matéria exibida havia aberto feridas já em processo de cicatrização, conforme o relatório:

Sustentam [os autores] que o crime fora esquecido pelo passar do tempo, mas que a emissora ré cuidou de reabrir as antigas feridas dos autores, **veiculando novamente a vida, a morte e a pós-morte de Aída Curi**, inclusive explorando sua imagem, mediante a transmissão do programa chamado “Linha Direta-Justiça”.

Entendem que a exploração do caso pela emissora, depois de passados tantos anos, foi ilícita, tendo ela sido previamente notificada pelos autores para não fazê-lo, indicando estes, ademais, que houve enriquecimento ilícito por parte da ré, explorando tragédia familiar passada, auferiu lucros com audiência e publicidade.

[...]

No mérito da causa, alegam os recorrentes o **direito ao esquecimento** acerca da tragédia familiar pela qual passaram na década de cinquenta do século passado, direito esse que foi violentado pela emissora ré, por ocasião da

¹⁶ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.334.097, Relator : Des. Luiz Felipe Salomão, 2013.

veiculação da reportagem não autorizada da morte da irmã dos autores (grifos nossos)¹⁷.

O Ministro Luiz Felipe Salomão, então, decidiu pelo indeferimento do pedido de indenização de dano moral, por considerar que o conteúdo veiculado teve foco muito maior na conduta dos assassinos em si, do que na imagem da vítima; além de destacar o interesse público pelo que ele considerou “crimes históricos”; justificando tal interesse pela própria natureza pública da Ação Penal, por meio da qual um assassinato é levado à apreciação da Justiça. Contudo, nesse mesmo julgado, ele não deixa de admitir a existência do esquecimento no ordenamento brasileiro, mas afirma que *in casu* a informação à sociedade deveria prevalecer ao sofrimento dos autores, já abrandado pelo tempo.

Não tenho dúvida, como antes salientado, em afirmar que, em princípio, assim com os condenados que cumpriram pena e os absolvidos que se envolveram em processo-crime, as vítimas de crimes e seus familiares têm direito ao esquecimento – se assim desejarem –, consistente em não se submeterem a desnecessárias lembranças de fatos passados que lhes causaram, por si, inesquecíveis feridas. Caso contrário, chegar-se-ia à antipática e desumana solução de reconhecer esse direito ao ofensor (que está relacionado com sua ressocialização) e retirar-lhe dos ofendidos, permitido que os canais de informação se enriqueçam mediante a indefinida exploração das desgraças privadas pelas quais passaram. Não obstante isso, assim como o direito ao esquecimento do ofensor – condenado e já penalizado – deve ser ponderado pela questão da historicidade do fato narrado, assim também o direito dos ofendidos deve observar esse mesmo parâmetro.

[...]

No caso de familiares de vítimas de crimes passados, que só querem esquecer a dor pela qual passaram em determinado momento da vida, há uma infeliz constatação: na medida em que o tempo passa e vai se adquirindo um “direito ao esquecimento”, na contramão, a dor vai diminuindo, de modo que, relembrar o fato trágico da vida, a depender do tempo transcorrido, embora possa gerar desconforto, não causa o mesmo abalo de antes (grifos nossos)¹⁸.

Nesse sentido e considerando o pensamento pátrio majoritário, intimidade e imagem teriam duas faces: uma constitucional (art. 5º, X, CRFB) e sua regulamentação presente no aparato normativo cível (art. 21, Código Civil). A compreensão de ambos os seus lados é facilitada, pela observação do limite ao acesso da Administração Pública a informações pessoais dos administrados, bem como pela existência da tutela à vida privada de cada cidadão tratado individualmente frente à sociedade. Seguindo essa linha e aplicando-a ao conceito de direito ao esquecimento como uma interpretação de ambas as garantias; pode-se notar a presença do instituto em questão também nas duas esferas.

¹⁷ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.335.153, Relator : Des. Luiz Felipe Salomão, 2013.

¹⁸ BRASÍLIA, Superior Tribunal de Justiça, REsp. 1.335.153, Relator : Des. Luiz Felipe Salomão, 2013.

Os citados precedentes do Superior Tribunal de Justiça mostram como a deslembração pode se expressar como um direito que age entre entes privados – ou entre um sujeito e a divulgação de fatos para a sociedade -, enquanto que, para exemplificar a presença do “ser deixado só”, na esfera pública, pode-se observar o caso de aplicação de prescrição da pretensão punitiva estatal em processo penal, bem como do tempo de duração de antecedentes criminais.

Contudo e, apesar do carácter absoluto¹⁹ do qual estas categorias estão dotadas, o próprio diploma civil, juntamente com a doutrina e jurisprudência, estabelece certos limites às mesmas. Dentre eles, coloca-se em relevo o que está previsto no artigo 20, do Código Civil atual:

Art. 20. **Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública**, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, **ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa** poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais (grifos nossos).

Ora, se, como já dito, conceitua-se o esquecimento como o ponto de encontro entre imagem e intimidade; é possível que o mesmo possa ser restringido, conforme as hipóteses do dispositivo acima transcrito, resguardando o fato de que se tal restrição for voluntária, não deve ser “permanente e nem geral”; como disciplina o Enunciado 4, da I Jornada de Direito Civil²⁰.

Porém, é percebida maior dificuldade em se definir os limites ao olvidamento de um sujeito de direito, quando o argumento para tanto se baseia no interesse público; indisponível e predominante frente ao mero interesse do ente particular.

Ocorre que este princípio do Direito Administrativo é bastante amplo e seu conceito, aberto e indeterminado. Para começar a compreendê-lo, deve-se destacar que o titular do interesse público é o Estado²¹, não o indivíduo; o que, contudo, pode parecer

¹⁹ “O carácter absoluto dos direitos da personalidade é consequência da sua oponibilidade *erga omnes*. São tão relevantes e necessários que impõe a todos um dever de abstenção, de respeito. Sob outro ângulo, têm carácter geral, porque inerentes a toda pessoa humana”. GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, parte geral. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 188.

²⁰ “O exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

²¹ “Tal visão é simplista, porque mesmo a tutela de um interesse puramente privado traz consigo indissociável preocupação do Estado e portanto pública, sem falar na *noção híbrida* dos interesses individuais homogêneos que serve para ressaltar que até interesses privados podem possuir boa dose de carga pública. O conceito de interesse público tem sido utilizado para alcançar também os chamados interesses sociais, interesses indisponíveis do indivíduo e da coletividade, os interesses coletivos, os difusos, os transindividuais, etc”. JÚNIOR, João Cândia de Mello. “O Conceito Polêmico de Interesse Público”. In: **Revista do Ministério Público do RS**. Ed. 39, p. 288. Disponível em: http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1275672471.pdf. Acesso em 30 mar. 2016.

demasiadamente insuficiente para a definição que aqui se busca. Isso porque, a proteção dos direitos individuais indisponíveis – como os da personalidade - também se torna parte das prerrogativas estatais (conforme o art. 127, da Carta Magna, elenca, como sendo uma das atribuições do Ministério Público), devido, entre outras coisas, à constitucionalização das relações entre particulares. Nesse sentido, cabe destacar que o filósofo e jurista Norberto Bobbio já ponderava não ser, o interesse público, redutível a uma somatória dos interesses singulares, mas oriundo da ideia de abdicação de parte da autonomia individual, como contribuição ao bem coletivo. Assim,

o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos autocráticos ou órgãos democráticos²².

Portanto, não fica difícil notar a amplitude e indeterminação no conceito de interesse público, podendo tornar a sua aplicação como contrapeso para a limitação de direitos da personalidade ou fundamentais²³ bastante controversa. Uma das maiores dúvidas oriundas desta polêmica, talvez, esteja no sopesamento da tutela da intimidade e da imagem individuais, frente ao direito da sociedade à informação. Para o professor Daniel Sarmiento, o resultado desta ponderação (intimidade limitada pelo acesso à informação) traz crescimento, inclusive, à personalidade individual dos integrantes da coletividade; isso porque, só assim, seria possível que cada indivíduo formasse suas convicções pessoais e fizesse “escolhas conscientes em suas vidas particulares”. Além disso, o autor destaca a necessidade do conhecimento dos fatos pela população para o amplo exercício da democracia, visto que só dessa maneira é que se participa da vida pública, fiscalizando os agentes do Poder²⁴. Ademais, ele vai além, ao reafirmar a importância para a democracia do direito à informação, dizendo que o regime não admite que se deixe o controle de acesso a dados à mercê dos agentes públicos:

²² BOBBIO, Norberto. **Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política**. 1987, pp. 24-25 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2007. pp. 209-210.

²³ Cita-se, aqui, ambas as categorias de direito; pelo fato de se ter dificuldade em determinar quando uma ou a outra (*jus publicum* ou *jus privatum*) é delimitada pelo direito de informar. Em outras palavras; a divulgação de informação pertinente a um sujeito pela imprensa pode refletir a relação entre entes privados (empresa privada de comunicação e indivíduo objeto da publicação) ou entre o titular ou não do esquecimento e a coletividade, justificada pela função social da imprensa.

²⁴ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer no AREXT 833248. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

Como já destacou o STF, deve-se partir da presunção de existência de interesse público nas informações transmitidas pelos meios de comunicação social. Tal presunção se justifica porque a categoria “interesse público” é extremamente maleável, e a sua plasticidade pode ser empregada, voluntariamente ou não, para bloquear o acesso da cidadania a informações importantes. Não se deve confiar a agentes estatais – nem mesmo àqueles que integram o Poder Judiciário – o papel de definir o que a sociedade tem ou não o direito de saber. Do contrário, instaurar-se-ia um pernicioso regime paternalista no campo informativo, em que “tutores estatais”, nem sempre bem intencionados, poderiam se arvorar no direito de excluir certos assuntos - às vezes incômodos para os “donos do poder” - da pauta das discussões sociais²⁵.

Neste mesmo estudo, o autor ainda cita as três faces do direito à informação²⁶, classificadas por Jonatas E. M. Machado; onde se inclui o direito a ser informado. Esta esfera, segundo Daniel Sarmiento, diz respeito a uma contraprestação estatal e midiática, frente a uma prerrogativa da sociedade, em relatar aquilo que for de interesse público. É, justamente, aqui que se encontra a reconstrução da Memória Coletiva ou o objeto de estudo da História.

Sobre esse aspecto, merece destaque a importância de uma reconstrução da verdade histórica, ou da citada Memória Coletiva, para que haja uma efetiva coesão social, que se sustente por si só. O sociólogo francês da escola durkheimiana Maurice Halbwachs²⁷ reconhecia este importante papel da memória coletiva para a coesão social; destacando, contudo, a existência de certa fragilidade nesta, quando comparada à memória individual. Isso porque, para ele, as lembranças oficiais (memória nacional) seriam seletivas e poderiam servir como um forte instrumento de opressão às minorias, dotadas de suas próprias regressões individuais. Segundo esta visão, portanto, a aplicação do direito ao esquecimento seria prejudicial a uma nação, por impedir tanto que a própria

²⁵ SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer no AREXT 833248”. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²⁶ Segundo o professor Daniel Sarmiento, estas três faces seriam: direito de informar (confunde-se com a liberdade de expressão e de imprensa), direito de se informar (ter acesso a meios lícitos para se chegar a determinado dado) e direito de ser informado (contraposto a obrigação estatal e midiática de relatar fatos relevantes ao interesse público). Cf. Jonatas E. M. Machado. **Liberdade de Expressão: Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra, 2002, pp. 472-486; J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. vol I. 4 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 573 *apud* SARMENTO, Daniel. **Liberdades Comunicativas e Direito ao Esquecimento na Ordem Constitucional Brasileira**. Parecer no AREXT 833248. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/2/art20150213-09.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2018.

²⁷ Cf. POLLAK, Michael. **Memória, esquecimento, silêncio**. Estudos históricos. Rio de Janeiro, v. 2, n. 3, 1989, pp. 3-15 *apud*: BARBOSA, Alessandra de Abreu Minadakis. “Direito à Memória e a Reconstrução da Verdade Possível”. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=7b308824b9a5a738>. Acesso em: 12 mar. 2018.

História seja recriada e não evitar a repetição de erros do passado, como por dificultar a manutenção da recordação particular.

O problema fica mais visível quando se toma por base os regimes de exceção e a transição dos mesmos para a democracia. Em situações assim, a arbitrariedade estatal, ao tutelar o olvido de agentes ditatoriais, pode esconder a dimensão dos abusos existentes no período. Tendo tal risco em mente, João dos Passos Martins Neto e Denise Pinheiro publicaram recente estudo, onde chegam a negar a existência de um direito ao esquecimento no ordenamento brasileiro, ao dizerem:

O direito ao esquecimento não deve ser considerado uma projeção implícita do direito à privacidade ou de qualquer outro direito fundamental, ao mesmo tempo em que a proibição de evocar o passado está em contraste frontal com a norma constitucional da liberdade de expressão, mais particularmente com as garantias da “plena liberdade de informação jornalística” (CFRB, art. 220, § 1º), da “livre expressão da atividade de comunicação” (CFRB, art. 5º, IX) e do “acesso à informação”. Aqui, segundo parece, uma distinção é essencial de ser feita: é aceitável reconhecer as pessoas de notoriedade passada o **direito ao isolamento**, mas não, em hipótese alguma, o direito ao esquecimento (grifos nossos)²⁸.

