

**Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 33, n. 2**

ISSN (impresso) N° 1516.4551  
ISSN (eletrônico) N° 2447-8709

Editor-chefe: Prof. Pós-Dr. Rafael Lazzarotto Simioni.

Periodicidade: O volume anual é composto de dois números, com periodicidade semestral.

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Fabiana Silva Bittencourt, Marcela Andrade Duarte e Meliza Marinelli Franco Carvalho.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera UniversitàMediterranea "Jean Monnet" Bari – Itália;

Prof. Dr. António Castanheira Neves - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. José Ignacio Martínez Estay - Universidad de los Andes;

Prof. Dr. José Lebre de Freitas - Universidade Nova de Lisboa;

Prof. Dr. José Manuel Aroso Linhares - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Prof. Dr. Marcel Storme - Law Faculty of the University of Ghent (Bélgica);

Prof. Dr. Nicola Picardi - Universitàdegli Studi di Roma "La Sapienza";

Prof. Dr. Rodrigo Perez Lisisic - Universidade do Atacama – Chile;

Prof. Dr. Rui Manuel Moura Ramos - Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra;

Profª. Dra. Paula Costa e Silva - Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

(Portugal);

Prof. Ms. Diego GermánMejía - Lemos – National University od Singapore, Faculty of Law, Singapur;

Luiz Inácio Lucena Adams – Advogado Geral da União;

Prof. Dr. Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy – IDP e UCB – DF;

Prof. Dr. Celso Lafer – FAPESP e USP;

Prof. Dr. Fredie Didier Junior - UFBA;

Prof. Dr. Humberto Theodoro Junior – UFMG;

Prof. Dr. Jessé José Freir e de Souza – UFJF;

Prof. Dr. Leonardo José Carneiro da Cunha – UFPE e UNICAP;

Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - UNISINOS;

Prof. Dr. Luiz Alberto David Araujo - PUC São Paulo;

Prof. Dr. Marcilio Toscano Franca Filho – UFPB;

Profª. Dra. Angela Araújo da Silveira Espindola - UNISINOS;  
Profª. Dra. Flávia Piovesan, PUC – SP e PR;  
Profª. Dra. Jânia Maria Lopes Saldanha - UNISINOS;  
Profª. Dra. Maria Sylvia Zanella Di Pietro – USP;  
Profª. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE;  
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.

Pareceristas atuantes:

Agostinho Oli Koppe Pereira – UCS  
Ana Virginia Moreira Gomes - UNIFOR  
André Karam Trindade - FG/BA  
Arthur Roberto Capella Giannattasio - MACKENZIE  
Bruno Amaro Lacerda – UFJF  
Eduardo Lima de Matos – UFS  
Carlos Alberto Simões de Tomaz - FUTT  
Cícero Krupp da Luz – FDSM  
Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha – FDIC  
Clóvis Eduardo Malinverni da Silveira - UCS  
Cristiane Catarina Fagundes de Oliveira - UNILASALLE-RS  
David Francisco Lopes Gomes  
Denise dos Santos Vasconcelos Silva – UFC  
Edna Raquel Hogemann – UNIRIO e Estácio de Sá  
Eduardo Lima de Matos – UFS  
Eliseu Raphael Venturi – UFPR  
Fábio Periandro de Almeida Hirsch – Universidade Federal d Bahia  
Fernanda Busanello Ferreira - UNIBRASIL  
Gabriel Luis Bonora Ferreira – UEMS  
Gianne Reis – UERJ  
Giuseppe Tosi - UFPB  
Henrique Mioranza Koppe Pereira - Universidade de Santa Cruz do Sul  
Jair Aparecido Cardoso – USP – Ribeirão Preto  
José Vicente Mendonça – UERJ  
Juarez Freitas – UFRS  
Julio Moraes Oliveira - FAPAM  
Leilane Serratine Grubba - IMED  
Leonel Pires Ohlweiler – UNILASALLE – RS  
Maria de Fátim Pessoa Lepikson – UCSAL  
Maria Virgínia Leal – UFPE  
Marise Costa De Souza Duarte – ESMARN

Nikolay Henrique Bispo - FGV  
Olga Jubert Gouveia Krell - FDA/UFAL  
Rafael Alem Mello Ferreira – FDSM  
Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM  
Roberto Freitas Filho – UniCeub  
Saulo Pinto Coelho – UFG  
Samantha Ribeiro Meyer – UNINOVE  
Thais Novaes Cavalcanti - UNIFIEO  
Theresa Rachel Couto Correia – UFSC

**Bibliotecária responsável:** Zélia Nilva de Souza Chagas.

**Missão:** A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é um veículo de consolidação das linhas de pesquisas institucionais e tem por finalidade publicar trabalhos inéditos na área do Direito.

**Linha editorial:** Constitucionalismo e Democracia.

**Política de responsabilidade:** O corpo editorial da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas não se responsabiliza pelas opiniões expressas nos artigos, sendo estes de responsabilidade de seus autores.

**Política de livre acesso:** Todo o material publicado na Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas é de acesso online e gratuito. Na versão impressa, é distribuída por permuta e doação a diversas instituições de ensino nacionais e estrangeiras. A cessão de artigos à revista é igualmente gratuita, não sendo cobradas, tampouco, taxas para a análise e publicação. A Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas obedece aos termos da licença Creative Commons 3.0 (<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/br/deed.pt>), atribuição não comercial e sem derivações, em consonância com a legislação autoral brasileira, Lei 9.610/98.

**Indexação:** Assembleia de Minas; Latindex; Portal de Periódicos; Sumários.org; DOAJ; Diadorim; Blook.

**Correspondência:** Toda correspondência, incluindo artigos científicos a serem submetidos para avaliação, cartas aos editores, solicitação de cópias, sugestões, avisos e outras informações, deve ser enviada para [revista@fdsms.edu.br](mailto:revista@fdsms.edu.br). Endereço postal: Av. Dr. João Beraldo, 1075 - Centro - Pouso Alegre MG - CEP 37550-000 – Tel./Fax: (35) 3449-8106.

Normas para a submissão de artigos: Disponíveis em:  
<http://www.fdsm.edu.br/site/posgraduacao/diretrizes.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

Vice-Diretor: Rafael Tadeu Simões

Fundador: Evaristo Toledo

Coordenação Financeira: Luiz Otávio de Oliveira Rezende

Coordenação de Graduação: Elias Kallás Filho

Coordenação Científica e de Pós-Graduação: Rafael Lazzarotto Simioni

## EDITORIAL

### O LUGAR DA ACADEMIA ENTRE O CENTRO E A PERIFERIA DO CAMPO JURÍDICO BRASILEIRO

Apresentamos para a comunidade acadêmica a edição de n. 33/2 da *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*, organizada, editada e publicada pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Seguindo a tradição de privilegiar a interdisciplinaridade e a diversidade de abordagens, a *Revista da FDSM* estabelece-se como um espaço de discussão plural dentro da área de concentração do PPGD/FDSM, que é Constitucionalismo e Democracia.

Fundada em 1984, a revista foi criada em um momento de esperança. Um tempo no qual a sociedade brasileira experimentava o final de uma experiência autoritária e o início do processo de democratização. Tempos de esperança em relação ao futuro do constitucionalismo e da democracia. Alvorada de um dia produtivo de trabalho e de uma inteligência compartilhada.

A *Revista da FDSM* foi uma das primeiras revistas jurídicas do interior do Brasil. Para uma faculdade de direito isolada, situada no Sul do Estado de Minas Gerais, a iniciativa de criar uma revista jurídica constituía uma ideia ousada. Havia algo a ser dito. Novos desenhos institucionais se insinuavam por trás de anos de ditadura, e novas formas de organização social começavam a pulular por cima dos camburões que, por tantos anos, sufocaram a liberdade em todas as suas dimensões. O direito pensado e refletido no Sul de Minas queria, de certo modo, estabelecer uma discussão com a cultura jurídica nacional, que até então era cultivada apenas nos grandes centros, e, em especial, nas capitais brasileiras.

O ano de 1984 foi um momento histórico de profundas transformações no Brasil. Menos de um ano depois, em 15 de março de 1985, o regime militar encerrava seu legado com hiperinflação, obras e construções públicas abandonadas por empreiteiras não pagas, desigualdades sociais brutais e uma carência absoluta de direitos e garantias fundamentais justamente pelos que mais precisavam do Estado. Tempo de encarar o legado, mas, também, tempo de esperança, reconstrução.

Diferente daquele 1984, o tempo de hoje se cruza de um modo interessante com o desencanto e a frustração, especialmente nos campos da política, da educação e do apoio financeiro à pesquisa: tempos em que, mais do que nunca, a pesquisa científica crítica se torna uma peça fundamental para

desencadear novas categorias de entendimento aptas a promover o resgate dos vínculos com o futuro.

Pensar o constitucionalismo e a democracia hoje, no Brasil, vem junto com um sentimento de frustração e da sensação que cometemos um erro grave em permitir ou contribuir para que chegássemos nesse estado de coisas. Gostaríamos de suscitar uma reflexão, neste editorial, a respeito do papel das instituições acadêmicas, das organizações do pensamento científico, desses atores sociais organizados em instituições das quais nós, que pensamos, criticamos e escrevemos, somos membros.

Há pouco tempo atrás não existiam professores genuinamente acadêmicos da área jurídica. Apesar de as faculdades de direito serem as primeiras da história do pensamento acadêmico no Brasil, ao lado da Medicina, a história do século XX foi escrita por grandes advogados que davam aulas, brilhantes juízes que davam aulas e importantes membros do Ministério Público, da segurança pública e outras carreiras jurídicas, que davam aulas. A carreira de professor e pesquisador na área jurídica, com autonomia em relação a outras organizações profissionais do direito, é uma experiência nova na cultura jurídica brasileira.

4 Ser professor e pesquisador do direito é diferente de ser advogado, juiz, promotor, delegado de polícia ou membro de outras instituições jurídicas. Os papéis sociais que as respectivas organizações exigem dos seus membros são absolutamente diferentes, construídos sob pressupostos diferentes, reproduzidos por uma estrutura de discursos diferentes e orientados a perspectivas, objetivos e finalidades diferentes. Claro que um advogado pode ser, também, professor e transitar entre as estruturas discursivas da advocacia e da academia sem perceber que, sob diferentes contextos institucionais, os regimes de verdade aos quais ele se encontra submetido também mudam. Um advogado no escritório pensa de um modo diferente do advogado na sala de aula. Como também o juiz, na sala de audiências, precisa reproduzir um regime de verdade diferente do mesmo juiz, na sala de aula. Todos nós assumimos papéis diferentes dependendo do contexto institucional no qual nos encontramos.