Ademais, ao se tomar como base a psicologia teórica de George Mead, segundo a qual o ser-humano toma consciência de si pelo discernimento da existência do outro; é possível estabelecer outro ponto importante da memória coletiva frente à mitigação do esquecimento. Em outras palavras, o sentimento de coletividade e as experiências sociais conjuntas são considerados por muitos como um fenômeno cultural de identidade e amadurecimento; através do qual a sociedade passa a exigir e reclamar direitos. Dessa forma, as prerrogativas sociais que espelham contraprestações estatais são tomadas como consequência de uma consciência coletiva²⁹. Nessa linha, o processo de transição adotado com frequência por Estados que passaram por períodos de desrespeito escancarado aos Direitos Humanos, ao adotar o esquecimento como perdão, ou reconciliação, estaria deslegitimando a própria luta pela democracia e, conseqüentemente, as suas instituições basilares.

O tema é objeto de estudo de Ricard Vinyes, que, descrevendo a realidade pós-franquismo na Espanha, destaca o esquecimento forçado pelo Estado como

²⁸ NETO, João dos Passos Martins Neto; PINHEIRO, Denise. “Liberdade de Informar e Direito à Memória – Uma Crítica à Ideia do Direito ao Esquecimento”. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Edição 19. v. 3. 2014. Disponível em: <http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/6670/3805>. Acesso em: 07 jan. 2016.

²⁹ Cf CAMPOS, Eduardo Lopes de Almeida. GONTIJO, Lucas de Alvarenga. “A Memória como Direito: O Fenômeno como Experiência de Aprendizado e o Papel do Direito na Construção da Memória Coletiva”. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ddd9dda6bfaf0bb1>. Acesso em: 30 de mar. 2016.

descaracterizador de figuras importantes que lutaram contra os regimes de exceção, reduzindo-os à qualidade de vítima. Assim, o reconhecimento de que a democracia se deu após um processo de lutas sociais, baseadas em valores éticos e morais, seria deixado de lado; o que mitigaria também “o patrimônio democrático que se sedimenta nossas instituições”³⁰.

Além disso, o tema de reconciliação social também é objeto de várias obras de Hannah Arendt, que, ao adentrá-lo, passa pela reconstrução da memória histórica. Para ela, o esquecimento de atrocidades cometidas pelo Estado (parte da história de uma sociedade) impediria que a conciliação fosse alcançada de fato. Isso porque, futuras gerações desta mesma sociedade teriam direito ao pleno conhecimento dos acontecimentos para que não houvesse distanciamento de tal realidade.³¹ Este distanciamento impediria uma leitura crítica do passado, o que poderia vir a “encobrir violações e justificar certas ações”.

Contudo, cabe ressaltar que, para a autora, a lembrança, ou contato com os abusos do passado, não seriam pressuposto a uma inquisição aos agentes de um regime de exceção. Pelo contrário, a reconciliação passaria, necessariamente, por um perdão social; sem que seja deslegitimada a luta pela queda de tal exceção, visto que tais abusos e a resistência consequente não seriam esquecidos. Isso porque, só o perdão – ou reconciliação - sanaria a irreversibilidade dos danos causados pela repressão.

Em outras palavras, o que Hannah Arendt busca é uma solução para uma transição bem sucedida; cujo caminho passaria necessariamente por um perdão social – devido à irreversibilidade dos danos - somado ao não esquecimento, que seria o responsável pela promessa de que a repressão não voltaria a acontecer³². Essa teoria pode ser percebida, portanto, como a busca de uma solução para um regime autoritário recém-derrubado e para o conflito político-social daí derivado, ao ressaltar a importância de um perdão sem esquecimento.

³⁰ VINYES, Ricard. “Sobre vítimas e vazios, ideologias e reconciliações, privatizações e impunidades”, p. 228 *apud*: QUADRAT, Samantha Viz; ROLLEMBERG, Denise. **História e memória das distaduras do século XX**. Vol II. Rio de Janeiro: FGV, 2015.

³¹ ARENDT, Hannah. “Prefácio: a quebra entre o passado e o futuro”. *In*: ARENDT. *Entre o Passado e o Futuro*. [Trad: Mauro W. Barbosa]. 5 ed. São Paulo: Perspectiva. 1979.

³² “Conforme Arendt vislumbrou, para estes “problemas” produzidos pela ação humana as “soluções” são o perdão (para sanar o problema da irreversibilidade) e a promessa (referente à imprevisibilidade)”. Disponível em: <http://www.portalmemoriasreveladas.arquivonacional.gov.br/media/2009RevistaAnistia01.pdf>. Acesso em: 22 mar. 2018.

Trazendo a temática à realidade pátria, percebe-se como principal marco da transição política brasileira a Lei nº. 6.683 de 28 de agosto de 1979, conhecida como Lei de Anistia³³. Ao fazer um exercício de interpretação normativa da legislação em voga³⁴, não é difícil associá-la à temática do direito ao esquecimento. Antes mesmo de sua publicação, quando o então presidente da República, João Baptista Figueiredo, enviou ao Congresso Nacional o seu projeto, uma de suas motivações era um perdão mútuo para o alcance de uma coexistência democrática. Dessa maneira, a preservação da intimidade e honra (esquecimento) dos militares que praticaram os chamados “crimes conexos”, além de presente na vontade do legislador, seria conveniente para o interesse público da redemocratização.

Em outras palavras, cada membro da sociedade deveria abdicar de parte de seu direito à informação (memória) em prol de uma reconciliação, essencial, aos olhos do Estado, para a abertura política; pois seria de interesse público.

Nota-se, assim, que tal baliza à informação garantiu o olvidamento de agentes repressores e deu ao Estado o controle temporal de dados, garantindo - ao menos por certo tempo - o esquecimento, em esferas civis e penais³⁵, mesmo que de forma não expressa. Isso pode ser percebido pelas consequências que o seu advento trouxe à época, quais

³³ A edição da Lei 6683 insere-se em contexto mundial, quando diversos ordenamentos em regiões distintas do planeta se deparavam com a aproximação do fim de um regime de exceção e retorno à soberania popular. Havia mundo a fora, uma dúvida generalizada quanto à possível punição de agentes do Estado repressor, em função das violações aos Direitos Humanos, típicas de tais regimes. Segundo Lucia Elena Arantes Ferreira Bastos neste momento histórico, uma lei de anistia serviu como solução rápida à transição e ao conflito descrito, uma vez que evitou o desenvolvimento de uma revolta armada ainda maior e deu tranquilidade aos agentes repressores, por impossibilitar uma investigação pós-ditatorial. Nas palavras da professora: “O que é possível observar nesses casos, ainda que distintos entre si, é que o objetivo da transição política entrava em conflito com o propósito de punir os crimes cometidos no passado, porque o raciocínio difundido era que, de um lado, os antigos ditadores dificilmente deixariam os seus postos, se tivessem receio de que poderia haver uma investigação pelos seus atos, e, por outro lado, grupos nacionais e a sociedade internacional tinham razões para demandar uma resignação e punição desses ditadores. Em muitos casos, o resultado foi a aplicação da lei de anistia, vista como uma forma para tentar solucionar esse dilema”. BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. “A Lei de Anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 103, jan./dez.2008, pp. 593 - 628. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/67820/70428>. Acesso em: 05 mai. 2015.

³⁴ “O intérprete produz a norma a partir dos textos e da realidade”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Acórdão fl. 15.

³⁵ Apesar de o Tribunal Constitucional Alemão reconhecer o Direito ao Esquecimento já em 1973; ele só foi trazido ao ordenamento jurídico brasileiro em 2013 pelo Enunciado 531 da Justiça Federal, editado na VI Jornada de Direito Civil. Portanto, uma menção expressa ao instituto em 1979, à época da edição da Lei da Anistia, seria improvável.

sejam: o quadro pessoal das forças armadas brasileiras não sofreram grandes alterações³⁶ e não houve qualquer responsabilização logo após o reestabelecimento da democracia.

Nesse ponto, a Lei de Anistia brasileira parece ser semelhante à ideologia da conciliação, conceituado por Ricard Vinyes. Nota-se este encontro logo no artigo primeiro³⁷ do referido diploma, quando se concede anistia tanto aos presos políticos em função dos Atos Institucionais³⁸, quantos aos agentes de Administração Pública. Com isso, fica claro que o texto legal iguala repressores àqueles que lutaram contra os seus abusos. Tal equiparação entre repressores e reprimidos já era percebida mesmo na justificativa do presidente em exercício, quando o mesmo fala em “coexistência política”; o que, segundo Vinyes, deslegitimaria a democracia presente nas instituições pós-ditatoriais.

Ademais, é possível afirmar que o véu da deslembração, presente na conciliação forçada, impediu o diálogo social e a construção de uma verdadeira memória coletiva, visto que o Estado, por deter o controle temporal de dados, passa a relativizar o passado. Nas palavras de Carolina Silveira Bauer:

Embora [a Lei da Anistia] se trate de uma medida jurídica que impede o processamento penal, instituindo um perdão punitivo, essa lei, ao conceder anistia recíproca, estabelecia o controle do passado a partir de sua interdição, vetando o direito à verdade e, por consequência, o conhecimento dos fatos imbrincados com a ditadura civil-militar³⁹.

Aqui, percebe-se também o perigo, alertado por Daniel Sarmiento, em se delegar aos agentes estatais o que a população deve ou não saber, sem que haja qualquer controle. Para o doutrinador, é o direito à informação um dos instrumentos garantidores da

³⁶ “As Forças Armadas continuaram a existir depois do dia 15 de março de 1985, exatamente da mesma forma como eram constituídas antes; os mesmos oficiais que eram parte dos quadros militares antes de 15 de março neles permaneceram e não existiram expurgos. [...]” (BASTOS, Lucia Elena Arantes Ferreira. “A Lei de Anistia brasileira: os crimes conexos, a dupla via e tratados de direitos humanos”. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. v. 103, jan./dez.2008, p. 602).

³⁷ “**Art. 1º** É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram **crimes políticos ou conexos com estes**, crimes eleitorais, aos que tiveram **seus direitos políticos suspensos** e aos servidores da **Administração Direta e Indireta**, de Fundações vinculadas ao Poder Público, aos servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em **Atos Institucionais** e Complementares”. (Grifos nossos)

³⁸ Os Atos Institucionais foram normas e decretos elaborados no período de 1964 a 1969, durante o regime militar no Brasil. Tais Atos foram editados pelos Comandantes-em-Chefe do Exército, da Marinha e da Aeronáutica ou pelo Presidente da República, com o respaldo do Conselho de Segurança Nacional, e foram utilizados como mecanismos de legitimação e legalização das ações políticas dos militares, estabelecendo para eles próprios diversos poderes que extrapolavam os limites postos pela Constituição de 1967, posteriormente alterada substancialmente pela Emenda nº. 01, também denominada Constituição de 1969.

³⁹ BAUER, Caroline Silveira. “Conciliação e revanchismo ao término da ditadura civil-militar brasileira: a perpetuação do medo através do perigo da ‘argentinização’ da transição política”. In: **Diálogos** (Maringá. Online), v. 18, n.1, jan.-abr./2014, pp. 121-145.

democracia e um dos aspectos inerentes a ele está, justamente, o direito a ser informado – tanto pela mídia, quanto pela História, onde se insere a Memória Coletiva.

Atentando para as críticas apresentadas ao referido texto legal, o Conselho Federal da OAB, em 2008, propôs Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153), que questionava a sua recepção pelo ordenamento constitucional trazido pela Carta Maior de 1988. Mais especificamente, o órgão postulava pela correta interpretação do artigo 1º, § 1º, da dita lei, para que a expressão “crimes conexos” não abrangesse os crimes comuns praticados pelos representantes do Estado contra opositores ao regime. O principal argumento utilizado era que o comando normativo seria propositalmente obscuro para que “a anistia criminal” tomasse certa roupagem política. Tal obscuridade proposital fez com que fosse o texto legal interpretado de modo a gerar diversas afrontas a preceitos constitucionais.

Neste passo, o aspecto mais relevante para o presente trabalho consiste no possível descumprimento do preceito fundamental de direito à informação. O Conselho Federal da OAB, na exordial apresentada à Suprema Corte, afirma que a Lei nº. 6.683/1979 impediu que o povo brasileiro tomasse conhecimento da identidade dos autores de crimes comuns, praticados nas “masmorras da ditadura” e quase sempre com a proteção de um codinome. Assim, a aplicação da lei impediria o previsto no art. 5º, XXXIII⁴⁰, da CRFB/1988, que traz a garantia de ser informado.

Seguindo tal argumentação, foi afirmado que o controle ou ocultação da verdade por parte do Estado em detrimento dos administrados já seria, por si só, inadmissível. Porém, ao se considerar que os governantes são servidores do povo e que os mesmos estariam ocultando, com o advento da anistia, os crimes não políticos, cometidos pelos próprios agentes estatais; o desrespeito seria ainda mais flagrante. Mais, tal ocultação estaria deturpando a função pública dos órgãos responsáveis por informar a população, ao estarem autorizados a acobertar a identidade dos responsáveis pelas atrocidades do regime ditatorial.

Nesta esteira, a OAB afirma ainda que, se determinado acordo existiu, a sua validade não mereceria prosperar, uma vez que colocou em jogo a dignidade da pessoa humana das vítimas da opressão ou de seus entes queridos, por criar mecanismos que

⁴⁰ “Art. 5º, XXXIII, CRFB/88. todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

permitissem a impunidade e o anonimato daqueles que praticaram tortura e assassinatos por motivações políticas. Ela vai além e diz que a dignidade da pessoa humana não pode ser quantificada e, por isso, a indenização pecuniária paga aos lesados pelo regime militar (por força do artigo 8º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e pela Lei nº. 10.559/2002) não poderia justificar o anonimato dos repressores.