A advocacia observa o direito como uma questão de realização do direito material dos seus clientes. A magistratura reconstrói o mesmo direito como uma questão de prestação jurisdicional eficaz e de qualidade. A academia, por outro lado, observa esse mesmo referente jurídico sob as perspectivas das exigências de coerência, consistência, adequação aos princípios e valores inscritos no paradigma do nosso tempo. O direito é um referente linguístico, um signo vazio que não controla a relação entre significante e significado. É uma forma tão somente de referência comunicativa, cujo sentido não está nela

mesma, mas nas relações que ela estabelece com as perspectivas institucionais inscritas na estrutura das organizações.

Segundo Niklas Luhmann, o direito da sociedade é um sistema social dotado de autopoiese. E isso significa, dentre outras coisas, que o direito da sociedade produz também um sistema de organização central responsável pela realização das operações jurídicas, a partir do qual as demais organizações jurídicas são periferia. Luhmann observa que a organização central do direito são os tribunais, enquanto as demais organizações jurídicas, como a advocacia, constituem organizações periféricas. Gostaríamos de acrescentar a essa reflexão também a posição periférica da academia nessa relação entre as organizações jurídicas ao lado das advocacias públicas e privadas.

Nesse momento em que o direito parece não significar mais nada de importante para a política brasileira, torna-se importante, para a academia assumir a sua perspectiva de organização periférica do direito, que, como toda periferia, possui o potencial de identificar-se como uma forma de oposição, de resistência, de controle e de reflexão crítica a respeito do modo como o centro tem operado as relações entre direito, política e economia no país. Mais do que refletir sobre o papel dos tribunais, das advocacias públicas e privadas ou dos serviços de segurança pública, o discurso acadêmico precisa refletir sobre seu próprio papel e sua posição crítica de periferia aos discursos de centro.

Muito se tem falado e discutido sobre direitos humanos, princípios jurídicos fundamentais, conceitos, métodos, modelos, teorias, matrizes, paradigmas. E a prática parece prescindir do peso dessa produção acadêmica, na medida em que o próprio discurso do centro sequer faz referência a essa discussão, senão a si mesmo, aos seus próprios precedentes, aos seus próprios motivos, objetivos e razões.

Estamos vivendo um momento da história da cultura jurídica brasileira em que os tribunais, como sistema de organização central do direito, não precisam mais da periferia para realizar as operações jurídicas. Um momento em que o discurso da advocacia parece se referir somente ao mercado de clientes e o da academia parece se encontrar fechado no sistema de reprodução dos saberes hegemônicos, do centro, orientados a concursos públicos. Entretanto, isso não é verdade. Apenas do ponto de vista do centro os discursos da periferia parecem não ter o sentido útil ou válido para as exigências da estrutura do centro. Do ponto de vista das periferias, o discurso jurídico grita por transformação.

Sob os signos do ativismo judicial, do decisionismo, da falta de compromisso com os referentes formais do direito, o discurso periférico tem levantado

pretensões de oposição a esse domínio epistêmico dos saberes jurídicos pelo centro. Enquanto isso, a política brasileira desmonta décadas de construção das bases do constitucionalismo e da democracia. Crise econômica seletiva, que transforma o estado de exceção provisório, como lembrava Benjamim, em um estado de exceção permanente. Mas não para todos. A exceção também é seletiva: ela atinge apenas as periferias. Porque os saberes hegemônicos do centro não se sentem sequer responsáveis pelo protagonismo – ou falta dele – operado nos últimos anos. No fundo, todos somos responsáveis pelo retrocesso social que conquistamos ou que permitimos fosse conquistado nos últimos anos.

Nada melhor que lançar uma revista para responder a esse enorme desafio que a cultura política brasileira nos apresenta. A academia, como organização/discurso de periferia, tem não só o dever, mas sobretudo a possibilidade genuína de constituir um outro olhar sobre as possibilidades do futuro. Lembrando Bachelard, a questão é superar os “obstáculos epistemológicos” que travam o desenvolvimento da nossa experiência. É entender que os saberes não se somam, não se acumulam, e sim se transformam pelos saberes científicos. Ou ainda, com Popper, pensar em conjecturas e refutações e não em certezas necessárias. A academia pode enxergar por cima do paradigma político vigente nas relações de negociação da classe política brasileira e seus agregados. Pode ver o que esse paradigma não vê.

6

Tempo de nostalgia, o lançamento da *Revista da FDSM*, em 1984, no fim do regime ditatorial, contrasta com o nosso tempo, que marca o fim de um breve tempo em que o discurso científico possuía relevância e poder de vinculação. Hoje, as razões do dinheiro e do poder não só falam mais alto: elas são as únicas vozes escutadas pelas instituições políticas e jurídicas mais importantes do Estado brasileiro. Mas é justamente esse desencanto que anima e dá motivos para uma nova forma de pensamento acadêmico, com consciência da sua posição periférica e, exatamente por isso, com consciência da sua posição privilegiada para pensar a transformação.

Os artigos que compõem essa edição foram livremente submetidos ao processo de avaliação da *Revista da FDSM*, que conta com pareceristas experientes e comprometidos com as melhores práticas científicas, a quem agradecemos. Registra-se também o apoio incondicional da FDSM à realização desse projeto, que desde 1984 tem colaborado para dar voz a uma perspectiva jurídica do interior e, desse modo, contribuir para a riqueza da cultura jurídica nacional.

*Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni*

Editor-Chefe da *Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas*



# (RE)PENSANDO A EDUCAÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO POLÍTICA PÚBLICA CONSTITUCIONAL MULTIDIMENSIONAL: PARA UMA CULTURA DE RESPEITO EFETIVO AO MEIO AMBIENTE

## (RE)THINKING SOCIO-ENVIRONMENTAL EDUCATION AS A MULTIDIMENSIONAL AND CONSTITUTIONAL PUBLIC POLICY: TOWARD AN EFFECTIVE ECOLOGICAL CULTURE

*Saulo de Oliveira Pinto Coelho\**

*Felipe Magalhães Bambirra\*\**

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho foi buscar compreender os contornos jurídico-constitucionais das políticas públicas de Educação Ambiental e situá-los no contexto atual do debate ambiental internacional, analisando a complementariedade e atualização das contribuições historicamente desenvolvidas por meio dos principais tratados internacionais que versam ou impactaram diretamente o tema. Tal intento se construiu a partir de uma metodologia interdisciplinar, comparativa e crítico-reflexiva, utilizando-se como marco teórico, em grande medida, a perspectiva interconstitucional, a qual defende a consolidação de um direito constitucional e mesmo de um direito *em rede*, numa realidade jurídico-constitucional cada vez mais articulada e inter-comunicante, com dinâmicas *inter e trans* nacionais intensas. Analisando as balizas para a educação ambiental, conclui-se tratar de instrumento para uma política pública imprescindí-

---

\* Mestre e doutor em Direito pela UFMG, com estância pós-doutoral na Faculdade de Filosofia da Universitat de Barcelona, pelo Programa de Pós-doutoramento no Exterior da Capes. É professor da Faculdade de Direito da UFG. Professor do quadro permanente do Programa de Pós-graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos da UFG. Coordenador do Programa de Pós-graduação em Direito e Políticas Públicas (Mestrado Profissional) da UFG. saulopintocoelho@yahoo.com.br.

\*\* Mestre e doutor em Direito (UFMG) e pós-doutorando (Fapeg/Capes Doc-fix) em Direitos Humanos (PPGIDH/UFG). Professor do Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Direitos Humanos (UFG) e das Faculdades Alves Farias (ALFA-GO).

vel à sua promoção, formando (*Bildung*) o cidadão pelo reconhecimento do emergente plexo axiológico que caracteriza a contemporaneidade ambiental, integrando realidades regionais e internacionais.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais; Políticas públicas; Educação socioambiental.

#### ABSTRACT

This study aims to understand the juridical-constitutional contours of the public policies of Environmental Education and situate them in the current context of the international environmental debate, analyzing the complementarity of the historically developed contributions through international treaties concerning this subject. The paper was developed considering an interdisciplinary, comparative and critical-reflexive approach, within theoretical framework of the interconstitutional theory, which, perceiving an increasingly articulated and inter-communicating juridical-constitutional reality, with intense *inter* and *trans* national dynamics, adopted a multi-related network architectonic as model to understand the contemporary Constitutional Law and even the Law itself. By the environmental education's meaning, it concludes it is a fundamental public policy, responsible for building an adequate citizenship through the recognition of that emerging axiological plexus, which characterizes the environmental state-of-art discourse.

**Keywords:** Fundamental rights; Public policies; Socio-environmental Education.

#### CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

A educação ambiental, política pública essencial para a concretização de vários direitos humanos e fundamentais, mas, principalmente, ao direito a um meio-ambiente saudável, às presentes e futuras gerações, articula-se de modo multidimensional, nos planos supranacional, por meio do Direito Internacional, Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Ambiental Internacional. Igualmente, concretiza-se nos planos nacional e local. Essa articulação complexa da política pública de educação ambiental, que se desdobra tanto extrinsecamente (da Constituição para as instituições internacionais e para o diálogo com os demais modelos constitucionais), quanto intrinsecamente (da Constituição para os demais níveis de institucionalização internos ao país, tanto do ponto de vista federativo, quanto do ponto de vista administrativo), como ainda transversalmente (da Constituição para as outras linguagens sociais e científicas que tratam da temática com destaque e relevância), acaba por constituir a questão da educação ambiental como um assunto complexo, que exige acurado tratamento para uma sistematização não reducionista do fenômeno estudado.

O objetivo do presente trabalho foi buscar compreender os contornos jurídico-constitucionais das políticas públicas de Educação Ambiental e situá-los no

contexto atual do debate ambiental no mundo. Tal intento se construiu a partir de uma metodologia interdisciplinar, comparativa e crítico-reflexiva, utilizando-se como marco teórico, em grande medida, a perspectiva interconstitucional<sup>1</sup>, a qual defende a consolidação de um Direito Constitucional e mesmo de um direito *em rede*, em uma realidade jurídico-constitucional cada vez mais articulada e inter-comunicante, com dinâmicas *inter* e *trans* nacionais intensas.

Durante a vida da geração nascida nos anos 1960, a população mundial passou de três bilhões de pessoas para mais de sete bilhões em 2015, ou seja, mais que dobrou. Os avanços tecnológicos permitiram tanto produzir o suficiente para essas pessoas, como também que, em média, cada indivíduo consumisse maiores quantidades de todos os gêneros de produtos, de comida a eletrodomésticos, carros, computadores e celulares. Segundo as projeções da ONU, em 2030 atingiremos 8,5 bilhões e, em 2050, entre 10 e 12,5 bilhões de seres humanos na superfície terrestre.<sup>2</sup> Tais números não podem deixar de estar acompanhados de duas questões que estão articuladas e que são fundamentais no mundo atual. A primeira delas diz respeito ao fato de que o aumento da produção e do consumo mundial, medidos per capita, não produziu a diminuição das desigualdades. A segunda, que tal aumento nos levou necessariamente a um estado de dúvidas sobre a capacidade do planeta em sustentar as dinâmicas humanas atuais, sem fortes riscos à qualidade de vida e ao próprio bioma terrestre.

Diante de tais constatações, questiona-se como problema fundamental investigado neste trabalho, em que medida o modelo de educação ambiental que estamos a efetivar é condizente com uma proposta de transformação estrutural da sociedade, no sentido de uma mudança profunda de paradigma comportamental, em direção à construção de uma cultura de efetivo respeito ao meio ambiente, encarado em sua multidimensionalidade.

## **EDUCAÇÃO E MEIO AMBIENTE HOJE: PERCEPÇÃO CONTEXTUAL DE UM SENTIDO CONSTITUCIONAL PARA O PROBLEMA**

O aumento da população e do consumo, observados nos últimos cinquenta anos, significa, sem sombra de dúvidas, uma enorme pressão sobre os recursos naturais e humanos disponíveis. Não se trata de simplesmente retomar as previsões

---

<sup>1</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2012; SILVEIRA, Alessandra. *Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial*. In: BORGES, Alexandre Walmott; COELHO, Saulo de Oliveira (Org.). *Interculturalidade, interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015.

<sup>2</sup> UNITED NATIONS. Department of Economic and Social Affairs, Population Division. *World Population Prospects: The 2015 Revision, Key Findings and Advance Tables*. Working Paper n. ESA/P/W, p. 241, 2015.

Malthusianas, quem, no limiar do século XIX, afirmou que o mundo colapsaria, pois enquanto a população cresceria em progressão geométrica, a produção de víveres, por sua vez, aumentaria em progressão aritmética. Malthus, em certa medida, errou, pois não contava com os fantásticos avanços da ciência e técnica que permitiram produzir muito mais, em espaço e tempo reduzidos. Mas a projeção feita por Malthus não deve ser de todo desprezada.

Há inúmeras ameaças e problemas ambientais, capazes de afetar, de modo extremamente grave, a presente e futuras gerações. Há muita controvérsia em relação à velocidade da degradação ambiental e quanto aos danos e consequências que poderemos sofrer, mas as projeções mais conservadoras já destacam que, mantido o presente estilo de vida e crescimento demográfico – que envolve, em síntese, consumismo e pouca sensibilidade às questões ambientais – a Terra não suportará tamanha pressão. Apesar de ser incontestemente a resiliência do meio ambiente, ou seja, a capacidade de resistência ecológica às ações antrópicas, renovando-se grande parte dos recursos naturais – como os peixes no mar ou a reincorporação ao solo e mar do carbono lançado na atmosfera – a velocidade da poluição e degradação supera, em muito, aquela necessária para que os ciclos naturais se completem, verificando-se, ao final, um pesado déficit ecológico.

O Painel Intergovernamental sobre a Mudança Climática (IPCC, sigla para o nome em inglês) é um instituto que produz conclusões conservadoras acerca de, talvez, o maior risco ambiental que experimentamos: o aquecimento global. É composto por cerca de 130 membros, que representam, cada qual, seu país. Existe, em relação às conclusões do órgão, o poder de veto, que pode ser acionado por qualquer um deles, quando não haja consenso. Daí pode se perceber o seu caráter conservador, afinal, uma afirmação que possa prejudicar, de modo específico ou excessivamente países, e, por outro lado, possa ser contestada, do ponto de vista científico, pode ser vetada. O que é capaz de nos assustar é que, ainda que conservadoramente, concluiu o IPCC que o aquecimento global é inequívoco, e suas demais conclusões são pessimistas.<sup>3</sup>

O aquecimento global é um processo complexo, influenciado por inúmeras variáveis, com destaque para a produção de gases que contribuem para o efeito estufa – principalmente gás carbônico, metano e óxido nítrico – em razão da utilização de combustíveis fósseis.<sup>4</sup> Mas não só. Não há dúvidas de que a Terra é constituída por um grande e articulado sistema ecológico, de modo que alterações significativas em determinado bioma são capazes de provocar mudanças

---

<sup>3</sup> SAYLAN, Charles; BLUMSTEIN, Daniel. *The failure of environmental education (and how we can fix it)*. Los Angeles: University of California Press, 2011, p. 6-7.

<sup>4</sup> IPCC. *Climate change 2014: synthesis report*. Genebra: [s/e], 2015, p. 2-4. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR\\_AR5\\_FINAL\\_full\\_wcover.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/SYR_AR5_FINAL_full_wcover.pdf)>. Acesso em: 05/09/2016.

drásticas e imprevisíveis em outros pontos do globo e até mesmo alterar seu fino equilíbrio de modo geral. O desmatamento, as queimadas, a alteração da microbiota oceânica são fatores também associados ao aquecimento planetário.

Como os sistemas ecológicos são interligados e interdependentes, cenários catastróficos deixam de ser meros *argumentum ad terrorem* e tornam-se prospectivas prováveis. Utilizaremos o exemplo dado por SAYLAN, que reflete projeções e preocupações realistas. Com o derretimento das calotas polares, poderia haver liberação de um estoque imenso de metano, concentrado na região chamada *permafrost*, ou seja, um lugar que nunca se derreteria. Hoje, cientistas acreditam que foi uma pequena liberação de metano lá contido, há 635 milhões de anos, que teria aumentado a temperatura na Terra e permitido a vida tal qual a conhecemos hoje. Pequenas liberações da enorme quantidade de metano lá encontrada seriam capazes de reverter todo o esforço feito até o momento para diminuir a emissão de gases. Num cenário mais grave, caso não haja mudança nos padrões de afetação antrópica do meio ambiente, ao longo do presente século seria liberada uma vasta quantidade de metano, suficiente para, em um período extremamente curto de tempo, significar o efeito da poluição de aproximadamente 270 anos de emissão de gases às taxas correntes. Outros efeitos da diluição das calotas polares – esses mais controversos – seria a alteração na salinidade dos oceanos, o que mudaria significativamente as correntes marítimas, alterando de forma praticamente imprevisível o clima global, especialmente às monções (chuvas periódicas) asiáticas, nas quais um terço da população mundial depende delas para a irrigação e a manutenção da produção de alimentos.<sup>5</sup>

Seja como forem as análises, otimistas ou pessimistas, conservadoras ou não, certo é que o estilo de vida que levamos e as práticas sociais que adotamos podem colaborar mais ou menos para a pressão sobre o equilíbrio ambiental que a vida humana na Terra provocou. A adoção de práticas ambientalmente mais coerentes pode minimizar os efeitos da ação humana no ambiente e melhorar a própria qualidade de vida humana. É tempo de melhorar a qualidade ambiental das dinâmicas humanas. Isto é consenso, e corresponde à concretização dos princípios da prevenção e precaução, os quais já lograram pleno reconhecimento no Direito Ambiental.

O mundo de hoje, ou, melhor dizendo, a população mundial – pois é importante salientar que se trata de uma questão comportamental e de estilo de vida – é culturalmente dependente, em demasia, de petróleo e outros combustíveis fósseis, utilizados para abastecer carros, aeronaves e navios, para a produção de toda espécie de plásticos, cosméticos, medicamentos e fertilizantes, estes últimos insumos extremamente relevantes à agricultura. Tão grave quanto o uso exces-

---

<sup>5</sup> SAYLAN, Charles; BLUMSTEIN, Daniel. *The failure of environmental education* (and how we can fix it), p. 10-12.

sivo do petróleo, também é a depleção das reservas. Acredita-se que já tenhamos atingido o pico de extração de petróleo e, agora, a tendência de médio e longo prazo será que se torne um insumo cada vez mais raro e, logo, mais caro. Evidentemente, há reservas substanciais em águas profundas – como o pré-sal brasileiro – e outros locais de difícil acesso. Porém, o custo de extração somada à pressão por demanda seria capaz de impactar inúmeras cadeias produtivas, principalmente a de alimentos, prejudicando, sobretudo, populações pobres e vulneráveis. Em um cenário mais grave, em que a obtenção de tecnologias alternativas se alongasse temporalmente, poderíamos assistir crises nacionais e a desestabilização política de governos, aumentando a conflituosidade social, ao mesmo tempo em que os índices de qualidade de vida e bem estar social declinariam.

Outro grande contribuinte para o efeito estufa, e pouquíssimo mencionado, é a criação de gado. Cerca de 30% da superfície terrestre do globo – excluindo as áreas geladas – é utilizada, direta ou indiretamente, para a criação de gado, que responde pelo consumo de 70% da água potável total.<sup>6</sup> De acordo com dados oficiais da ONU, estima-se que o consumo de carne, laticínios e ovos corresponda a cerca de 18% das emissões que contribuem para o efeito estufa – e é possível que se trate de uma previsão otimista, pois, segundo a World Watch, ele seria próximo a 50%! –,<sup>7</sup> gerando ainda impactos negativos com a produção de amônia – desencadeando chuvas ácidas – e sendo o principal fator de diminuição da biodiversidade.<sup>8</sup> Alarmante é que, se a expansão da produção de energia prevista até 2050 é de 20%, a de carne e leite são, respectivamente, 73% e 58%, convertendo a nossa tradicional dieta, rica em ingredientes de origem animal, em um dramático problema ambiental.<sup>9</sup> Estima-se que, em 2050, a emissão de gases efeito-estufa relativo à criação de gado crescerá 80%, além de tal dieta ser responsável por uma série de problemas de saúde.<sup>10</sup>

Com o implemento de padrões e técnicas avançadas, hoje só utilizado por 10% dos criadores, seria possível reduzir em 30% as emissões relativas à criação de gado. Mas, como se pode perceber, a principal mudança que teremos de enfrentar

---

<sup>6</sup> FAO. *Livestock's long shadow: environmental issues and options*. Roma: Fao, 2006, p. 4-5. Disponível em: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/010/a0701e/a0701e.pdf>. Acesso em: 15/09/2016.