Contudo, o Ministro Eros Grau, relator da presente ADPF, votou pela improcedência dos pedidos da arguente, negando as violações aos preceitos e garantias fundamentais apresentadas. Para ele, a Lei da Anistia, apesar de garantir anistia geral àqueles que praticaram os chamados “crimes conexos”, não impediu que a História fosse reconstruída e nem que a identidade dos repressores seja conhecida. Para tanto, vale-se do argumento apresentado pelo Procurador-Geral da República, *in casu*, quando o mesmo diz que a anistia não significou a extinção do passado, não cerceando a população de seu direito fundamental à verdade histórica. Ele atenta, dessa maneira, para que tal direito seja atingido, deve-se apreciar a constitucionalidade das Leis nº. 8.519/91 e 11.111/05, cujo objeto é a restrição a documentos pertencentes ao regime autoritário⁴¹.

Para refutar o fato de que o artigo 5º, XXXIII, da CRFB/1988, seria desrespeitado com a interpretação da Lei nº. 6.683, ainda, o relator afirma não ser a anistia ligada a pessoas determinadas, mas aplicável a fatos e a uma coletividade indeterminada.⁴²

Contudo e apesar da argumentação apresentada ter causado certa indignação, não se percebe tal esquecimento de maneira plena no voto do relator, o que pode assemelhá-lo à teoria de Hannah Arendt acerca das realidades transicionais. Isso porque, ao se manifestar, Eros Grau reconhece o direito da sociedade à reconstrução de uma memória coletiva, ao dizer destacar a importância de se revelar documentos pertinentes à época em que os abusos ocorreram. Dessa maneira, vê-se que o voto aqui discutido propõe, como Arendt, perdoar sem esquecer, por não negar a existência da luta para que a democracia fosse reestabelecida; sem, contudo, buscar uma inquisição aos “sujeitos da História”⁴³.

⁴¹ O tema era assunto da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4077, cuja última relatora foi a Ministra Rosa Weber, que extinguiu o processo sem resolução do mérito, em virtude da perda superveniente do objeto decorrente da revogação expressa do art. 23, *caput* e § 3º, da Lei nº 8.159/199 e da integralidade da Lei nº 11.111/2005 pelo art. 46 da Lei nº 12.527/2011. Disponível em: www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=310369043&tipoApp. Acesso em: 12 mar. 2018.

⁴² “Ocorre que o que caracteriza a anistia é a sua objetividade, o que importa em que esteja referida a um ou mais delitos, não a determinadas pessoas. Liga-se a fatos, não estando direcionada a pessoas determinadas. A anistia é mesmo para ser concedida a pessoas indeterminadas”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Acórdão fl. 18.

⁴³ “A inicial ignora o momento talvez mais importante da luta pela redemocratização do país, o da batalha da anistia, autêntica batalha. Toda gente que conhece nossa História sabe que esse acordo existiu, resultando

A visão apresentada no voto de Eros Grau foi aquela que prosperou *in casu*; porém, não sem divergência. Os Ministros Ayres Britto e Ricardo Lewandowski contestaram o alegado pelo relator, principalmente na parte referente ao perdão dos crimes conexos.

Além disso, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi provocada a apreciar o assunto, quando se questionou frente ao mesmo, a inércia do Estado brasileiro em se investigar o desaparecimento dos membros da chamada Guerrilha do Araguaia durante o período da ditadura militar. Pois bem, durante a lide supranacional, a manifestação do tribunal foi contrária à adotada pelo Supremo Tribunal Federal, por considerar, dentre outras coisas, que a omissão em se apurar crimes que desrespeitam os direitos humanos resultaria em uma negação à própria História. Ademais, como o desaparecimento forçado tem natureza continuada, por não dar aos entes queridos da vítima a certeza sobre o que lhes ocorreu, não investiga-los seria também um desrespeito constante a Direitos Fundamentais. Por tal argumento, portanto, o caráter ininterrupto dos delitos faz com que a ideia de que lhes falta contemporaneidade (logo, poder-se-ia aplicar o direito ao esquecimento) caia por terra.

Após a condenação do Estado pela CIDH, o Brasil passou a adotar medidas que facilitassem o acesso à informação, inclusive àquelas pertinentes aos abusos estatais percebidos no período de exceção. Para tanto, foi editada a Lei nº. 12.528 de 18 de novembro de 2011, que criou a Comissão Nacional da Verdade (CNV), responsável por apurar e divulgar tais fatos.

O órgão foi responsável pela elaboração de um relatório composto por três volumes, onde foram, segundo o sítio eletrônico da instituição, esclarecidas “as graves violações de direitos humanos, ocorridas entre 1946 e 1988”⁴⁴.

Por integrar parte da Administração Pública, a comissão não tinha por finalidade - e nem poderes para tanto - a persecução penal dos responsáveis pelos abusos cometidos em nome do Estado. Seguindo esse entendimento, o documento, elaborado como resultado deste grupo de trabalho e entregue ao Executivo em 10 de dezembro de 2014, relata a estrutura do órgão, as violações praticadas em diversos âmbitos do Estado e contra

no texto da Lei n. 6.683/79. A procura dos sujeitos da História conduz à incompreensão da História.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de Preceito Fundamental. Arguente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 29 de abril de 2010. Acórdão fl. 21.

⁴⁴ Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em: 09 de jan. 2017.

diferentes seguimentos sociais e, por fim, esclarece o desaparecimento político ou morte de 434 pessoas, durante o período investigado⁴⁵.

O texto legal, logo em seu artigo 1º, já explicita que o objetivo buscado pela CNV é dar eficácia ao direito à memória coletiva e à verdade histórica; bem como à reconciliação nacional. Nesse momento, a lei dá indícios que o seu teor aproximar-se-ia da teoria da conciliação proposta por Hannah Arendt. Isso porque, em primeira análise, é justamente sobre a efetivação destes direitos que a filósofa escreve; sendo que tal concretização passaria necessariamente por uma apuração de fatos do passado. Só assim é que segundo ela, desvincular-se-ia fato de opinião; fenômeno necessário para a compreensão da História. Acerca do assunto, ela ainda diz mais, ao concluir que a reconstrução da História é um direito de todas as gerações. Contudo, não seria possível incluir, aqui, uma suposta prerrogativa de recompor acontecimentos factuais, segundo a própria conveniência⁴⁶.

Os estudos de Arendt permitem perceber que a preocupação com a construção de uma verdade política, feita pelos agentes da história, não é exclusiva do Brasil e que a diferenciação, como diz a autora, entre “verdade e política” passa a ser de difícil demarcação. A CNV foi instituída como o instrumento pelo qual tal demarcação seria feita no Brasil e recebida pela população em geral da mesma maneira. É justamente isso que o art. 1º da Lei, por meio da qual ela foi criada, institui.

Contudo, ao se fazer uma leitura mais profunda do seu texto, nota-se uma forte presença do Direito ao Esquecimento, em detrimento do acesso à informação. Primeiramente, cabe destacar o conteúdo de seu artigo 3º⁴⁷, que traz os objetivos

⁴⁵ Informações retiradas do sítio eletrônico da própria CNV. Disponível em: <http://www.cnv.gov.br/institucional-acesso-informacao/verdade-e-reconcilia%C3%A7%C3%A3o.html>. Acesso em: 09 de jan. 2017.

⁴⁶ [...] Mesmo se admitirmos que cada geração tem o direito de escrever a sua própria história, recusamo-nos a admitir que cada geração tenha o direito de recompor os factos de harmonia com a sua própria perspectiva; não admitimos o direito de se atentar contra a própria matéria factual.

[...]

É verdade que seria necessário muito mais do que os caprichos de um historiador para eliminar da história o facto de que na noite de 4 de Agosto de 1914, as tropas alemãs franquearam a fronteira belga; isso exigiria, nada mais nada menos, do que o monopólio do poder sobre a totalidade do mundo civilizado. Ora um tal monopólio do poder está longe de ser inconcebível, e não é difícil imaginar qual seria o destino da verdade de facto se o interesse do poder, quer seja nacional ou social, tivesse a última palavra em tais questões. O que nos reconduz à nossa suspeita de que possa ser da natureza do domínio político estar em guerra contra a verdade em todas as suas formas, e daí à questão de saber por que é que uma submissão, mesmo em relação à verdade de facto, é sentida como uma atitude antipolítica. (ARENDT, Hannah. “Verdade e Política”. In: ARENDT, Hannah. *Entre o Passado e o Futuro*. [Trad: Mauro W. Barbosa]. 5. ed. São Paulo: Perspectiva. 1979).

⁴⁷ “Art. 3º. São objetivos da Comissão Nacional da Verdade:

I - esclarecer os fatos e as circunstâncias dos casos de graves violações de direitos humanos mencionados no caput do art. 1º;

específicos da CNV. Neste lugar, vê-se que não há qualquer menção acerca da identificação dos agentes estatais que cometeram violações aos Direitos Humanos, em nome do regime de exceção.

Por outro lado, enquanto o dispositivo citado é omissivo em relação a botar às claras a identidade de agentes repressores; o artigo 5^a, do diploma legal em questão, reconhece expressamente que a CNV preza pela intimidade, vida privada, honra ou imagem de pessoas, em outras palavras, pelo direito ao esquecimento.

Agora, o texto legal começa a se afastar do “perdoar sem esquecer” teorizado por Hannah Arendt e passa a se aproximar da ideologia da conciliação de Ricard Vinyes, que faz uma análise acerca da construção da memória administrativa pelo Estado. Assim, como já exaustivamente dito no capítulo anterior, a omissão estatal em revelar a identidade daqueles que cometeram excessos em um regime autoritário ou certos fatos transgressores aos Direitos Humanos deslegitimaria a própria democracia conquistada. Dessa forma, a ideia de que a falta de contemporaneidade de tais fatos – ou verdades – não justificaria, ainda, tal omissão, não sendo possível a cura de feridas abertas com o passar do tempo. Manter o sigilo de acontecimentos para que a imagem ou honra de alguns fosse respeitada seria, segundo Ricard Vinyes, omitir-se em efetivar a memória coletiva.

Apesar de tal positivação do esquecimento, o relatório que concluiu os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade, entregue à então Presidente da República em 10 de dezembro de 2014, surpreendentemente, divulgou 377 nomes de pessoas, apontadas como responsáveis pela repressão política abusiva, durante o período investigado. Acerca de tal divulgação da autoria dos crimes cometidos em violação flagrante aos Direitos Humanos, o relatório justifica-as como necessária ao atendimento do comando legal,

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade;

IV - encaminhar aos órgãos públicos competentes toda e qualquer informação obtida que possa auxiliar na localização e identificação de corpos e restos mortais de desaparecidos políticos, nos termos do art. 1º da Lei no 9.140, de 4 de dezembro de 1995;

V - colaborar com todas as instâncias do poder público para apuração de violação de direitos humanos;

VI - recomendar a adoção de medidas e políticas públicas para prevenir violação de direitos humanos, assegurar sua não repetição e promover a efetiva reconciliação nacional; e

VII - promover, com base nos informes obtidos, a reconstrução da história dos casos de graves violações de direitos humanos, bem como colaborar para que seja prestada assistência às vítimas de tais violações”.

presente na Lei nº. 12.528; principalmente em relação à efetivação do direito à memória coletiva e, mais especificamente, para atender ao disposto em seu art. 3º, II e III⁴⁸.

Em outras palavras, a CNV relativizou o direito ao esquecimento destes agentes estatais, apesar de sua prerrogativa, prevista no art. 5º, do diploma legal, de mantê-los sob sigilo. Tal balizamento se deu pelos direitos a memória coletiva, verdade histórica e reconciliação nacional, pertencentes a toda sociedade, conforme se percebe do trecho extraído abaixo:

No estrito cumprimento do mandato legal, e com a finalidade de efetivar o direito à memória e à verdade histórica – direito das vítimas, familiares e de toda a sociedade –, a CNV buscou esclarecer a autoria dos casos de tortura, morte, desaparecimento forçado e ocultação de cadáver, por meio da identificação das pessoas cujas condutas concretas, por ação ou omissão, contribuíram para a ocorrência das graves violações de direitos humanos descritas neste Relatório. [...].⁴⁹

É possível afirmar, ademais, o interesse público que tais nomes viessem às claras. Aplicando aqui o conceito trazido por Bobbio, nota-se que não houve apenas uma somatória de vontades individuais em se descobrir a verdade e apurar fatos, mas também uma abdicção de interesses individuais da personalidade em prol do coletivo, em atendimento às regras vigentes da comunidade. Vale ressaltar, ainda, que, seguindo a teoria do referido autor, a abdicção, ainda que feita de maneira não espontânea pelos “titulares” do Esquecimento, nesse caso, estaria justificada pelo comando legal. Isso porque, em uma democracia representativa, abdicar-se-ia de parte de sua liberdade (autonomia) em prol da governabilidade, devido à complexidade das sociedades modernas e impossibilidade de uma democracia deliberativa direta.

O documento divulgado pela CNV, ao revelar a identidade dos agentes estatais, destaca não imputar aos mesmos qualquer responsabilidade jurídica - mas apenas administrativa -, visto não ser essa a sua função. Ao fazê-lo, ademais, classifica a atuação daqueles citados em três esferas diferentes⁵⁰, que abarcam desde os chamados autores

⁴⁸ Art. 3º [...]