<sup>7</sup> Vide o documento “Livestock and climate change: what if the key actors in climate change are... cows, pigs and chickens?” Disponível em: <http://www.worldwatch.org/files/pdf/Livestock%20and%20Climate%20Change.pdf>. Acesso em: 20/09/2016.

<sup>8</sup> FAO. *Livestock's long shadow: environmental issues and options*, p. 272-273.

<sup>9</sup> FAO. *Tackling climate change through livestock: a global assessment of emissions and mitigation opportunities*. Roma: FAO, 2013, p. 1. Disponível em: <http://www.fao.org/3/i3437e.pdf>. Acesso em: 15/09/2016.

<sup>10</sup> TILMAN, David; CLARK, Michael. Global diet link environmental sustainability and human health, *Nature*, v. 515, nov. 2014, Macmillian Publishers, p. 528. Disponível em: <http://academic.regis.edu/MFRANCO/Seminar%20in%20Biology%20research%20Literature/Papers/GobalDiets.pdf>. Acesso em: 16/09/2016.

é ética e comportamental: tudo indica a impossibilidade garantir a todos uma dieta rica em produtos animais, pois não há como, pela tecnologia atual, que ela seja sustentável. O relatório da ONU,<sup>11</sup> porém, não toca nesta questão, que, pensamos, é fundamental: ser vegano ou mesmo vegetariano, é ambientalmente correto, considerando tanto a racionalidade do uso da água, quanto à diminuição dos principais fatores que contribuem com o aquecimento global. Não estamos aqui defendendo que estabeleça o estilo de vida vegano ou vegetariano como padrão, mas que o debate dessas questões, a partir de uma visão crítica e integrada dos problemas e desafios socioambientais do mundo atual, tornou-se imprescindível e deve estar presente na formação das crianças e jovens, bem como se tornar um tópico objeto de estímulos nos ambientes de inovação de práticas e saberes, capitaneados pelas Universidades. Mais uma vez, a educação ambiental constitucionalmente adequada (no sentido de ser democrática, participativa, emancipadora, intercultural e socialmente engajada) se revela como temática de forte relevância.

Para se conhecer e compreender o meio-ambiente, são necessárias contribuições de inúmeros saberes, como da biologia, medicina, economia, engenharia, ciência política, direito dentre inúmeros outros saberes humanos, tecnológicos e mesmo tradicionais. Os problemas ambientais, por sua vez, possuem repercussão sistêmica, são problemas *humanos, comportamentais e sociais*. Por isso, seria melhor a utilização do termo “educação socioambiental”. A esta multiplicidade interdisciplinar, que envolve múltiplos saberes, o local e o global, levando cada uma das ciências a questionar os seus marcos e fronteiras, chamamos de caráter multidimensional do meio ambiente.

Ademais, a “educação socioambiental” nos permite tratar de forma crítica os fenômenos e experiências de educação ambiental. Nos permite, notadamente, evitar dois caminhos que se revelam inadequados. Primeiramente, permite afastar um sentido de *educação ambiental reducionista* do problema a questões e ecologia e meio ambiente, encaradas disciplinarmente e de forma desarticulada com as questões sociais – fenômeno que podemos chamar, em termos gerais, de “educação ambientalista”. Permite evitar um sentido de *educação ambiental instrumentalizada* pelo marketing empresarial e pela *sociedade do espetáculo*,<sup>12</sup> que acaba por anular a própria educação ambiental, ao focar e priorizar temáticas ambientais secundárias e praxes de responsabilidade ambiental trivializadas,

---

<sup>11</sup> FAO. *Tackling climate change through livestock*, p. 45-46.

<sup>12</sup> No sentido construído a partir da teorização de Guy Debord em sua clássica obra homônima. Especificamente no contexto da educação ambiental, nos referimos a uma educação subversiva e acrítica perante a técnica da propaganda contemporânea, consistente em espetacularizar e explorar ao máximo a imagem de práticas ambientais avaliadas como positivas pelas empresas (e eventualmente poder público), ainda que sejam práticas pontuais; de modo a permitir, em razão disso, que não se dê a devida relevância para as práticas ambientalmente inadequadas produzidas por essas mesmas empresas (e também pelo mesmo poder público).

evitando o enfrentamento e a problematização das questões estruturais – fenômeno que podemos chamar de “educação pseudo-ambiental”.

## INDUÇÃO HISTÓRICA DE UMA COMPREENSÃO DA EDUCAÇÃO SOCIOAMBIENTAL COMO POLÍTICA CONSTITUCIONAL

É possível afirmar que a educação ambiental, em um sentido amplo, sempre foi parte do processo educacional humano, na medida em que se busca compreender e transmitir conhecimento acumulado às gerações futuras acerca da relação do homem com a natureza, sendo ele, inclusive, parte desta. De modo mais específico, porém, assiste-se à valorização da natureza no momento em que a urbanização do mundo se consolida e torna-se predominante, ou seja, na medida em que os antigos burgos se convertem em verdadeiras metrópoles, e o contato do homem com o meio ambiente natural passa a ser cada vez mais pontual e escasso. Pode-se perceber as origens dessa questão já no limiar do século XIX, na Europa, quando há o fortalecimento de correntes de pensamento românticas, que valorizavam um retorno ao natural.

Tome-se Rousseau como exemplo, pensador que está na transição do iluminismo ao romantismo e que considerava a sociedade e a propriedade a causa das injustiças encontradas nas sociedades humanas. Além de, comumente, propugnarem um retorno idílico ao estado de natureza, os românticos passaram também a dar importância ao contato do homem com as montanhas, rios, florestas, o canto dos pássaros e do vento, enfim, valorizavam a manutenção de um contato com o elo constitutivo das raízes do homem, perdido nos grandes centros urbanos. Buscava-se, assim, recuperar uma certa *ingenuidade* perdida, que haveria na vida campesina, tomando-se a vida *com* e *na* natureza como paradigma de bem-estar, qualidade de vida, enfim, como referente daquilo que seria a vida adequada ao ser humano.<sup>13</sup>

Na década de 1970, a partir da construção de cenários futuros elaborados por cientistas e estudiosos ambientais em geral, quando se previu uma forte crise em razão do uso irracional dos recursos naturais e da poluição ambiental, a educação ambiental passou a ser tematizada de modo específico, sério e, desde o início, multidimensional, tal como se dá no relatório denominado *Limites do Crescimento*, emitido junto ao conhecido Clube de Roma. Uma série de problemas ganharam atenção científica, política e filosófica, como o risco da falta de alimentos, o crescimento populacional e consumo desordenados, a acidificação das chuvas, problemas com a matriz energética e catástrofes nucleares, a deterioração da camada de ozônio, e, de um modo geral, a poluição do ar, água e solo. A edu-

---

<sup>13</sup> POSTMA, Dirk Willem. Why care for nature? In: *Search of an ethical framework for environmental responsibility and education*. Dordrecht: Springer, 2006, p. 2-12.



cação ambiental, não podemos nos esquecer, surge inicialmente, e com significativa força, no âmbito da educação informal, passando a ser incorporada, principalmente na década de 1990, aos currículos escolares.

No primeiro momento (notadamente na década de 1990), o objetivo da educação ambiental foi, praticamente de modo exclusivo, chamar a atenção do público geral para a temática ambiental, o comportamento humano destrutivo e práticas individuais poluidoras, gerando uma “percepção ambiental”. De modo mais específico, verificou-se também o incentivo ao plantio de árvores e demais atividades próprias à preservação do meio ambiente (entendida como aquisição de certos hábitos de proteção, mas sem uma preocupação com a transformação e adequação dos hábitos cotidianos) e à criação de listas de práticas adequadas e não adequadas à saúde da natureza. O intuito foi persuadir os cidadãos-consumidores a reduzir o seu consumo, a utilizar racionalmente a energia disponível, a buscar informações sobre produtos ecologicamente incorretos, a privilegiar o uso do transporte coletivo no lugar do carro, dentre outras práticas. Como se percebe adiante, tal estratégia, apesar de haver um significado louvável no início, não se mostrou, pragmaticamente, apta a produzir os resultados esperados. Exemplo curioso é o da propaganda brasileira conclamando as pessoas a “fazerem xixi no banho”, como medida apta a economizar mais de 4 mil litros de água por ano, por cada habitante.<sup>14</sup> A inusitada intenção pode ser boa, mas não parece que o xixi e uma descarga por dia sejam os grandes vilões do meio-ambiente; esta “informação”, sem uma educação ambiental efetivamente estruturada, é um tiro que passa longe do alvo. Pode, inclusive, construir a falsa sensação em quem adota a simpática prática de que “faz a sua parte” para a proteção do meio ambiente. Então, essa mesma pessoa continua a poluir e a consumir de forma inadequada, mas com o sentimento de que “protege” o ambiente, porque adotou a prática proposta na campanha publicitária em questão.

De todo modo, foi identificado um importante objetivo da educação ambiental no período: desenvolver um comportamento responsável por parte de indivíduos e grupos e a consciência da poluição.

Apenas na década de 1990, porém, os governos passaram a ter atenção à educação ambiental como política pública e promover a sua inserção nos currículos escolares.