II - promover o esclarecimento circunstanciado dos casos de torturas, mortes, desaparecimentos forçados, ocultação de cadáveres e sua autoria, ainda que ocorridos no exterior;

III - identificar e tornar públicos as estruturas, os locais, as instituições e as circunstâncias relacionados à prática de violações de direitos humanos mencionadas no caput do art. 1º e suas eventuais ramificações nos diversos aparelhos estatais e na sociedade”.

⁴⁹ Brasil. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. 976 p. – Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1, p. 843.

⁵⁰ A classificação das responsabilidades foi feita da seguinte maneira: (1) Responsabilidade Político-Institucional, (2) Responsabilidade pelo Controle e Gestão de Estrutura e Procedimentos, e (3) Responsabilidade pela Autoria Direta.

materiais até aqueles que idealizaram e encomendaram tais violações, para comprovar uma hierarquização dos atos estatais abusivos:

As graves violações de direitos humanos cometidas durante o período da ditadura militar foram expressão, portanto, de **decisões políticas adotadas por suas instâncias dirigentes, que se refletiram nas estruturas administrativas organizadas com base nos princípios da hierarquia e da disciplina, sob a forma de rotinas de trabalho e de padrões de conduta.** Houve, nesse sentido, permanente ascendência hierárquica sobre a atividade funcional e administrativa realizada pelos agentes públicos diretamente associados ao cometimento de graves violações de direitos humanos. **No âmbito de cadeias de comando solidamente estruturadas, esses agentes estiveram ordenados em escalões sucessivos, por vínculo de autoridade, até o comando máximo da Presidência da República e dos ministérios militares.** É possível afirmar, desse modo, que as ações que resultaram em graves violações de direitos humanos estiveram sempre sob monitoramento e controle por parte dos dirigentes máximos do regime militar, que previram, e estabeleceram, **mecanismos formais para o acompanhamento das ações repressivas levadas a efeito**⁵¹.

Ora, tal hierarquização – juntamente com a divisão de responsabilidades - ajuda a comprovar também a sistematicidade e o aparelhamento governamental para que as violações ocorressem, refutando a tese de que foram feitas de maneira pontual e isolada. Essa conclusão não seria possível, caso o direito ao esquecimento dos agentes citados fosse priorizado, ou seja, sem a divulgação de seus nomes.

Em outras palavras, trazer a identidade de agentes estatais, responsáveis por escrever um capítulo de graves violações aos Direitos Humanos da História brasileira, permitiu que se reconhecesse a sistematicidade e hierarquização por meio das quais essas violações aconteceram. Dessa maneira, priorizar, aqui, o olvidamento seria negar a eficácia ao direito à memória, não individual (apenas dos que sofreram com os abusos sistêmicos), mas coletiva (de toda a sociedade); devido ao aparelhamento público estatalmente desenvolvido para a repressão.

4. Conclusão

O presente artigo procurou abordar o conflituoso e contraditório equilíbrio mundialmente percebido entre o Direito ao Esquecimento dos opressores em regimes abusivos e o direito à informação de toda a sociedade à realidade de transição política brasileira. A polêmica passa, inevitavelmente, pelo caráter abstrato do conceito de interesse público, fazendo com que não se tenha uma margem de delimitação clara ao

⁵¹ Brasil. Comissão Nacional da Verdade. Relatório / Comissão Nacional da Verdade. – Brasília: CNV, 2014. 976 p.- Relatório da Comissão Nacional da Verdade; v. 1, p. 846 (Grifos nossos)

esquecimento de determinado sujeito de direito. Em outras palavras, o que se discutiu aqui foi quando e se realmente seria necessário violar a intimidade e honra de uma pessoa, já escassas em tempos de avanço tecnológico desenfreado, para que a História da democracia brasileira seja reconstituída, permitindo uma reconciliação político-social efetiva.

No que tange à identificação de tais direitos como fundamentais ou da personalidade, verificou-se que, com a publicação do Código Civil de 2002 elaborado sob o pálio da Constituição da República de 1988, que coloca a dignidade da pessoa humana em posição de destaque, o Brasil passa a adotar uma tendência de superação da dicotomia entre o *jus publicum* e o *jus privatum*, prevalente à época inicial de codificação dos sistemas jurídicos. Percebe-se, portanto, a existência dos ditos direitos da personalidade no seio do diploma, que vêm para reproduzir – ou especificar – o que já se encontrara positivado no artigo 5º, da Carta da República de 1988, em matéria de direitos fundamentais aplicados ao indivíduo. Mais do que isso, seguindo tal raciocínio, constata-se que tais direitos seriam, em tese, imprescritíveis, intransmissíveis e irrenunciáveis.

Contudo, em que pese esta análise acerca, inclusive, do direito ao esquecimento, a preocupação com a construção de uma verdade política, feita pelos agentes da história e tendo por base o próprio direito à informação, fez com que fosse aqui também enfocado um dos marcos da justiça de transição brasileira: a Lei nº. 6.683 de 1979, conhecida como Lei da Anistia. O contexto em que a lei foi publicada, bem como o próprio texto legal, são objetos de contradição constitucional, visto que abarcam os crimes conexos aos políticos, anistiando os agentes da ditadura militar e aqueles que lutaram pelo reestabelecimento da democracia. Melhor explicando, como a lei foi sancionada por um presidente ainda militar e por anistiar possíveis crimes que violam Direitos Humanos, ela não permitiu que a História da redemocratização brasileira fosse, de fato, reconstruída; sendo a sua inconstitucionalidade baseada, para aqueles que a defendem, no fato de constituir uma “autoanistia”. O Supremo Tribunal Federal se posicionou de modo favorável a sua conformidade com a CRFB de 1988, privilegiando, assim, o esquecimento dos fatos praticados pelos agentes estatais da época; embora esse posicionamento tenha sido questionado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que considera tal omissão em punir uma afronta contínua a Tratados Internacionais firmados pelo Brasil.

Por outro lado, em 2012, foi instituída, no Brasil, a Comissão Nacional da Verdade, que, embora não tivesse prerrogativas penais, tinha como objetivo apurar fatos relativos ao regime de exceção até então desconhecidos pela população. Em uma análise

fria do texto legal, nota-se a preocupação do legislador em preservar o esquecimento daqueles que seriam investigados; mas o seu relatório final, entregue à Presidente da República, divulga nomes de agentes que violaram os Direitos Humanos, classificando, inclusive, a responsabilidade de cada um; o que exalta o direito à informação e à memória da população brasileira, principalmente, daqueles que foram lesados pelo regime.

Contudo, nota-se uma omissão estatal em trazer o assunto à baila em curto espaço de tempo após o reestabelecimento da legalidade democrática; visto que o Supremo Tribunal Federal apenas apreciou a Lei da Anistia em 2010 e a Comissão Nacional da Verdade só foi instituída em 2012. Isso torna o sopesamento entre estas duas prerrogativas – Intimidade *versus* Informação - ainda mais antinômico; visto que deixa de conscientizar a população dos abusos cometido pelo próprio Estado à época. Isso porque, a sociedade, ao não tomar conhecimento das violações dos Direitos Humanos percebidas no período, não se vê inserida em sua própria História, fazendo com que, ao tomar conhecimento da mesma, não se identifique ou se envolva de maneira emocional; fenômeno, este, descrito por Hannah Arendt.

Ademais, quando os fatos são apurados em longo espaço de tempo e a geração contemporânea não é mais aquela que sofreu os abusos cometidos pelo Poder Público, as instituições responsáveis por garantir a democracia têm a sua legitimidade abalada, como ressaltado pelo professor Ricard Vinyes. Pior: ao se perceber que o direito ao esquecimento dos responsáveis pelo desrespeito às prerrogativas fundamentais não se choca só com a memória coletiva, mas também, com o direito dos indivíduos em conhecer a sua própria história ou a de seus entes queridos, a omissão estatal ou a sua procrastinação torna a garantia de tal conhecimento ineficaz.

Talvez, aí esteja a causa da falta de confiabilidade social nas instituições democráticas brasileiras, ou, até mesmo, a ausência de reconhecimento social da gravidade dos abusos cometidos em nome do Estado Militar.

ESTADO DE EXCEÇÃO E ANOMIA EM AGAMBEN

Daniel Machado Gomes¹

Filipe Bernardo da Silva²

RESUMO

O objetivo do presente texto é expor o pensamento de Giorgio Agamben a respeito do estado de exceção, confrontando-o com as posições de Carl Schmitt e de Walter Benjamin, escritores que também se dedicaram ao tema. O artigo apresenta as críticas à teoria de Schmitt apontadas por Agamben cujas ideias se aproximam do pensamento de Benjamin por defenderem a permanência do estado de exceção na modernidade. A metodologia empregada foi a revisão bibliográfica das obras de Agamben que utilizam a genealogia para indagar sobre as origens da noção de exceção, a fim de explicar a condição de anomia.

PALAVRAS-CHAVE

Estado de exceção; anomia; Giorgio Agamben; Carl Schmitt; Walter Benjamin.

ABSTRACT

The objective of the present text is to expose the thought of Giorgio Agamben regarding the state of exception, confronting it with the positions of Carl Schmitt and Walter Benjamin, writers who also dedicated themselves to the subject. The article presents the criticisms of Schmitt's theory pointed out by Agamben whose ideas are close to Benjamin's thought of defending the permanence of the state of exception in modernity. The methodology used was the bibliographical review of the works of Agamben that use the genealogy to inquire about the origins of the notion of exception, in order to explain the anomie condition.

KEYWORDS

State of exception; anomie; Giorgio Agamben; Carl Schmitt; Walter Benjamin.

¹ Doutor em Filosofia pelo IFCS. Mestre em ciências Jurídico-Civilísticas pela Universidade de Coimbra. Professor e Coordenador do Curso de Direito da FACHA. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. E-mail: daniel.machado@facha.edu.br. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5147053344281753>.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. E-mail: filipebds18@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4367205220134973>.

INTRODUÇÃO

A palavra anomia é formada pela soma do prefixo “a”, que indica negação, mais o vocábulo “nomia” que significa norma. Neste sentido, anomia tanto pode designar a ausência de norma jurídica como a falta de efetividade das normas de direito. O pensador italiano Giorgio Agamben vincula a anomia ao estado de exceção, caracterizando-o como um estado de coisas “fora-da-lei”. Agamben utiliza a noção de exceção para explicar a realidade política contemporânea nas democracias ocidentais europeias e nos Estados Unidos. O presente artigo tem o objetivo de expor o pensamento de Agamben a respeito do estado de exceção, confrontando-o com as posições de Carl Schmitt e de Walter Benjamin, escritores que também se dedicaram ao tema. Este estudo se justifica na medida em que as relações entre a legalidade e o estado de exceção podem trazer novas luzes ao sentido do Direito e à efetividade dos direitos fundamentais na sociedade atual.

O texto que segue está dividido em três partes. Na primeira será apresentada a visão de Agamben sobre o tema da exceção, com ênfase para a evolução do instituto na modernidade através da proliferação de atos do poder executivo que são dotados de força de lei. Agamben aponta as origens da noção de exceção na antiguidade clássica, porém ele demonstra que o desenvolvimento do uso de medidas excepcionais pelo Estado se vincula, paradoxalmente, com o surgimento das democracias modernas. O autor conclui que o estado de exceção não é interior nem exterior ao ordenamento jurídico, mas se situa em uma zona de indeterminação entre o que está dentro e fora do Direito.

Na segunda parte do artigo, será exposta a visão de Carl Schmitt que se destaca pelo decisionismo, teoria segundo a qual soberano é aquele que decide sobre o Estado de Exceção. Na perspectiva de Schmitt, a decisão soberana institui a ordem jurídica e política por um ato volitivo da pessoa do soberano e, por isso, a decisão implica na absoluta independência do soberano em relação à lei, na medida em que a decisão soberana prescinde da lei para instaurá-la. Schmitt enxerga a autoconservação do Estado como justificativa para a suspensão do ordenamento jurídico, desobrigando o Estado de se submeter à normatividade. Dessa forma, o soberano decide sobre a necessidade estatal que justifique o Estado de Exceção com o objetivo de preservação ou restituição do Estado à normalidade político-jurídica.

Por fim, na terceira parte do texto, serão apresentadas as críticas à teoria de Schmitt expostas na obra de Agamben que aproximam seu pensamento das ideias de Walter Benjamin, pois ambos defendem a permanência do estado de exceção na

modernidade. Para Benjamin, a situação de exceção corresponde à realidade fática, embora o papel do soberano seja evitar a excepcionalidade estatal que levaria à exceção, ou seja, o soberano deve impedir a suspensão do direito. Assim, ao contrário de Schmitt que inclui a noção de exceção no âmbito do Direito, Benjamin ressalta a provisoriedade da exceção.

Portanto, o artigo busca demonstrar que, para Agamben, a exceção passou a ser a regra no contexto atual das democracias ocidentais, já que estas tendem a invocar permanentemente o uso de poderes excepcionais para justificar medidas restritivas dos direitos fundamentais como garantia da segurança e em nome da ordem econômica, política, jurídica.

O ESTADO DE EXCEÇÃO NA MODERNIDADE

No primeiro capítulo da obra Estado de Exceção, Agamben apresenta um panorama da evolução da exceção na modernidade, demonstrando que há nele uma exacerbação dos poderes do Executivo em relação à esfera legislativa como ocorreu a partir da Primeira Guerra Mundial com a generalização dos dispositivos governamentais de exceção. O autor explica que:

a ampliação dos poderes do executivo na esfera do legislativo prosseguiu depois do fim das hostilidades e é significativo que a emergência militar então desse lugar à emergência econômica por meio de uma assimilação implícita entre guerra e economia (AGAMBEN, 2004, p.26).