Um dos mais importantes marcos para o desenvolvimento da educação ambiental foi apresentada na Conferência da ONU de 1987, cujo relatório final ganhou o nome de “Nosso futuro comum” (*Our Common Future*). Na ocasião, o também denominado relatório Brundtland sublinhou que, geopoliticamente,

---

<sup>14</sup> Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=xyJIUZWwkdM>>. Acesso em: 09/09/2016.

pobreza e riqueza tem endereço certo, e tanto a pobreza do sul, quanto o crescimento excessivo e indiscriminado do norte, que alavancou a sua geração de sua riqueza, contribuíram e contribuem decisivamente para destruição ambiental mundial. Daí ficou clara a infinidade de problemas socioambientais que advieram, por um lado, da tensão entre a finitude dos recursos naturais e a infinidade do crescimento humano e consumo, e, de outro, a assimetria da distribuição de riquezas – materiais e imateriais. Considerando que a poluição fez parte da produção de riquezas e desenvolvimento do norte, e que, ao se adotarem padrões de sustentabilidade equânimes, entre norte e sul, estar-se-ia cometendo uma grande injustiça com o sul, ao se dificultar o desenvolvimento de países periféricos, o relatório Brudtland deixou evidente não só que questão ambiental é também uma questão política, econômica e social, como também a afirmou a indeclinabilidade de se considerar as especificidades das populações economicamente fragilizadas, no esforço por transformações ambientais positivas, direcionadas ao cuidado com a natureza. Em resumo: a questão ambiental não mais comportaria vir separada da questão política, social e humana.

Com a Conferência do Rio (1992), e a elaboração da *Agenda 21*, o termo *desenvolvimento sustentável* se consolidou. Tornou-se lugar comum, inclusive, a utilização do slogan  *pense globalmente, atue localmente*. Durante a Conferência, ressaltou-se que educação ambiental é decisiva para a promoção do desenvolvimento sustentável e para melhorar a capacidade dos indivíduos para articularem e exigirem um desenvolvimento consciente das questões socioambientais, como também para se capacitarem a identificar padrões de comportamentos e consumo insustentáveis, e, corrigindo estas atitudes, adotarem as medidas necessárias para que se tornem sustentáveis. Ou seja, a educação ambiental é essencial para uma tomada de decisão consciente, seja individual ou coletivamente, e o mesmo vale para o agir estatal, por meio de políticas públicas.

Percebe-se que, em um primeiro momento, a educação ambiental foi pautada pelo próprio paradigma iluminista, centrado em valores como o utilitarismo, o positivismo, o tecno-racionalismo. Pensou-se e enxergou-se a natureza como objeto a ser manipulado e dominado pelo homem, para satisfação de suas necessidades. Assim sendo, paralelamente à mudança de hábitos individuais, a educação ambiental também propugnava a importância do desenvolvimento de tecnologias ambientalmente corretas e a substituição das tecnologias poluidoras por estas. Por vezes, na busca por alternativas tecnológicas que permitissem poluir menos, mantendo os mesmos hábitos de vida, residia o enfoque de alguns discursos que acabavam por não equacionar plenamente a problemática ambiental com a questão da estrutura integral da vida humana e suas formas de existir no mundo.

Hoje, tal paradigma não é mais suficiente nem adequado para lidar com os desafios da contemporaneidade. Isso ficou claro na Conferência da ONU de Ahmedabad, em 2007, na qual se concluiu pela urgência da necessidade de uma

grande mudança de paradigma. Assim, o meio ambiente vem sendo abordado a partir de uma perspectiva crítica, inclusiva, integradora, questionadora e justa, que busca compreender e salientar a interdependência entre os problemas humanos, políticos, econômicos, comportamentais, sociais e ambientais. O mero conservadorismo da natureza ou a sua pura contemplação passam, paulatinamente, a ser substituídos por uma narrativa segundo a qual o desenvolvimento sociocultural – leia-se, cultural, jurídico e economicamente inclusivos – deve ter primazia. Nesse sentido, a expressão *desenvolvimento ambiental sustentável* traduz uma série de ideias, valores, atitudes, conhecimentos e motivações que busca unir a necessidade de desenvolvimento socioeconômico e cultural, ao respeito aos ciclos naturais – a capacidade do meio ambiente de renovar os recursos naturais – e às futuras gerações.

Apesar de se comum a menção a várias expressões para definir o atual momento da educação ambiental, tais como *educação para o desenvolvimento sustentável*, ou *educação para sustentabilidade*, ou ainda *educação para o desenvolvimento de sociedades sustentáveis e globalmente responsáveis*, bem como *educação para cultura de sustentabilidade* ou simplesmente *educação sustentável*.

## DIAGNÓSTICO DOS DESAFIOS DA EDUCAÇÃO SOCIOAMBIENTAL EM UMA PERSPECTIVA INTERCONSTITUCIONAL

A questão ambiental, ao ser necessariamente uma questão envolvendo as práticas humanas em sociedade, não pode ser enfrentada sem a consideração da educação como importante instrumento de promoção de políticas ambientais integradas.

A opinião pública passou a prestar atenção às questões ambientais na década de 1970, período em que se desenvolveram importantes marcos filosóficos e jurídicos. Uma importante contribuição à educação ambiental foi dada pela Conferência de Nevada para a União Internacional para a Conservação da Natureza e dos Recursos Naturais (IUCN, sigla para o nome em inglês), a qual concluiu que a educação ambiental deveria ser um tema orientado cientificamente, de modo multidisciplinar, a ser incorporada em todas ou quase todas as disciplinas escolares.<sup>15</sup>

Naquele momento, a educação ambiental foi vista como um processo que poderia prover oportunidades aos estudantes para:

reconhecer valores e clarificar conceitos para o desenvolvimento de habilidades e atitudes necessárias para entender e apreciar a inter-relação entre seres humanos, sua cultura e seu envolvimento biofísico. Educação ambiental também engloba a prática de tomada de decisões e a

---

<sup>15</sup> EDWARDS, Jane. *Socially-critical environment education in primary classroom: the dance of structure and agency*. Heidelberg: Springer, 2016, p. 9-10.

autoformulação de um código de comportamento sobre assuntos concernentes à qualidade ambiental.<sup>16</sup>

Em 1972, o Programa de Educação Ambiental Internacional da Unesco, na Conferência das Nações Unidas para o Ambiente Humano, realizada em Estocolmo, posicionou, de modo mais claro, a educação ambiental como um meio estimular as pessoas a atuarem de acordo com o seu “código de comportamento”, algo vital para o sucesso de longo prazo de políticas públicas ambientais, como o único meio de mobilizar pessoas esclarecidas e responsáveis.<sup>17</sup>

Nesse período, identificou-se o desenvolvimento de duas ideias centrais à educação ambiental. A primeira consiste na relação entre o ser humano e o meio ambiente e a suas influências recíprocas; a segunda, na responsabilidade dos governos e agentes econômicos em garantir qualidade de vida ao mesmo tempo que se contribui ativamente para a conservação ambiental. Nesse contexto, surgiu, na antiga Iugoslávia, em 1975, a Carta de Belgrado, o primeiro marco global que definiu objetivos a serem alcançados com a educação ambiental, a saber:

Desenvolver uma população mundial que seja ciente e implicada nas questões ambientais e seus problemas associados, e que possua os conhecimentos, habilidades, atitudes, motivações e compromisso para trabalhar individual e coletivamente em direção a soluções para os correntes problemas e prevenção de novos.<sup>18</sup>

Os propósitos da Carta de Belgrado, de reconhecer e assumir a necessidade de se transformar o modo como o ser humano lida, interage e transforma o meio ambiente, foram aprofundados com a Carta de Tbilisi, de 1978:

Educação ambiental, propriamente entendida, deve constituir uma educação englobante e para toda a vida, com responsividade à mudança num mundo que se modifica rapidamente. Deve preparar o indivíduo para a vida pela compreensão dos principais problemas do mundo contemporâneo, e provê-lo de habilidades e atributos necessários ao desempenho de um papel produtivo em direção à melhoria de vida e proteção ambiental, com o devido respeito aos valores éticos.<sup>19</sup>

---

<sup>16</sup> GOUGH, A. *Education and the environment: policy, trends and the problems of marginalisation*. Melbourne: Australian Council for Educational Research, 1997, p. 8, *apud* EDWARDS, Jane. *Socially-critical environment education in primary classroom*, p. 10 (tradução do autor).

<sup>17</sup> EDWARDS, Jane. *Socially-critical environment education in primary classroom: the dance of structure and agency*, p. 10.

<sup>18</sup> UNESCO. *The Belgrade charter: a global framework for environmental education*, 1975, p. 15. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0002/000276/027608EB.pdf>>. Acesso em: 05/09/2016 (tradução do autor).

<sup>19</sup> UNESCO. *Intergovernmental conference on environmental education, Tbilisi (USSR), 14–16 October, 1977. Final report*. Paris: United Nations, 1978. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001563/156393eb.pdf>>. Acesso em: 07/09/2016.

Além disso, o conjunto de ambas as declarações citadas propõe uma educação ambiental humana, crítica, holística e orientada para o futuro, enfatizando a necessidade de políticas públicas que desenvolvam uma série de habilidades, atitudes, valores e motivações em relação aos cuidados socioambientais.

A efetiva aplicação destes princípios foram tema de várias outras conferências que se seguiram, e, em regra, o sentimento foi de preocupação.<sup>20</sup>

Entretanto, foi na Conferência de Ahmedabad, em 2007, que o senso de urgência e gravidade foi manifestado. Segundo o documento final, relativo à educação ambiental, salienta-se que, apesar de todos os esforços, o estado da sustentabilidade do planeta piorou sensivelmente, e, ainda, considerando a confirmação do aquecimento global, é necessário um senso de urgência na adoção de um novo paradigma, um novo iluminismo, para mudar radicalmente a relação do homem com o planeta:

Nossas recomendações para a educação ambiental e educação para o desenvolvimento sustentável no ano 2007 deve ser ancorada na dura realidade de que não apenas estamos exaurindo e pilhando os recursos da Terra numa taxa insustentável, mas no limiar de uma devastação inimaginável que a mudança climática provavelmente trará. Nós não precisamos mais de recomendações para mudanças incrementais; precisamos de recomendações que ajudem a alterar radicalmente nosso modo de vida, nosso sistema produtivo e econômico. Precisamos de um quadro educacional que não apenas siga estas mudanças radicais, mas que tome as rédeas do processo. Isso necessita de uma mudança de paradigma.<sup>21</sup>

Os ecos da Conferência de Ahmedabad ainda não ressoaram no Brasil e, acreditamos, tampouco na maioria dos demais lugares do mundo. O seu diferencial é o senso de urgência na adoção de um paradigma outro, profundamente transformador da compreensão e das práticas atuais em relação ao ambiente. O objetivo é alicerçar uma educação para a transformação e preparação efetiva dos seres humanos em direção a um mundo certamente diferente do atual, calcado em níveis de consumo, degradação e desigualdades incapazes de perdurar muito mais. Uma educação que é, portanto, “regenerativa”, no sentido de autores como Castoriadis e Maria Acaso,<sup>22</sup> construída como práxis, vivida, para muito além do “ensino bancário”, tão criticado por Paulo Freire,<sup>23</sup> mas tão insistentemente presente

---

<sup>20</sup> EDWARDS, Jane. *Socially-critical environment education in primary classroom: the dance of structure and agency*, p. 11.