Esses atos normativos do Executivo que não são lei, mas detém força, decorrem da ampliação dos poderes governamentais, dos plenos poderes que caracterizam o estado de exceção, notadamente, quando é atribuído ao poder Executivo a autoridade para promulgar decretos com força de lei. Nestes caos, ocorre “a abolição provisória da distinção entre Poder Legislativo, Executivo e Judiciário” (AGAMBEN, 2004, p.19).

A menção ao sintagma “força de lei” faz referência a decretos que podem ser promulgados pelo poder executivo em situações que deveriam ser excepcionais e que, apesar de não serem lei em sentido formal, possuem poder de obrigar. Na visão de Vera Chueri (2011, p.802), Agamben considera que a capacidade de obrigar do Direito se diferencia na modernidade da eficácia ou capacidade de produzir efeitos jurídicos da lei. Para ela, “força de lei” além de sugerir a superioridade hierárquica da lei em face dos demais atos normativos, relaciona-se na tradição do direito ocidental aos atos do poder

executivo que não se constituem em lei e, por isso, necessitam da atribuição de “força de lei” para que possam obrigar.

No estado de exceção, é possível dissociar-se lei e força de lei, pois há uma situação na qual a norma jurídica está em vigor, mas não tem aplicabilidade, não tem força, ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas sem qualquer conteúdo normativo ou de lei, sendo certo que para Agamben prevalece na exceção a aplicabilidade da “força de lei”:

No caso extremo, pois, a ‘força-de-lei’ flutua como um elemento indeterminado, que pode ser reivindicado tanto pela autoridade estatal (agindo como ditadura comissária) quanto por uma organização revolucionária (agindo como ditadura soberana). O estado de exceção é um espaço anômico onde o que está em jogo é uma força de lei sem lei (AGAMBEN, 2004, p. 61).

Assim, no estado de exceção existe um divórcio entre a aplicação da lei e a lei, da lei em relação à sua força. Segundo Chueiri (2005, p. 141-142) a lei existe, está em vigor, mas não se aplica (porque carece de força) ou a lei não existe formalmente e já tem força, ou seja, ela entende que Agamben chama a atenção para o fato de que no estado de exceção há força de lei sem lei.

Para Agamben (2004, p.16), o estado de exceção moderno foi criado pela tradição democrático-revolucionária e não pela tradição absolutista. Isso porque a suspensão de direitos pelo estado de sítio surgiu durante a Revolução Francesa que superou o absolutismo. Desta forma, foi o decreto da Assembleia Constituinte de 08 de julho de 1791 que criou a ideia de suspensão da constituição. De lá para cá, a exceção marca a experiência política no Ocidente como se percebe na obra *Homo Sacer - O poder soberano e a vida nua I*, na qual Agamben se refere à atualidade da exceção³:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 35).

³ Na concepção de Agamben, através da exceção, o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, a “vida nua” surge como produto do estado de exceção na modernidade. Portanto, com o estado de exceção na modernidade, cria-se uma anomia que independe de formalização constitucional ou legislativa, mas que serve de paradigma da atual política dominante, a qual exclui da tutela jurídica aqueles que não fazem parte do corpo político, ou seja, que estão na simples condição de “vida nua”.

A suspensão do Direito como algo necessário ao bem comum é uma ideia estranha ao mundo medieval, conforme sustenta Agamben (2004, p. 42). Para ele, é a modernidade que tenta incluir a exceção na ordem jurídica, criando uma zona de indiferenciação em que fato e direito coincidem:

somente com os modernos é que o estado de necessidade tende a ser incluído na ordem jurídica e a apresentar-se como verdadeiro 'estado' da lei. O princípio de que a necessidade define uma situação particular em que a lei perde sua vis obligandi (esse é o sentido do adágio *necessitas legem non habet*) transforma-se naquele em que a necessidade constitui, por assim dizer, o fundamento último e a própria fonte da lei (AGAMBEN, 2004, p. 43).

De acordo com Agamben (2004, p.41), historicamente o fundamento para a autorizar a exceção vem expresso pelo adágio *necessitas legem non habet* (a necessidade não tem lei), mencionado no *Decretum* de Graciano que se refere ao estado de necessidade estatal. Nesta situação, o Estado não reconhece lei alguma, suspende a aplicabilidade do ordenamento jurídico para inserir regramento diverso para circunstância específica. Assim, a análise do conceito jurídico de necessidade é pressuposto para o estudo do estado de exceção. A teoria da necessidade corresponde a uma teoria da exceção que exclui um caso particular da obrigação de observar a lei.

Alguns autores defendem que a necessidade serve como fundamento de validade para os decretos editados com força de lei pelo Executivo no estado de exceção. Estes consideram que a exceção integra o ordenamento jurídico como parte do direito positivo - estes tomam a necessidade como fonte autônoma do Direito ou como direito subjetivo do Estado pautado pela necessidade de sua conservação. Por outro lado, há outros autores que visualizam a exceção como algo extrajurídico, essencialmente político, como a necessidade que seria um fato substancialmente fora do direito.

Santi Romano, por exemplo, sustenta que a necessidade não é estranha ao ordenamento jurídico, pois o antecede, não podendo ser disciplinada normativamente:

a necessidade é fonte primária e originária do direito ... é na necessidade que se deve buscar a origem e a legitimação do instituto jurídico por excelência, isto é, do Estado e, em geral, de seu ordenamento constitucional (ROMANO apud AGAMBEN, 2004, p.43).

Nestes casos, o reconhecimento da anterioridade da necessidade em relação ao ordenamento jurídico serve de justificativa para a prevalência do estado de exceção sobre a lei, como alega Carl Schmitt cujas ideias serão desenvolvidas abaixo no item 2. Para

Schmitt, a necessidade serve de fundamento para a exceção e para o poder de autoconservação do Estado. Logo, o ente político não depende da vinculação à normatividade, a necessidade estatal justifica a suspensão do ordenamento jurídico:

A existência do Estado mantém, aqui, uma supremacia indubitável sobre a validade da norma jurídica. A decisão liberta-se de qualquer vínculo normativo e torna-se em sentido real. Em estado de exceção, o Estado suspende o direito por fazer jus à autoconservação (SCHMITT, 2006, p.13).

Seguindo a linha de raciocínio de Schmitt, conclui-se que, enquanto consequência da necessidade, o estado de exceção representa um espaço temporal e uma zona de indiscernibilidade entre fato e Direito - os fatos extrajurídicos convertem-se em Direito, e o que era jurídico transforma-se em mero fato sem tutela estatal. O grande perigo da teoria da necessidade está no alto grau de subjetividade que define o que é necessário para a invocação do estado de exceção.

Agamben (2004, p.41) discorda que a necessidade seja fonte de lei ou que sirva para suspendê-la. Na visão dele, a necessidade apenas subtrairia um caso particular da aplicação da norma, por isso o autor defende que a lei perde a sua força de obrigação (vis obligandi) quando não é capaz de promover a salvação comum dos homens, ou seja, quando não tem por objetivo o bem comum para os seres humanos.

Agamben (2004, p.48) explica que, normalmente, o estado de necessidade é interpretado como uma lacuna no Direito Público que deve ser remediada pelo Poder Executivo, contudo a lacuna é apenas fictícia porque não existe falta de lei na realidade. Nestas situações, ocorre a suspensão do ordenamento jurídico vigente sob a justificativa de lhe ser garantida a existência e a aplicabilidade à situação normal - a exceção se refere a um espaço vazio entre o estabelecimento da norma e a sua aplicação na realidade. Por isso, Agamben conclui que o estado de exceção não é interior nem exterior ao ordenamento jurídico, mas se situa em uma zona de indiferença e de indeterminação entre dentro e fora, pois “a suspensão da norma não significa sua abolição e zona de anomia por ela instaurada não é [...] destituída de relação com a ordem jurídica” (AGAMBEN, 2004, p.39).

Na linha de entendimento proposta por Agamben, o maior desafio do panorama jurídico atual é que o estado de exceção tem-se tornado o paradigma de governo da modernidade. Com isso, estabeleceu-se uma relação limiar de indiferença entre Direito e ausência de Direito, entre Direito e violência, entre jurídico e político. A possibilidade de

uma decisão estatal suspender o Direito com base em circunstância fática emergencial, mas não objetivamente pré-definida, coloca toda a coletividade em risco de violação de seu patamar civilizatório mínimo. Por isso, Agamben alerta para o fato de que, desde o totalitarismo moderno:

a criação voluntária de um estado de emergência permanente [...] tornou-se uma das práticas essenciais dos Estados contemporâneos, inclusive dos chamados democráticos” (AGAMBEN, 2004, p.13) ... “não só sempre se apresenta muito mais como uma técnica de governo do que como uma medida excepcional, mas também deixa aparecer sua natureza de paradigma constitutivo da ordem jurídica (idem, p.18).

A exceção serve para suspender a aplicabilidade do Direito em dada situação fática, entretanto os que estavam inseridos nesta situação ficam desprovidos de proteção jurídica, porque a decretação da exceção autoriza (ou não proíbe) a prática de atos que violam os seus direitos humanos. Nas exatas palavras de Agamben:

se a exceção é o dispositivo original graças ao qual o direito se refere à vida e a inclui em si por meio de sua própria suspensão, uma teoria do estado de exceção é, então, condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo, abandona o vivente ao direito (2004, p.12). (...)
o estado de exceção não é um direito especial (como o direito da guerra), mas, enquanto suspensão da própria ordem jurídica, define seu patamar e seu conteúdo limite (AGAMBEN, 2004, p.15).

Assim, de acordo com as ideias de Agamben (2004, p.28), pode-se concluir que o estado de exceção - que deveria ser extraordinário - acabou se tornando generalizado⁴ no panorama contemporâneo ocidental, devido à adoção do paradigma da segurança como técnica normal de governo.

EXCEÇÃO E O DECISIONISMO DE SCHMITT

Baseada nas noções de exceção e de soberania, a teoria decisionista de Carl Schmitt preconiza que soberano é quem decide sobre o Estado de Exceção. O soberano institui a lei e a ordem, instaurando um estado de normalidade no qual as instituições passam a funcionar autonomamente. A partir daí, o poder soberano adormece até que novamente seja necessário se restabelecer a ordem. Neste aspecto reside a grande

⁴ Sobreleva destacar que a conclusão de Agamben acerca da permanência da exceção na vida política contemporânea foi inspirada na tese de Walter Benjamin, conforme será exposto no item 3.

divergência entre a teoria schmittiana e a tese de Agamben porque, para este último, o poder soberano permanece em ativa relação com a vida nua através da exceção, que se tornou paradigma de governo na modernidade ocidental.

Como o caso excepcional não está descrito na ordem jurídica vigente, é a decisão do soberano que define quais situações de necessidade estatal justificam o estado de exceção para a preservação ou a restituição do Estado à normalidade. Dessa forma, a necessidade estatal fundamenta a decretação da exceção, assim como o direito de autoconservação do Estado justificativa a suspensão do ordenamento jurídico, para Schmitt (2006, p.13).

A exceção se sustenta na absoluta independência do soberano em relação à lei, já que a decisão soberana prescinde da lei para instaurá-la. Devido à supremacia estatal sobre a validade da norma jurídica, o Estado está desvinculado da normatividade. Schmitt explica que não existe norma aplicável a um caos, por esta razão, primeiro deve ser estabelecida uma ordem e somente então tem sentido um ordenamento jurídico. “É necessário criar uma situação normal, e o soberano é aquele que decide de modo definitivo se este estado de normalidade reina realmente” (SCHMITT, 2006, p.39).

Na concepção jurídica de Schmitt, a exceção é mais relevante do que a normalidade para a definição da regra: “A exceção é mais interessante do que o caso normal. O que é normal nada prova, a exceção comprova tudo; ela não somente confirma a regra, mas esta vive da exceção” (SCHMITT, 2006, p.8). A decisão soberana a respeito da exceção possibilita a aplicação da norma, já que, por causa dela, as pessoas são obrigadas a observar o Direito apesar de, paradoxalmente, esta decisão também suspender as normas jurídicas.

O ordenamento jurídico prevê que compete ao soberano decidir sobre o estado de exceção, de maneira que ele permanece no limiar desse ordenamento: “o soberano se coloca fora da ordem jurídica normalmente vigente, porém a ela pertence, pois ele é competente para a decisão sobre se a Constituição pode ser suspensa” (SCHMITT, 2006, p.8). Diante da topologia do soberano de Schmitt, Agamben apresenta o que nomeou de o paradoxo da soberania: “o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico” (AGAMBEN, 2010, p.22).

Segundo Agamben, o estado de exceção schmittiano corresponde ao lugar em que a oposição entre a norma e a sua realização atingem a sua máxima intensidade porque o mínimo de vigência formal coincide com o máximo de aplicação real e vice-versa. É a afirmação da “força de lei” em contraste com a “forma de lei”. Semelhante à definição

do lugar do soberano, a articulação entre o estado de exceção e a ordem jurídica é também paradoxal, uma vez que o que deve ser inscrito no Direito é algo exterior a ele, pois é a suspensão da ordem jurídica:

[...] a exceção que define a estrutura da soberania é, porém, mais complexa. Aquilo que está fora vem aqui incluído não simplesmente através de uma interdição ou de um internamento, mas suspendendo a validade do ordenamento, deixando, portanto, que ele se retire da exceção, a abandone. Não é a exceção que se subtrai à regra, mas a regra que, suspendendo-se, dá lugar à exceção e somente desse modo se constitui como regra, mantendo-se em relação com aquela (2010, p.18).

Agamben (2004, p.56) ressalta que, na *Politische Theologie* de Schmitt, o operador da inscrição do estado de exceção na ordem jurídica é a distinção entre dois elementos fundamentais do Direito: a norma (Norm) e a decisão (Entscheidung, Deziision). Assim, o estado de exceção revela a absoluta pureza da decisão que seria um elemento formalmente jurídico e, por essa razão, o soberano, que é titular dessa decisão, lastra-se na própria ordem jurídica. Nesta situação, a separação entre a norma e a sua aplicação é o que possibilitaria a própria aplicação.

O estado de exceção não se destina a preencher uma lacuna normativa, mas se apresenta como abertura de uma lacuna fictícia na ordem jurídica, com o objetivo de preservar a existência da norma e a sua aplicabilidade à situação normal. Agamben (2004, p.48) afirma que a lacuna fictícia se refere à relação da lei com a realidade e à possibilidade de sua aplicação. Em casos extremos, a lacuna seria preenchida pelo estado de exceção que suspende a aplicação de determinada lei sem que esta lei deixe de permanecer em vigor. Por isso, o autor entende que a exceção é uma exclusão da norma geral que mantém relação com esta pela suspensão da ordem, “se aplica à exceção desapplicando-se, retirando-se desta” (AGAMBEN, 2010, p.24).

A exceção não é uma situação de fato porque é criada pela suspensão da norma jurídica e, por este motivo, também não é uma situação de direito. A relação de exceção consiste exatamente nessa inclusão de algo pela sua exclusão.

Agamben (2010, p.32) defende que a decisão, além da expressão da vontade do soberano, representa a inscrição, no corpo do nómos, da exterioridade que o anima e lhe dá sentido. Ou seja, o fato é incluído no ordenamento jurídico por meio da sua exclusão. A decisão soberana não se refere a uma situação de fato nem a uma situação de direito, mas à relação entre Direito e fato. E “o direito não possui outra vida além daquela que consegue capturar dentro de si através da exclusão inclusiva da *exceptio*” (AGAMBEN,

2010, p.34).

Glauco Barsalini (2012, p.585) aponta divergências entre as visões de Agamben e de Schmitt quanto ao estado de exceção. Enquanto Agamben constata a existência permanente do estado de exceção na vida política contemporânea, Carl Schmitt entende que os conceitos de exceção e de soberania precedem o jurídico, politizando toda e qualquer forma de expressão jurídica. Esta não é a perspectiva de Agamben.

Contudo, apesar do posicionamento crítico de Agamben em relação à teoria de Schmitt, o que aparentemente decorre da influência do pensamento de Benjamin, Barsalini leciona que há uma apropriação de parte dos conceitos schmittianos:

Agamben toma os conceitos de soberania e exceção desenvolvidos por Carl Schmitt para a sua análise sobre o Estado Moderno: o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora da lei, tendo o poder de fazer cumprir a regra estabelecida pela lei e também de criar nova regra, que esteja fora da lei, por ter sido produzida justamente na condição da exceção (BARSALINI, 2012, p.585).

Portanto, Agamben entende que o estado de exceção moderno é uma tentativa de incluir na ordem jurídica a própria exceção, criando uma zona de indiferenciação em que fato e Direito coincidem. E a exceção corresponde a uma espécie de exclusão, na qual um caso singular é excluído da norma geral ou, em outras palavras, a norma geral afastada-se do caso particular. Contudo, o caso singular não está, por essa razão, absolutamente fora de relação com a norma, pois esta se mantém em relação com aquele na forma da suspensão. Nas exatas palavras de Agamben:

Se a exceção é a estrutura da soberania, a soberania não é, então, nem um conceito exclusivamente político, nem uma categoria exclusivamente jurídica, nem uma potência externa ao direito (Schmitt), nem a norma suprema do ordenamento jurídico (Kelsen): ela é a estrutura originária na qual o direito se refere à vida e a inclui em si através da própria suspensão (AGAMBEN, 2010, p. 35).

BENJAMIN E A EXCEÇÃO PERMANENTE

A defesa de Agamben acerca da existência de um estado de exceção permanente na modernidade se revela inspirada pela tese de Walter Benjamin, para quem a “tradição dos oprimidos nos ensina que o estado de exceção em que vivemos é na verdade a regra geral. Precisamos construir um conceito de história que corresponda a essa verdade” (BENJAMIN, 1996, p.226). Na teoria de Benjamin, o papel do soberano – chamado de Barroco - é evitar o caos, o estado de necessidade estatal, a excepcionalidade que levaria

à suspensão do direito, ou seja, evitar e excluir a própria exceção.

Dessa maneira, o pensamento de Benjamin se contrapõe diametralmente à teoria decisionista schmittiana sobre o soberano cujo papel é decidir sobre a situação excepcional de suspensão da ordem jurídica. Benjamin explica que: “Ao passo que o conceito moderno de soberania resulta no exercício pelo Príncipe de um poder executivo supremo, o do Barroco nasce de uma discussão sobre o estado de exceção, e considera que impedi-lo é a mais importante função do Príncipe” (BENJAMIN, 1984, p.89).

Uma vez que ao Barroco não compete decidir sobre a exceção, mas evitá-la, sua principal característica é a indecidibilidade, a impossibilidade de decidir, mas que implica em seu dever de agir. Por isso, Benjamin afirma que “O Príncipe, que durante o estado de exceção tem a responsabilidade de decidir, revela-se, na primeira oportunidade, quase inteiramente incapacitado para fazê-lo” (BENJAMIN, 1984, p.94) e, em outra passagem, que “o Príncipe, cuja pessoa é depositária da decisão do estado de exceção demonstra-se logo na primeira oportunidade que é incapaz de tomar uma decisão” (BENJAMIN, 2012, p.66).

Assim, pode-se afirmar que, na visão de Benjamin, a situação exceptiva corresponde à regra geral, à realidade fática que demanda a atuação do Barroco na sua superação. Não se trata, portanto, da definição de uma situação excepcional de necessidade estatal através de uma decisão soberana - como é a visão schmittiana. Segundo interpretação de Agamben (2004, p.87), Benjamin defende que o soberano, ao decidir sobre o estado de exceção, não deve incluí-lo na ordem jurídica, mas o deixar de fora. Considerando que o papel do Barroco é evitar ou excluir a exceção, esta não pode ser vista como integrante da ordem jurídica.

Em sentido diverso, a teoria de Schmitt pretende manter a relação entre a ordem jurídica e a exceção através da decisão soberana - a decisão é vista como a ligação entre soberania e exceção. Segundo Schmitt, o estado de exceção não era permanente, ele defendia a provisoriamente da suspensão da ordem jurídica, para que esta se tornasse posteriormente aplicável⁵. Na visão de Schmitt, a violência que não funda nem conserva o direito deve ser incluída dentro do âmbito jurídico no espaço do estado de exceção, no qual a anomia deveria ser inscrita no *nomos*. Ou seja, não existiria uma violência pura,

⁵ Apesar disso, o estado de exceção instaurado após a promulgação do Decreto para a proteção do povo e do Estado, no dia 28 de fevereiro de 1933, quando Hitler assumir o poder, implicou na suspensão das liberdades individuais previstas na Constituição de Weimar durante todo o Terceiro Reich, o que durou doze anos, pois o decreto não foi revogado.

pois não estaria absolutamente fora do direito, pois este a ela faria referência por meio da exclusão inclusiva, o estado de exceção.

Benjamin, ao contrário, tenta expor e criticar a íntima relação existente entre violência e direito, através da instituição e da manutenção do direito pela violência e a legitimação da violência pelo direito⁶. Quanto à tese da violência pura de Benjamin, Agamben afirma:

enquanto a violência mítico-jurídica é sempre um meio relativo a um fim, a violência pura nunca é simplesmente um meio - legítimo ou ilegítimo - relativo a um fim (justo ou injusto) [...] um meio que, permanecendo como tal, é considerado independentemente dos fins que persegue [...] mas se mantém em relação com sua própria medialidade [...] a violência pura expõe e corta o elo entre direito e violência e pode, assim, aparecer ao final não como violência que governa ou executa, mas como violência que simplesmente age e se manifesta (AGAMBEN, 2004, p.95/96).

O ponto de maior convergência entre a teoria de Agamben e a teoria de Benjamin está no fato de ambos considerarem que o estado de emergência tornou-se a regra na contemporaneidade: “efetivo é agora o estado de exceção ‘em que vivemos’ e que é absolutamente indiscernível da regra” (AGAMBEN, 2004, p.92). Tanto um autor quanto o outro pretendem ressaltar a necessidade de trazer à luz essa realidade para a conscientização coletiva, abandonando-se a visão de que a exceção somente ocorre em momentos destacados da história, mas isso não quer dizer que pretendam a permanência da exceção. Antes, pelo contrário, o que se almeja é a superação da exceção permanente.

Agamben (2010, p.69) entende que violência pura que é exercida no estado de exceção não simplesmente conserva nem apenas põe o Direito, mas o conserva, suspendendo-o, e o põe, excetuando-se dele. Em outras palavras, a violência pura conserva a ordem jurídica ao suspendê-la, ou a suspende para conservá-la, bem como a põe excetuando-se de seu âmbito de aplicação. É possível perceber que o estado de exceção não é um limiar que articula um dentro e um fora, a anomia e o contexto jurídico com base numa lei vigente e suspensa.

A exceção aparece, na visão de Agamben, como uma zona de indeterminação entre anomia e Direito⁷. O estado de exceção - espaço vazio (anomia) – se revela a

⁶ Aqui caber recordar a classificação estabelecida por ele de uma violência que põe o direito e o conserva, chamada mítica, de uma que depõe o direito, intitulada violência divina, e de uma violência que não põe, não conserva nem depõe o direito, a violência pura.

⁷ Essa zona de anomia é caracterizada pela violência sem direito que, para Benjamin, deve ser mantida fora do Direito, apesar de o poder estatal tentar se ligar a ela muitas vezes. Em sentido diverso, Carl Schmitt

dimensão constitutiva do Direito na qual este “se divide em uma pura vigência sem aplicação (forma de lei) e em uma aplicação sem vigência: a força de lei” (AGAMBEN, 2004, p.93). Ou seja, a norma jurídica está em vigor, mas não tem aplicabilidade, não tem força, ao mesmo tempo em que o Estado produz atos dotados de força, mas sem qualquer conteúdo normativo ou de lei .

CONCLUSÃO

Conforme as ideias de Agamben, na contemporaneidade, o estado de exceção é uma forma de governo que tende a se tornar regra nas democracias europeias e, em especial, nos Estados Unidos. Ou seja, o Ocidente tende a invocar o uso de poderes excepcionais de forma permanente através de medidas justificadas pela garantia da segurança. Nesse sentido, o texto demonstrou que a perspectiva de Agamben se diferencia da visão de Schmitt cuja base é a teoria do decisionismo, segundo a qual, soberano é quem decide sobre o estado de exceção, diante da necessidade estatal de preservação ou reinstauração. Todavia, o artigo aproxima o pensamento de Agamben da posição de Walter Benjamin, para quem a exceção corresponde à realidade fática. Enquanto Schmitt inclui a noção de exceção no âmbito do Direito, Benjamin ressalta a provisoriedade da exceção porque entende que o papel do soberano é evitar a excepcionalidade estatal.

Ao defender a permanência do estado de exceção na modernidade, Agamben retrata uma situação de facto da realidade político-jurídica contemporânea que decorre da cisão entre lei e força de lei. Ao mesmo tempo em que a lei está em vigor, ela não tem força (aplicabilidade), porém atos executivos adquirem a força da lei. Nesse contexto, a força de lei não se refere mais à lei, mas sobretudo a decretos e outros atos promulgados pelo Executivo no estado de exceção. Surge, com isso, a anomia – espaço vago - em que o que está em jogo é a violência exercida pelo Estado às custas da efetividade dos direitos fundamentais.

Agamben aponta que a exceção funda o atual modelo jurídico-político do Ocidente, fazendo com que a suspensão da validade do ordenamento se confunda com a vigência do ordenamento numa zona de indistinção produzida pelo transbordamento entre o Direito e a violência. Entretanto, vale ressaltar que a tensão entre estes dois vetores também gera movimentos contrários que buscam separar o Direito da violência. É o caso

tenta reinscrever a anomia dentro do âmbito jurídico no espaço do estado de exceção, sendo a estratégia da exceção destinada a assegurar a relação entre violência anômica e lei

da trajetória dos direitos humanos que são uma criação da modernidade e estão intimamente associados às reações da sociedade aos abusos do poder.

No entanto, o estado de exceção permanente põe em risco o regime constitucional ancorado nos direitos humanos e fundamentais, uma vez que subordina a normalidade da vida política e jurídica às diversas situações de emergência política, militar e econômica. Com isso, abre-se caminho para que governos possam se valer de medidas de cunho totalitário, procurando justificá-las em nome da proteção ao Estado e às suas instituições. Estas justificativas visam conferir caráter jurídico a situações não contempladas pela normalidade constitucional.