<sup>21</sup> UNESCO. *Moving forward from Ahmedabad... environmental education in the 21st century*. Disponível em: <[http://www.unevoc.net/fileadmin/user\\_upload/docs/AhmedabadFinalRecommendations.pdf](http://www.unevoc.net/fileadmin/user_upload/docs/AhmedabadFinalRecommendations.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

<sup>22</sup> ACASO, María. *Pedagogías invisibles*. Madrid: Catarata, 2012.

<sup>23</sup> FREIRE, Paulo. *Pedagogia del oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981

também nas experiências cotidianas de educação ambiental. Na vanguarda desse debate, a educação ambiental que se propugna pode ser conceituada, portanto, como uma *educação ambiental libertadora*, parafraseando-se Freire.<sup>24</sup> Libertadora notadamente no sentido de emancipar das práticas arraigadas na atual sociedade de consumo, insustentáveis, bem como no sentido de nos empoderar para exigir mudanças efetivas (para além do marketing) por parte das grandes corporações e demais estruturas poluidoras de nossa atual sociedade pós-industrial.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### Uma provocação para a regulação e efetivação de um modelo transformador de educação socioambiental

A construção e o reconhecimento, nos planos nacionais e internacional, dos direitos humano-fundamentais como baliza capital do norteamento dos comportamentos e das tomadas de decisão em sociedades democráticas constitui o grande desafio com o qual colabora o pensamento jurídico contemporâneo.<sup>25</sup> Dentre tais direitos, um meio ambiente ecologicamente equilibrado, como o direito humano e fundamental, é importante novidade do século XX que tem, devido a sua complexidade, exigido profundas reformulações teóricas da teoria jurídica e adentra ao século XXI como umas das temáticas mais desafiadoras, não apenas no campo do direito, mas para o pensamento e para a cultura. A tutela do meio ambiente, concebida de modo eficiente, demanda compreensão e ações sinérgicas para além do plano estatal, por se tratar de bem que desempenha relevante função global, cuja violação pode afetar até mesmo toda a humanidade, com potenciais danos e impactos que não reconhecem fronteiras políticas.

Assumindo estas premissas, resta evidenciado que, mais que apenas propugnar por uma atuação eficiente e ilibada dos órgãos e entidades do Poder Público no cumprimento de suas funções constitucionais de proteção ao meio

---

<sup>24</sup> Para uma reflexão consistente acerca dos problemas da educação para uma cultura de direitos humanos no Brasil, sugere-se leitura do seguinte trabalho: COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; COLLADO, Francisco Garcia. Praxis educativa e autoconstrução da cultura democrática de direitos humanos: sobre a insistência do 'faça o que eu digo, não faça o que eu faço' nos ambientes de aprendizagem cidadã. In: SANCHES; MEZZAROBIA; BIRNFELD. (Org.). *Direito, Educação e Metodologias do Conhecimento*. Florianópolis: Conpedi, 2015, p. 466-489.

<sup>25</sup> COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Desarrollo humano crítico-inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho. In: DIAZ; COELHO; MAYOS (Eds.). *Postdisciplinaridad y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014, p. 42-5. Sobre a dialética do reconhecimento no plano global – internacional e regional – como fundamento do desenvolvimento de um constitucionalismo global, ver BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *O sistema universal de proteção dos direitos humanos e fundamentais*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2014, Tese (Doutorado em Direito).

ambiente, é necessário perquirir a construção de uma *cultura democrática de direitos humanos*,<sup>26</sup> a qual deve compreender igualmente uma *cultura democrática de respeito ao ambiente equilibrado*, como condição indispensável de desenvolvimento verdadeiramente sustentável e inclusivo das sociedades atuais.

Mas a construção de uma cultura democrática de respeito ao ambiente equilibrado deve ser buscada como cultura democrática e interconstitucional. Isso porque tal direito constitui fenômeno mais amplo, que tem como um de seus desencadeadores a nova gama de direitos, de cunho transindividual e transgeracional, gestados no pós-segunda-guerra, os quais se relacionam, principalmente, com as recentes transformações tecnológicas em uma sociedade massificada, turboglobalizada,<sup>27</sup> de complexidade e riscos crescentes.<sup>28</sup> Conceitos centrais da Teoria do Direito e do Estado passaram a não serem mais capazes de fornecer uma compreensão adequada dos fenômenos sociais, e, sob pena de se comprometer a própria instrumentalidade e funcionalidade do direito, são reformulados ou substituídos. É o que ocorre com a noção de Constituição e constitucionalismo, em um ambiente *internacionalizado*, com a formação regional de entes políticos e jurídicos – como a União Europeia, o Mercosul e as Cortes Interamericana e Europeia de Direitos Humanos – que vem ganhando proeminência.

Com o objetivo de explicar as transformações observáveis na realidade e no Direito Constitucional, ou, ainda, na busca de se propor um modelo adequado a esta nova configuração mundial, ganhou relevo propostas como a do constitucionalismo multinível, o transconstitucionalismo e o interconstitucionalismo, no intuito de articular a produção de sentido normativo produzido por estes novos atores político-jurídicos. A questão ambiental relaciona-se fortemente – e de certo modo impulsiona – o fenômeno da “constitucionalidade em rede” de que fala Canotilho.<sup>29</sup> Também no plano das Américas, este fenômeno de integração e de conformação dialogada das linguagens, discursos e semânticas constitucionais se faz observável, como demonstra recente estudo de Coelho e Vaz.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; COLLADO, Francis Garcia. Praxis educativa e autoconstrução da cultura democrática de direitos humanos: sobre a persistência da máxima ‘faça o que eu digo, não faça o que eu faço’ nos ambientes de aprendizagem cidadã. In: *Direito, Educação e Metodologias do Conhecimento*, 2015.

<sup>27</sup> MAYOS, Gonçal Solsona. Empoderamiento y Desarrollo Humano; actuar local y pensar postdisciplinariamente. In: DIAZ; COELHO; MAYOS (eds.), p. 189.

<sup>28</sup> BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

<sup>29</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*Brançosos*” e *interconstitucionalidade*: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional.

<sup>30</sup> COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; VAS, Laís. Constitucionalismo multinível, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo: una crítica de tres modelos posibles para la comprensión de los fenómenos de integración constitucional en Iberoamérica. In: *VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Bogotá, 2015, no prelo.

A educação ambiental é instrumento imprescindível à promoção de uma efetiva cultura de respeito ao meio ambiente, na medida em que é capaz de criar espaços para a formação (*Bildung*)<sup>31</sup> do cidadão, não apenas com o objetivo de informar, mas, sobretudo, permitir a compreensão e a reflexão crítica sobre sua cidadania, com reflexos nas comunicações e práxis dos indivíduos e grupos. Não é realmente factível a tutela do meio ambiente na hipótese de se prescindir do reconhecimento deste novo plexo axiológico, a conformar o *ethos* social, por meio de processos educacionais contínuos e duradouros. Tais processos, diante do contexto apresentado, não estão, atualmente, restritos aos planos nacionais: já há diálogo no plano supranacional com vistas à necessidade de se discutir conceitos fundantes, bases teóricas comuns, pontos de vistas diferentes e consensuais, enfim, buscando consolidar propostas que estejam atentas às complexidades contemporâneas, nos planos locais e regionais.

## REFERÊNCIAS

- ACASO, María. *Pedagogías invisibles*. Madrid: catarata, 2012.
- BAMBIRRA, Felipe Magalhães. *O sistema universal de proteção dos direitos humanos e fundamentais*. Belo Horizonte: Faculdade de Direito da UFMG, 2014, tese (doutorado em direito).
- BECK, Ulrich. *Weltrisikogesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *“Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*. 2. ed. Lisboa: Almedina, 2012.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Considerações sobre as tendências interconstitucionais e interdisciplinares do discurso jurídico contemporâneo: macrofilosofia dos fenômenos “inter” e aportes ao direito. In: COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; BORGES, Alexandre Walmott. *Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação em um mundo global*. Uberlândia: Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados, 2015.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto. Desarrollo humano crítico-inclusivo: crítica del derecho al desarrollo y desarrollo crítico del derecho. In: DIAZ; COELHO; MAYOS (Eds.). *Postdisciplinaridad y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014.
- COELHO, Saulo de Oliveira Pinto; COLLADO, Francisco Garcia. Praxis educativa e auto-construção da cultura democrática de direitos humanos: sobre a insistência do ‘faça o que eu digo, não faça o que eu faço’ nos ambientes de aprendizagem cidadã. In: SANCHES; MEZZAROBA; BIRNFELD. (Org.). *Direito, educação e metodologias do conhecimento*. Florianópolis: Conpedi, 2015.
- COELHO, Saulo De Oliviera Pinto; VAS, Laís. Constitucionalismo multinível, transconstitucionalismo e interconstitucionalismo: una crítica de tres modelos posibles para la comprensión de los fenómenos de integración constitucional en Iberoamérica. In: VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Bogotá, 2015, no prelo.

---

<sup>31</sup> Palavra alemã a significar, na filosofia de tradição culturalista, a formação cultural, política e cognitiva, ou seja, a formação integral de um sujeito no seio de uma sociedade.



EDWARDS, Jane. *Socially-critical environment education in primary classroom: the dance of structure and agency*. Heidelberg: Springer, 2016.

FAO. *Livestock's long shadow: environmental issues and options*. Roma: FAO, 2006. Disponível em: <<ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/010/a0701e/a0701e.pdf>>. Acesso em: 15/09/2016.

FAO. *Tackling climate change through livestock: a global assessment of emissions and mitigation opportunities*. Roma: FAO, 2013. Disponível em: <<http://www.fao.org/3/i3437e.pdf>>. Acesso em: 15/09/2016.

FREIRE, Paulo. *Pedagogia del oprimido*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

IPCC. *Climate change 2014: synthesis report*. Genebra: [s/e], 2015. Disponível em: <[http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/syr\\_ar5\\_final\\_full\\_wcover.pdf](http://www.ipcc.ch/pdf/assessment-report/ar5/syr/syr_ar5_final_full_wcover.pdf)>. Acesso em: 05/09/2016.

MAYOS, Gonçal Solsona. *Empoderamiento y desarrollo humano: actuar local y pensar postdisciplinarmente*. In: DIAZ; COELHO; MAYOS (eds.). *Postdisciplinaridad y desarrollo humano: entre pensamiento y política*. Barcelona: Linkgua, 2014.

POSTMA, Dirk Willem. *Why care for nature?* In: *Search of an ethical framework for environmental responsibility and education*. Dordrecht: Springer, 2006.

SAYLAN, Charles; BLUMSTEIN, Daniel. *The failure of environmental education (and how we can fix it)*. Los Angeles: University of California Press, 2011.

SILVEIRA, Alessandra. *Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial*. In: BORGES, Alexandre Walmott; Coelho, Saulo de Oliveira (Org.). *Interculturalidade, interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios e níveis de inter-relação em um mundo global*. Uberlândia: LAECC, 2015.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

TILMAN, David; CLARK, Michael. *Global diet link environmental sustainability and human health, nature*, v. 515, nov. 2014. Macmillian Publishers, p. 528. Disponível em: <<http://academic.regis.edu/mfranco/seminar%20in%20biology%20research%20literature/papers/gobaldiets.pdf>>. Acesso em: 16/09/2016.

UNESCO. *Intergovernmental conference on environmental education, tbilisi (ussr), 14–16 october 1977. Final report*. Paris: united nations, 1978. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0015/001563/156393eb.pdf>>. Acesso em: 07/09/2016.

UNESCO. *The Belgrade charter: a global framework for environmental education, 1975*, p. 15. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0002/000276/027608eb.pdf>>. Acesso em: 05/09/2016.

UNESCO. *Moving forward from Ahmedabad. Environmental education in the 21st century*. Disponível em: <[http://www.unevoc.net/fileadmin/user\\_upload/docs/ahmedabadfinal-recommendations.pdf](http://www.unevoc.net/fileadmin/user_upload/docs/ahmedabadfinal-recommendations.pdf)>. Acesso em: 09/02/2017.

UNITED NATIONS. *Department of economic and social affairs, population division. World population prospects: the 2015 revision, key findings and advance tables. Working paper*, 2015.

Data de recebimento: 20/02/2017

Data de aprovação: 11/04/2017

# A ADI N. 5.296/DF E A AUTONOMIA FINANCEIRA DA DEFENSORIA PÚBLICA

## THE ADI N. 5.296/DF AND THE FINANCIAL AUTONOMY OF THE PUBLIC DEFENDER

*Géssika de Fátima Ribeiro Feitosa\**

*Gustavo Tavares Cavalcanti Liberato\*\**

### RESUMO

O presente artigo visa à compreensão da ADI n. 5.296/DF, que questiona a constitucionalidade da EC n. 74/2013, a qual, por sua vez, concedeu autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União. Nesse intuito, são analisadas a origem e a tramitação da proposta que se converteu na EC n. 74/2013 no Congresso Nacional. Além disso, serão examinadas as teses de inconstitucionalidade da ADI n. 5.296/DF de natureza cautelar e de mérito. Por fim, são estudados os argumentos contrários à declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, especialmente a relevância da autonomia da Defensoria Pública para a garantia dos direitos fundamentais. A metodologia utilizada baseia-se em estudo descritivo-analítico por meio de pesquisa documental do tipo bibliográfica e jurisprudencial. A abordagem dos resultados é pura e qualitativa. Realiza-se, ainda, pesquisa descritiva e exploratória, com o objetivo de esclarecer e de aprimorar as ideias acerca do tema proposto.

**Palavras-chave:** ADI n. 5.296/DF; Defensoria pública; Autonomia administrativa e financeira; Direitos fundamentais.

### ABSTRACT

This article presents the ADI n. 5.296/DF, which questions the constitutionality of EC n. 74/2013, as it has granted administrative and financial autonomy to the Union Public Defender. To that end, it analyzes the origin and processing of the proposal that became the EC n. 74/2013 in the Brazilian National Congress. Also, it will examine the unconstitutionality of the theses disposed in the ADI n. 5.296/DF. Finally, the arguments

---

\* Bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Advogada. gessikaribeiro-adv05@gmail.com.

\*\* Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Professor. gustavoliberato@unifor.br.

against the declaration of unconstitutionality of EC n. 74/2013, especially the importance of the autonomy of the Public Defender for the guarantee of fundamental rights are studied. The methodology used is based on a descriptive-analytical study through documentary research of the bibliographical and jurisprudential type. The approach to results is pure and qualitative. A descriptive and exploratory research is also carried out, in order to clarify and improve the ideas about the proposed theme.

**Keywords:** ADI n. 5.296/DF; Public defender; Administrative and financial autonomy; Fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, promulgada após o período da redemocratização, traz um rol não exaustivo e extenso de direitos fundamentais que visam, de forma imediata ou mediata, proteger e promover a Dignidade da Pessoa Humana. Para assegurar a efetividade das normas jusfundamentais, a Lei Maior brasileira trouxe garantias fundamentais que já eram conhecidas, bem como criou novos institutos, como a Defensoria Pública.

O texto original da Constituição Federal previu a Defensoria Pública como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado com a função de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes. Essa previsão constitucional, contudo, sofreu críticas, especialmente por não ter atribuído independência à Defensoria Pública, o que poderia colocar em xeque a efetividade de sua atuação. Iniciou-se, portanto, a reivindicação dos defensores públicos pela concessão de autonomia a esse órgão.

Em 2004, foi promulgada a EC n. 45, que, dentre outras alterações, atribuiu autonomia funcional, administrativa e financeira às Defensorias Públicas estaduais. Essa alteração, porém, foi criticada por não ter estendido a independência às esferas federal e distrital do órgão, o que gerou desigualdade de tratamento entre os membros do mesmo órgão. Além disso, em 2009, a LC n. 132 alterou a LC n. 80/94, a Lei Orgânica Nacional da Defensoria Pública, para incluir como funções institucionais a promoção dos direitos humanos e a defesa dos direitos fundamentais. Esse fato instigou a busca dos membros da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal pelo reconhecimento constitucional da autonomia devida a esses órgãos.

Em 2013, foi promulgada a EC n. 74, que estendeu a autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais às esferas federal e distrital do órgão. Assim, todas as ramificações da Defensoria Pública têm independência em relação ao Poder Executivo dos respectivos entes federados, inclusive sob o ponto de vista financeiro.

A previsão constitucional de independência da Defensoria Pública da União não tem sido observada pelo Poder Executivo Federal, que ainda interfere na

proposta orçamentária do órgão para alterar os valores fixados pela instituição. Em 2015, a então Presidente da República, Dilma Rousseff, ajuizou a ADI n. 5.296/DF para questionar a constitucionalidade da EC n. 74/2013 e, por consequência, a validade da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública Federal por vício de iniciativa, que viola a separação dos poderes, bem como o risco de prejuízo irreparável ao orçamento da União pela concessão de vantagens aos membros da instituição.

O tema tem relevância social e jurídica pela importância da atuação da Defensoria Pública para a promoção da igualdade material da justiça social e para a garantia da efetividade dos direitos fundamentais. Outrossim, o estudo da ADI n. 5.296/DF é relevante para a compreensão das teses de inconstitucionalidade e da forma pela qual o Supremo Tribunal Federal poderá proferir a decisão final.

Nesse sentido, busca-se desenvolver o presente artigo científico no intuito de expor o processo de origem e tramitação da EC n. 74/2013, as teses de inconstitucionalidade que fundamentam a ADI n. 5.296/DF e os argumentos contrários à declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 e da invalidade da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União.

A metodologia aqui empregada é o estudo descritivo e analítico por meio de pesquisa documental (do tipo bibliográfica) com a utilização de obras de autores, como Daniel Sarmiento, Ingo Sarlet e Ricardo Lobo Torres, além do uso de informações em sítios oficiais, como o do Supremo Tribunal Federal.

### **A ORIGEM DA EC N. 74/2013**

A Constituição Federal de 1988 criou a Defensoria Pública com o intuito de prestar assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados e, assim, efetivar o amplo acesso à justiça. O artigo 134 da Lei Maior afirma, ainda, que esse órgão é permanente, essencial à função jurisdicional do Estado e com ramificações na União, nos Estados e no Distrito Federal.

A norma constitucional sobre a Defensoria Pública, a despeito de ter sido bem recebida pelos juristas, sofreu críticas por não ter previsto a sua autonomia. Isso porque, na prestação de assistência jurídica, os defensores públicos podem defender direitos em face de particulares e do Estado, bem como a vinculação da Defensoria Pública à Administração Pública poderia ser empecilho para a efetividade de sua atuação. Assim, passou-se a defender a independência do órgão como forma de preservar a idoneidade no cumprimento dos objetivos institucionais, conforme afirma Amélia Soares da Rocha:<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 97-98.

Sem independência, a defesa do pobre é meramente formal e, o mais grave, legitimadora da condição de desigualdade, que ainda é conveniente a muitos espaços de poder, *posto que a verdadeira defesa, como há muito advertia Nabuco, tem reflexos nos alicerces de nossa pátria, e a alteração dessa realidade não interessa a todos*. A questão é muito simples e objetiva: a igualdade, na prática, causa muito incômodo e só poderá ser alcançada se a instituição tiver real independência e força no enfrentamento dos clássicos obstáculos ao acesso à Justiça. Por outro lado, é preciso ter instrumentos – e a *Ouvidoria Externa é um deles* – para que a autonomia não seja deturpada e utilizada equivocadamente. (grifos no original)

Em 2004, foi promulgada a EC n. 45/2004, que acrescentou o § 2º ao artigo 134 para atribuir autonomia administrativa, financeira e orçamentária às Defensorias Públicas Estaduais. Assim, esses órgãos passaram a ser independentes do respectivo Poder Executivo. Essa alteração do texto constitucional foi considerada um importante passo para a consolidação da Defensoria Pública como instituição democrática.