Por todo exposto, pode-se concluir que, para Agamben, o estado de exceção é um vazio de Direito, um espaço anômico em que o que está em jogo é uma força-de-lei sem lei. Trata-se de um espaço de indistinção entre o caos e a normalidade no qual não é a exceção que se subtrai da norma, é a suspensão da norma que dá lugar à exceção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGAMBEN, Giorgio. Estado de exceção. Trad. Iraci D. Poleti. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. Homo sacer: o poder soberano e a vida nua I. Trad. Henrique Burigo. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010.

BARSALINI, Glauco. Vida nua, profanação e o fim do sacrifício dos homens - in Rev. Filos., Aurora, Curitiba, v. 24, n. 35, p. 583-595, jul./dez. 2012.

BENJAMIN, Walter. Obras escolhidas. Magia e técnica, arte e política. São Paulo: Editora Brasiliense, 1996.

_____. Crítica da violência – crítica do poder. In: Documentos de cultura, documentos de barbárie. São Paulo: Cultrix, 1986.

_____. Origem do drama barroco alemão. Tradução de Sérgio Paulo Rouanet. São Paulo: Brasiliense, 1984,

_____. Origem do drama trágico alemão. Tradução e edição de João Barrento. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.

CHUERI, Vera Karam de. Agamben e o estado de exceção como zona de indeterminação entre o político e o jurídico. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). Crítica da Modernidade: diálogos com o Direito. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

_____. Agamben e Derrida: a escrita da lei (sem forma). In: Pensar, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 795-824, jul./dez., 2011.

SCHMITT, Carl. Teologia política. Trad. de Elisete Antoniuk. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

_____. O guardião da constituição. Trad. de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

A GENEALOGIA DA EXCEÇÃO: 100 ANOS DA LEGISLAÇÃO DE GUERRA DO BRASIL, 1917-1918

Tito H. S. Queiroz¹

RESUMO

O artigo analisa a implantação da legislação de guerra brasileira durante a Primeira Guerra Mundial, seu ineditismo e seu legado, como primeira experiência de legislação de exceção do Brasil.

PALAVRAS-CHAVE

Brasil, Primeira Guerra Mundial, legislação de guerra.

ABSTRACT

The article analyzes the implantation of the Brazilian war legislation during World War I, its novelty and its legacy, as the first experience of Brazilian exception legislation.

KEYWORDS

Brasil, World War I, legislation of war.

INTRODUÇÃO

Em outubro de 2013, foi noticiado que dois manifestantes presos numa das diversas ações ocorridas naquele ano na cidade de São Paulo iriam responder a inquérito por infringir a lei nº 7.710, mais conhecida como *Lei de Segurança Nacional*, lei que teve a primeira de suas versões em 1935 – sendo a atual, de 1983. A notícia causou surpresa, pois muitos achavam que uma legislação de exceção seria incompatível com o estado democrático de direito, mas o fato é que a legislação continua ativa.

Porém, o objetivo desse artigo não é falar sobre essa *lei de exceção* (que suspende garantias constitucionais e suprime direitos civis em nome de uma dada ameaça à

¹ Historiador e Mestre em Ciência Política, professor da FACHA.

segurança nacional) – mas discorrer sobre seus antecedentes – particularmente, a primeira legislação de exceção baseada na segurança nacional criada no Brasil: a Legislação de Guerra de 1917 e 1918 – constituída de uma série de decretos do governo federal brasileiro (e numa série de avisos e decretos estaduais que contemplavam aspectos específicos para sua execução). No caso, essa legislação de exceção foi adotada a partir da entrada do Brasil na I Guerra Mundial, em 1917 e era voltada a prover o Estado brasileiro de meios eficazes diante da situação de beligerância imposta pela Alemanha ao Brasil.

I. Contexto

A I Guerra Mundial (1914-1918) foi um importante marco histórico do ponto de vista não apenas militar, como também do político, já que provou ser um ponto de inflexão num período caracterizado nos 100 anos anteriores pela consolidação de governos que haviam tomado o liberalismo como parâmetro. A guerra levou as principais potências a mobilizar suas economias para atender as necessidades da guerra – coordenando e racionalizando a produção, fazendo com que mais burocracia e regulações (muitas delas, voltadas para a mobilização da população em tempos de guerra – implicando em restrições aos direitos civis) fossem criadas – em radical oposição aos princípios autonomistas e descentralizadores do liberalismo. Como resumiu um historiador, os “Leviatãs tiveram um crescimento explosivo” (Morris, 2015, p. 285-286).

Embora isso envolvesse, inicialmente, apenas as potências beligerantes, como a guerra era travada em arena global, afetaria até mesmo os governos neutros – muitos dos quais, em última instância, também tiveram que adotar políticas mais centralizadoras em reação às das potências beligerantes. E se esses governos passassem da condição de neutros a beligerantes (como foi o caso dos EUA e do Brasil a partir de 1917) era irresistível que tais medidas não fossem tomadas.

Esse é o contexto da implantação da Legislação de Guerra no Brasil, país que se manteve neutro até 1917, apesar de vários incidentes e pressões, que desde 1914, haviam levado o governo brasileiro a adotar uma série de medidas para manter sua neutralidade. Com o início da campanha submarina irrestrita pela Alemanha no início de 1917 e o sucessivo afundamento de navios brasileiros, a neutralidade tornou-se impossível. A partir de abril de 1917, a cada navio brasileiro afundado, o governo tomava medidas que gradualmente pulverizaram sua neutralidade: rompimento das relações diplomáticas

(abril); confisco dos mercantes alemães internados no Brasil desde 1914 (maio); reconhecimento do estado de guerra (outubro); e instituição da *Lei de Guerra* (novembro).

Tal gradualismo pode ser interpretado como fruto de uma percepção da parte do governo brasileiro de que não tinha meios militares para fazer frente à guerra (já que uma das bases da política oligárquica da I República brasileira havia sido o enfraquecimento do Exército e Marinha nacionais, desde meados da década de 1890), ganhando assim, certo tempo de preparação entre a revogação da neutralidade e a beligerância assumida.

II. Dimensões

A tradição política brasileira até então, não havia contemplado (sem dúvida, por influência do liberalismo) uma legislação de exceção. A Constituição de 1891, então em vigor, contemplava apenas a instituição de períodos de estado de sítio – onde uma série de garantias constitucionais eram suprimidas – geralmente, brutalmente suprimidas – mas em nome da ordem pública mais que da segurança nacional (Pinheiro, 1992, p.89-95). Apesar de vários incidentes diplomáticos entre 1895 e 1905 e de várias rebeliões internas, o país não entrava em estado de guerra desde 1870. Por mais que se possa falar numa tradição autoritária brasileira então, ela era, em grande parte circunstancial, não havendo se cristalizado em leis e instituições *formalmente* repressivas. Nesse aspecto, a legislação de guerra de 1917 foi inédita.

Se houve precedentes a ela, eles foram gerados pela própria situação de guerra. Desde 1914, por exemplo, para fazer face às atividades de espionagem montadas pelos beligerantes no país, medidas relativas ao controle da informação (censura telegráfica parcial, por exemplo) já vinham sendo instituídas. Outro exemplo foi a instituição em abril de 1917, do primeiro serviço formal de inteligência do Brasil – o *Serviço Especial de Contraespionagem*. Nesse caso, se aproveitou uma brecha dada pelo decreto 6640, de 30 de março de 1907 (que dava ao Presidente da República o poder de criar um serviço policial com verba reservada). Este é um caso de aproveitamento de uma legislação preexistente numa conjuntura nova, criada pela guerra, para se criar uma instituição inédita (Queiroz, 2014, p. 82-86).

Como o Brasil era um regime formalmente liberal (apesar de oligárquico), era de se esperar que houvesse críticas às medidas excepcionais que começaram a ser implantadas em 1917. Mas essas críticas foram pequenas. Um dos fatores que favoreceu a aplicação dessas medidas foi o temor que a guerra suscitava na maioria da opinião

pública brasileira. Esses temores podiam ser sintetizados numa expressão que se tornou comum no início do século XX: o “perigo alemão” – o temor que as segregadas e concentradas comunidades de alemães no Sul do Brasil se levantassem e apoiassem reivindicações territoriais do governo alemão naquela região. O contexto da guerra tornava esse temor particularmente plausível para boa parte da opinião pública – e podem vir daí, as tendências em prol dos Aliados que geralmente se manifestavam na opinião pública brasileira.

Os ataques dos submarinos alemães aos navios brasileiros, de certa forma, eram a confirmação do “perigo alemão” e foi em cima desses ataques, num clima de comoção e radicalização da opinião pública brasileira, que a legislação de guerra começou a ser montada e aplicada.

Dentre toda essa legislação, dois decretos merecem atenção por todas as possibilidades que abriram: o decreto 3361, de 26 de outubro de 1917 e o decreto 3393 de 16 de novembro de 1917, mais conhecido como *Lei de Guerra*².

O decreto 3361, um ato do Poder Executivo, assinado pelo Presidente Wenceslau Braz e todo seu ministério, é um decreto simples, que reconhece e proclama o estado de guerra iniciado pela Alemanha contra o Brasil. Em seu artigo único, autoriza o Presidente a “tomar todas as medidas de defesa nacional e segurança pública que julgar necessárias”. Essas medidas não estão definidas no artigo, mas nos dias seguintes, elas ficariam claras - conforme ordens e avisos emanassem da presidência e dos ministérios para as repartições subordinadas e para a sociedade em geral.

Além de medidas de caráter militar e econômico, medidas restritivas seriam aplicadas à população em geral, com o objetivo de:

- a) impedir a divulgação de boatos e notícias alarmantes em relação à guerra (o que na prática, iria levar à censura a imprensa e à censura postal e telegráfica);
- b) impedir o uso da língua alemã em publicações, escolas, correspondências (na realidade, além do português, só correspondências em inglês, francês, italiano e espanhol foram permitidas) e em atos públicos (visava-se aqui, as prédicas religiosas nas igrejas das comunidades teuto-brasileiras);
- c) registrar todos os súditos alemães nas delegacias do país.

² Todos os decretos citados nesse artigo podem ser encontrados em *sites* do governo brasileiro como o da Câmara dos Deputados: www2.camara.leg.br.

- d) dificultar o funcionamento das associações (clubes etc.) e empresas formadas por alemães e teuto-brasileiros.

Para aplicar todas essas medidas, serviços foram montados para fiscalizar a imprensa, os correios e telégrafos e também os bancos, seguradoras e as escolas “alemãs” no país (escolas voltadas a comunidades teuto-brasileiras, que usavam o alemão como língua de alfabetização, ao invés do português). Esses serviços se valeram de funcionários públicos que foram designados para essa função – desde delegados e oficiais militares até inspetores escolares e funcionários postais. Mas eram serviços complexos, que tinham de lidar com inúmeras variáveis. Uma dessas variáveis eram os termos genéricos do decreto presidencial, outra, as condições locais - assim, avisos ministeriais ou decretos estaduais especificaram a dimensão da atuação dos fiscalizadores. Era uma estrutura de controle social considerável para a tradição do Estado brasileiro.

Como o decreto 3361, ainda deixava uma série de setores estratégicos a descoberto, uma mensagem presidencial foi enviada ao Congresso em 03 de novembro, solicitando uma lei de guerra que contemplasse os seguintes aspectos: regulação de toda atividade econômica no Brasil (implicando rescisão de contratos e concessões de terras, fiscalização de instituições financeiras e transferência de propriedades) que pudesse favorecer os alemães; e institucionalizar regras para o internamento dos súditos alemães no Brasil em locais especiais. Em 16 de novembro, o decreto 3393, a *Lei de Guerra*, veio a lume.

Em seus 14 artigos, ela dava ao governo a capacidade de:

- a) decretar o Estado de Sítio até 31 de dezembro de 1917 (o que foi feito no Distrito Federal e nos estados do Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul); posteriormente os decretos 12787, de 31 de dezembro de 1917 e 12902, de 06 de março de 1918, ampliariam o Sítio, respectivamente até 06 de fevereiro de 1917 e 31 de dezembro de 1918 (artigo 1º);
- b) declarar sem efeito qualquer contrato ou operações entre o poder público e súditos inimigos (artigo 2º);
- c) sequestrar bens de súditos inimigos; suspender seus direitos de propriedade industrial; proibir a brasileiros e estrangeiros residentes aqui o comércio com o inimigo; incapacitar os súditos inimigos de pleitear em júízo em relação a matérias patrimoniais; suspender a exportação de qualquer tipo de bens de súditos

- inimigos; liquidar ou suspender empresas inimigas; fiscalizar empresas inimigas; internar em “campos de concentração” os súditos inimigos inconvenientes ou suspeitos (artigo 3º);
- d) acordar com os estados da União as rescisões dos contratos e concessões aos súditos inimigos (artigo 4º);
 - e) autorizar o brasileiro ou estrangeiro “não inimigo” a desfazer qualquer sociedade com súditos inimigos (artigo 5º);
 - f) definir a dimensão do que era considerado propriedade inimiga (artigo 6º);
 - g) suspender a naturalização de alemães durante o estado de guerra; assim como de súditos de países aliados da Alemanha - austro-húngaros, turcos e búlgaros (artigo 7º);
 - h) determinar o levantamento dos bens de propriedade inimiga para fins de sua posterior liquidação (artigo 8º);
 - i) determinar a fiscalização das seguradoras de administração ou propriedade inimiga (artigo 9º);
 - j) decretar meios para a liquidação de empresas inimigas, ressalvados os direitos dos proprietários (artigo 10º);
 - k) aprovação em todos os atos já praticados previstos na lei (artigo 11º);
 - l) abrir créditos e operações necessárias para execução da lei (artigo 12º).

Os artigos da lei tratam, majoritariamente, de questões econômicas – definindo o que podia ser o de mais imediato alcance na participação do Brasil na guerra. Apenas três itens não tratam disso – o relativo ao Estado de Sítio (implantado em estados com grande presença de empresas, associações ou imigrantes de origem alemã – mas também foco de recentes agitações operárias), o relativo ao internamento de alemães em campos de concentração - três dos quais seriam criados no Rio de Janeiro, funcionando entre 1917 e 1919 – na Ilha das Flores em São Gonçalo, na Fazenda Iguaçú, em Duque de Caxias e no Sanatório Naval, em Nova Friburgo (Queiroz, 2011) e o relativo a proibição de naturalização - única medida de exceção a atingir também aliados da Alemanha, contra os quais o Brasil não estava em guerra (Andrade, 1919, p. 201-21).

Mais alguns decretos seriam expedidos até 1918, dentre os quais podemos citar: o decreto 12930, de 20 de março de 1918 (abrindo mais créditos para a censura postal); o decreto 13014, de 04 de abril de 1918 (dando auxílio federal às escolas “alemãs” nos estados – muitas das quais haviam sido fechadas, dada a incapacidade de se encontrar

professores aptos a ensinar em português a alunos que usavam o alemão como principal língua); o decreto 3508, de 10 de julho de 1918 (ampliando o controle governamental que já existia sobre a radiotelegrafia para as estações de radiotelefonía); o decreto 13193, de 13 de setembro de 1918, que cria o Comissariado de Alimentação Pública (com poderes para regular o transporte, abastecimento e preços dos gêneros de primeira necessidade); e o derradeiro decreto 13235, de 11 de outubro de 1918 (um mês antes do fim da guerra – cassando a autorização de funcionamento dos bancos alemães no Brasil).

III. Aplicações

Do ponto de vista governamental, a legislação de guerra foi correta. Nos dizeres da Mensagem Presidencial de 1918, as “medidas de exceção e de legítima defesa” foram uma resposta necessária às agressões da Alemanha. Foi semelhante às “linhas gerais da legislação dos países interessados no conflito, só não tendo o Brasil confiscado a propriedade inimiga, nem encerrado o comércio interno alemão”. Mesmo a censura, foi “restrita aos assuntos internacionais e às medidas militares”, sendo permitida a “crítica ilimitada aos atos administrativos, desde que não degenerasse em franco incitamento à greve e à desordem, fato único na história do estado de sítio entre nós”. O próprio fato da lei ser escrita, teria “evitado o arbítrio e os excessos do povo ou das autoridades” (Brasil, 1918, p. 21-23; p. 39).

A aplicação das leis, passado o momento inicial de comoção nacionalista entre fins de 1917 e início de 1918, começou a ser vivenciada de forma diversa pela população brasileira.

Dentre os mais atingidos, os alemães e a população teuto-brasileira, houve poucos protestos – ou possibilidades de protesto. Não só as leis restringiram muito suas manifestações públicas ao mínimo, como também, nesse caso, a própria população contribuiu para o seu silenciamento – dado que uma série de manifestações violentas em abril, outubro e novembro de 1917 depredaram diversas propriedades alemãs e teuto-brasileiras pelo país. Assim, por exemplo, a proibição de uma imprensa em língua alemã no país em muitos casos não precisou ser aplicada, posto que vários jornais fossem empastelados por multidões nacionalistas antes disso!

Algumas empresas alemãs tentaram reagir às medidas de intervenção econômica do governo, mas sua incapacidade de pleitear em juízo também limitou qualquer iniciativa

nesse sentido. Seja como for, dada a crise econômica gerada pela guerra, muitas das medidas contra o capital alemão ou teuto-brasileiro – como o levantamento e liquidação das propriedades inimigas (artigo 8º da *Lei de Guerra*), não chegaram a ser aplicadas (Andrade, 1919, p. 23-29; p. 83-85).

Outro silenciamento foi imposto ao movimento operário – não foi coincidência o fato de que o estado de sítio tenha sido decretado nos estados que vivenciaram as mais sérias greves de 1917. A ocorrência da revolução bolchevique na Rússia (com apoio alemão) concorreu para tornar o movimento operário, de tendência anarquista, inclinado a simpatizar com a causa dos Impérios Centrais no último ano da guerra - e o serviço de contraespionagem até suspeitava de contatos mais profundos entre o movimento operário e agentes alemães no Brasil (Queiroz, 2014, p. 89). Na prática, houve a prisão de alguns militantes e o fechamento de algumas associações e jornais operários em 1917 – com isso, em 1918, houve poucas manifestações e só uma greve significativa (Bandeira, 1980, p. 44; p. 71; p. 112-118).

A grande imprensa brasileira inicialmente não reclamou muito da censura – dada a comoção nacionalista – e espaços em branco logo começaram a surgir dentre as colunas dos jornais... Mas passados os momentos iniciais da entrada do Brasil na guerra, as assimetrias da censura passaram a ser incômodas e jornais como *O Estado de São Paulo*, passaram a reclamar que a censura se voltava também para críticas feitas aos setores dominantes da oligarquia paulista, contra os quais o jornal se posicionava. O Primeiro Congresso Brasileiro de Jornalistas (Rio de Janeiro, setembro de 1918) teve dentre uma de suas deliberações, uma tese que pedia a “uniformidade do critério da censura” para evitar “desigualdades e violências” (Queiroz, 2014, p. 87-88). Mas parece que nada mudou até o fim da guerra...

Além da censura a imprensa, o nível de exceção que mais atingiu e gerou reclamações da população em geral foi a censura postal e telegráfica. As correspondências levavam mais tempo para chegar, vinham censuradas e isso gerou reclamações – especialmente dos setores do comércio, que alegaram graves prejuízos advindos do sistema. Também se criticou a radicalidade da censura – já que mesmo em países em situação de guerra como o Brasil, a censura não era tão intensa e ampla – atingindo apenas as zonas estratégicas, não o território inteiro, como no caso do Brasil (Queiroz, 2014, p. 87).

Se as leis de exceção queriam neutralizar qualquer ameaça que os alemães e teuto-brasileiros pudessem representar à segurança do Brasil, a extrema pressão exercida pela legislação de guerra sobre eles tornou pouco viável qualquer reação mais organizada. Sobre os demais setores da sociedade, a legislação de guerra exerceu também um efeito desmobilizador, seja ao movimento operário, seja também aos militantes nacionalistas (alguns dos quais, como a *Liga Nacionalista*, dirigiam críticas ao sistema oligárquico brasileiro, pugnando pelo *voto secreto*, por exemplo). O estado de sítio e a censura deram pouca margem de manobra a qualquer tipo de manifestação.

IV. Resultados

Como podemos avaliar essa primeira grande experiência formal com legislação e instituições excepcionais de controle no Brasil?

Quando a guerra terminou em novembro de 1918, não havia mais motivo para continuar a aplicar essa legislação, mas o caso é que o desmonte dela não foi imediato. A censura à imprensa caiu alguns dias depois, mas gradualmente e de forma diferente em cada estado. A censura postal e telegráfica foi desmontada também lentamente (sua última dimensão – sobre as correspondências vindas do exterior, só seria suprimida em setembro de 1919). As limitações às estações de rádio sequer foram suprimidas – o que constrangeu o desenvolvimento desse novo veículo de comunicação no Brasil (Queiroz, 2014, p. 88-89).

As restrições econômicas a empresas alemãs também entraram por 1919. A campanha de nacionalização do ensino iniciada em 1917, ainda teria ecos até 1920 (Luna, 2000, p. 42-48). As demais restrições à comunidade teuto-brasileira em relação ao uso da língua alemã e ao funcionamento de suas associações seriam suprimidas em 1919, mas deixariam um amargo ressentimento.

Um historiador que comparou as restrições à população de origem alemã no Brasil e nos Estados Unidos na época da I Guerra Mundial, concluiu que as restrições aplicadas aqui foram piores do que lá, atribuindo isso, principalmente, ao baixo nível de assimilação que havia no Brasil (uma sociedade ainda majoritariamente rural, com estrutura educacional deficiente – o que favoreceu o isolamento das comunidades teuto-brasileiras e a emergência dos temores expressados no “perigo alemão”) e uma sociedade com menos apreço pelas liberdades civis do que a norte-americana (Luebcke, 1987, p. 220-222).

Mas o fim da guerra não trouxe de volta a normalidade e o liberalismo de antes – nem para o mundo, que veria o surgimento de novos regimes centralizadores – o comunismo soviético e o fascismo italiano, nem para o Brasil. Quando a guerra terminou, a crise da República Velha começou.

Uma semana depois, do fim da guerra, a capital da República e algumas cidades do entorno viram um novo tipo de rebelião: a Insurreição Anarquista de 1918 – demonstrando o empoderamento do movimento operário e a influência da Revolução Russa. O estado de sítio ainda em vigor facilitou a repressão do movimento. Em 1921, uma nova lei de exceção, o decreto 4269 (*Lei de Repressão ao Anarquismo*) surgiu. No ano seguinte, a lei seria usada para fechar o Clube Militar – já na iminência das rebeliões que seriam chamadas de *tenentismo* (as forças armadas brasileiras também foram empoderadas pela guerra) – mostrando a flexibilidade de uma legislação de exceção. Subversão e rebelião – anarquista, comunista ou tenentista, ainda seriam complementadas por outras legislações de exceção – até o surgimento da *Lei de Segurança Nacional* em 1935 (Pinheiro, 1992, p. 121-122). Não houve ruptura, só continuidade.

Em relação à imprensa, o decreto 4743 de 31 de outubro de 1923 (apelidado de *Lei Infame*), não chega a restabelecer a censura, mas cria punições sobre o tratamento de assuntos de natureza nacional ou internacional na imprensa brasileira, com punições diretas (a autores, a órgãos, mesmo aos impressores) que as divulgassem. Com as rebeliões tenentistas quase constantes de 1924 a 1926, o país seria lançado num longo estado de sítio e medidas de censura à imprensa, postal e telegráfica seriam retomadas, campos de concentração seriam criados ou recriados – até mesmo uma nova instituição de inteligência, o *Conselho de Defesa Nacional*, foi criado em 1927. Essas medidas não cessariam após a Revolução de 30 – um período marcado por diversas rebeliões entre 1931 e 1938. Finalmente, se tornariam norma durante o Estado Novo. Não houve ruptura, só continuidade.

As restrições à população de origem alemã no Brasil diminuiriam após 1920, mas voltariam com força após a instituição do Estado Novo, com a *Campanha de Nacionalização* – que proibiu desde o ensino primário em língua estrangeira, a imprensa em língua estrangeira e até denominações estrangeiras de associações e localidades. A única diferença nesse caso é que as restrições não atingiram apenas a população de origem alemã, mas qualquer comunidade estrangeira radicada no país (Luna, 2000, p. 50-56).

Seja como for, podemos traçar uma similitude entre a campanha de nacionalização de 1917-18 com a do final dos anos 30. Outra continuidade...

Assim, para onde quer que olhemos, vemos como a legislação de guerra de 1917-18 abriu precedentes que seriam replicados nas décadas seguintes. Foi uma experiência com legislação de exceção e com uma série de instituições de vigilância criadas a partir delas, que abriu caminho ao regime de exceção, vinte anos depois. Devemos lembrar que o Estado Novo foi precedido pela decretação e prorrogação do estado de guerra (decretos: 702, de 21 de março de 1936; 915 de 19 de junho de 1936; 1122, de 28 de setembro de 1936; 1259, de 16 de dezembro de 1936; 1506, de 17 de março de 1937; e 2005, de 02 de outubro de 1937).

A legislação de exceção - baseada na ameaça à segurança nacional - ameaça proveniente da junção de perigo externo e interno, seria a justificativa para medidas de exceção que atingiriam o conjunto da população e seus direitos civis. A formatação dessa ameaça e criação de uma legislação de exceção para combatê-la encontram na legislação de guerra de 1917-18 uma origem e modelo.

Bibliografia

ANDRADE, N. Pinheiro de. *Problemas da Guerra e da Paz (legislação de guerra do Brasil)*. Rio, Leite, Ribeiro & Maurillo edits., 1919.

BANDEIRA, M. *O Ano Vermelho – A Revolução Russa e Seus Reflexos no Brasil*. S. Paulo, Brasiliense, 1980.

BRASIL. Presidência da República. *Mensagem*. Rio de Janeiro, s.e., 1918.

LUBCKE, F. *Germans in Brazil – A Comparative History of Cultural Conflict During World War First*. S.I., Louisiana State University, 1987.

LUNA, J. M. Freitas de. *O português na Escola Alemã de Blumenau: da formação à extinção de uma prática*. Itajaí, Ed. Da Univali/ Blumenau, Ed. Furb, 2000.

MORRIS, I. *Guerra – o horror da guerra e seu legado para a humanidade*. S. Paulo, LeYa, 2015.

PINHEIRO, P. Sergio. *Estratégias da Ilusão – A Revolução Mundial e o Brasil, 1922-1935*. S. Paulo, Cia. Das Letras, 1992.

QUEIROZ, Tito H. S. Campo de Concentração: São Gonçalo: A Ilha das Flores, 1917-1919. *Revista Científica FAP*, v. 03, 2011, p. 94-113.

_____, Guerra e Controle da Informação: Brasil, 1914-1919. *Comum*, v. 16, 2014, p. 79-98.