A EC n. 45/2004 foi objeto de debates jurídicos no sentido de se questionar a possibilidade de ser reconhecida a independência das esferas federal e distrital da Defensoria Pública. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a autonomia conferida às Defensorias Públicas Estaduais não poderia ser estendida às demais ramificações do órgão pela ausência de previsão constitucional expressa. Isso gerou críticas à EC n. 45/2004 por não ter atribuído independência à Defensoria Pública da União e à do Distrito Federal, o que gerou tratamento desigual entre os membros da mesma instituição. Sobre a disparidade gerada pela EC n. 45/2004, asseveram Diogo Esteves e Franklyn Roger Alves Silva:<sup>2</sup>

No entanto, realizando a análise sistemática da Carta Magna, se revelava incompreensível a exclusão operada pelo constituinte reformador, não havendo qualquer razão jurídica que fundamentasse a quebra da isonomia institucional entre os diversos ramos da Defensoria Pública. Afinal, o único fator que separa as diversas ramificações estruturais da Defensoria Pública é a distribuição constitucional de atribuições, não havendo qualquer elemento distintivo adicional.

Na tentativa de retificar o desequilíbrio entre as ramificações da Defensoria Pública, em 2005, o ex-senador José Jorge (DEM-PE) apresentou a PEC n. 358/2005 que, dentre outras alterações, pretendia conferir autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União e à do Distrito Federal. A PEC n. 358/2005 foi votada e aprovada em dois turnos pelo Senado Federal, porém aguarda votação pelo Plenário da Câmara dos Deputados desde 2007.

---

<sup>2</sup> ESTEVES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 36.

Em 2011, a senadora Vanessa Grazziotin (PC do B-AM) apresentou a PEC n. 82 que visa a acrescentar §3º ao artigo 134 do texto constitucional para estender a autonomia administrativa e financeira das Defensorias Públicas Estaduais às esferas federal e distrital do órgão. A senadora justificou a proposta pelo número insuficiente de defensores públicos para atender o grande número de indivíduos que buscam os serviços do órgão, o que põe em xeque sua efetividade. Nesse sentido, afirma a senadora Vanessa Grazziotin (PC do B-AM):<sup>3</sup>

A Defensoria Pública da União (DPU) é instituição fundamental para a implementação e a prática da cidadania, possibilitando o acesso à justiça para parcela considerável da população brasileira. Estima-se como potenciais usuários da DPU algo em torno de 134 milhões de brasileiros.

Atualmente, a DPU conta com 480 (quatrocentos e oitenta) defensores públicos federais, tendo como responsabilidade a atuação com os Tribunais Superiores, Justiça Federal, Justiça do Trabalho e Justiça Militar da União.

No ano de 2010, apesar do pequeno número de defensores, a DPU realizou mais de um milhão de atendimentos; no entanto, esse trabalho é fruto da abnegação dos defensores, pois faltam a eles melhores condições para ajudarem às camadas menos favorecidas da sociedade a terem acesso ao Judiciário.

Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, o relator, o senador Inácio Arruda (PC do B-CE) opinou pela constitucionalidade formal e material da PEC n. 82/2011 e pela aprovação da proposta em razão da necessidade de retificar a disparidade de tratamento entre as esferas da Defensoria Pública em razão da importância do órgão no âmbito federal na defesa de direitos em face de órgãos e entidades da Administração Pública Direta e Indireta.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal acompanhou o voto do relator, o senador Inácio Arruda (PC do B-CE), e, por unanimidade, aprovou o relatório, que foi utilizado como parecer do órgão favorável à aprovação da PEC n. 82/2011.

A PEC n. 82/2011 foi aprovada em primeiro turno, no dia 8 de agosto de 2012, com 61 votos a favor, 1 voto contra e 1 abstenção. Em segundo turno, no mesmo dia, a proposta foi aprovada por 65 votos a favor e nenhuma abstenção nem voto contra.

Na Câmara dos Deputados, a PEC n. 82/2011 foi transformada em PEC n. 207/2012. Na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados, o relator, o deputado federal Luiz Couto (PT-PB) reconheceu a constitucionalidade formal e material da PEC n. 207/2012 e ressaltou a sua relevância por corrigir o tratamento desigual entre as esferas da Defensoria Pública e preservar, assim, o princípio institucional da unidade.

---

<sup>3</sup> *Proposta de Emenda à Constituição de 2011*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95199.pdf>>. Acesso em: 24/04/2016.

O relator, o deputado federal Luiz Couto (PT-PB), ainda, ressaltou que a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União deve ser reconhecida em observância às recomendações de organismos internacionais, como Organização dos Estados Americanos (OEA), sendo a independência do órgão imprescindível para a efetividade da prestação da assistência jurídica integral e gratuita aos hipossuficientes e, ainda, a promoção do amplo acesso à justiça e da justiça social.

A Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados aprovou, por unanimidade, o relatório apresentado pelo deputado federal Luiz Couto (PT/PB) e o envio da PEC n. 207/2012 para discussão e votação pelo Plenário dessa Casa Legislativa.

A pedido de senadores foi criada uma Comissão Especial para debater e apresentar parecer sobre a PEC n. 207/2012. Foi realizada audiência pública na Câmara dos Deputados com a participação de autoridades e de membros da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal, como o Defensor Público-Geral Federal, o Defensor Público-Geral do Distrito Federal e um representante do Ministério da Justiça, na qual foi debatida a importância da autonomia da Defensoria Pública para a efetividade no exercício das suas funções institucionais.

O relator da Comissão Especial, o deputado federal Mauro Benevides (PMDB-CE), apresentou parecer no qual opinou pela aprovação da PEC n. 207/2012, pois o reconhecimento constitucional da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União e do Distrito Federal seria importante para a consolidação da instituição diante de outras funções essenciais à Justiça. Nesse sentido, argumentou o deputado federal Mauro Benevides (PMDB-CE):<sup>4</sup>

Nesse ponto, é de se dizer que, a par de existirem atualmente 480 defensores públicos federais, há no país 7.970 advogados públicos federais para defender a União, 1.698 membros do Ministério Público da União, 3.574 Juízes do Trabalho e 1.775 Juízes Federais, o que revela a urgente necessidade de se estruturar, efetivamente, a Defensoria Pública da União. A autonomia que se pretende conferir ao órgão (DPU) por meio da presente proposta é o primeiro passo na busca do equilíbrio institucional no âmbito das funções essenciais à Justiça.

---

<sup>4</sup> Câmara Dos Deputados – Comissão Especial – destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 207-A de 2012, Do Senado Federal, que “altera o art. 134 da Constituição Federal” (garante às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária). PEC 207/2012 – Defensorias Públicas da União e DF – Proposta de Emenda à Constituição n. 207, de 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1088397&filename=Tramitacao-PEC+207/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088397&filename=Tramitacao-PEC+207/2012)>. Acesso em: 25/04/2016.

A PEC n. 207/2012 foi discutida e votada em primeiro turno no Plenário da Câmara dos Deputados no dia 3 de julho 2013 com aprovação por 408 votos a favor, 3 votos contra e 1 abstenção. Em segundo turno, realizado no dia 16 de julho de 2013, a PEC n. 207/2012 foi aprovada com 388 votos a favor, 1 voto contra e 1 abstenção.

A PEC n. 207/2012 foi convertida em EC n. 74/2013 e foi promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal no dia 7 de agosto de 2013. Ela acrescentou o § 3º ao artigo 134, que estendeu à Defensoria Pública da União e a do Distrito Federal a autonomia funcional, administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária já conferidas às Defensorias Públicas Estaduais. A EC n. 74/2013 retificou inconstitucionalidade gerada pela EC n. 45/2004, de modo a preservar a unidade da instituição, além de reforçar a importância do órgão para a garantia dos direitos fundamentais.

### **A ADI N. 5.296/DF E AS TESES DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EC N. 74/2013**

A EC n. 74/2013 foi elogiada pelos juristas por corrigir a desigualdade de tratamento entre as esferas da Defensoria Pública em observância ao princípio institucional da unidade. Outrossim, a Defensoria Pública como um todo passa a ser encarada como órgão independente em relação ao Poder Executivo, o que é importante para sua consolidação como instituição democrática essencial à função jurisdicional do Estado.

A norma constitucional que confere autonomia administrativa e orçamentária à Defensoria Pública da União não tem sido respeitada pelo Poder Executivo Federal. A Presidente da República, Dilma Rousseff, alterou a proposta orçamentária do órgão referente ao ano de 2015 e reduziu 95% das despesas, especialmente em relação ao pessoal, sob o argumento da necessidade de corte de gastos em razão da crise econômico-financeira do País.

A Defensoria Pública da União impetrou Mandado de Segurança n. 33.193 no Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que a Presidente da República violou a autonomia administrativa e financeira da instituição e pleiteou a incorporação da proposta orçamentária sem as alterações feitas pelo Poder Executivo para exame pelo Congresso Nacional.

A ministra relatora, Rosa Weber, em decisão liminar, determinou a manutenção da proposta orçamentária original apresentada pela Defensoria Pública da União, pois não houve inobservância dos limites da Lei de Diretrizes Orçamentárias apta a autorizar a intervenção do Poder Executivo. Outrossim, somente o Congresso Nacional tem a atribuição de analisar as propostas orçamentárias



de órgãos autônomos e de buscar o equilíbrio orçamentário. Nesse sentido, afirmou a ministra Rosa Weber:<sup>5</sup>

De mais a mais, ênfato que eventual comando para nova consolidação das propostas, por parte da autoridade coatora, não poderia redundar em inversão na equação, desta feita com ofensa à autonomia orçamentária e financeira do Poder Executivo. Tampouco este há de ser compelido a reduzir suas expectativas de despesa para acomodar as pretensões de gastos deduzidas pelos demais Poderes e órgãos autônomos, inclusive a Defensoria Pública da União.

O quadro de desencontro das receitas estimadas com as previsões globais de despesas, exacerbado, ou quiçá provocado, pela ausência de tempestiva aprovação da lei de diretrizes para a elaboração e execução da lei orçamentária anual de 2015, desautoriza atuação do Poder Executivo na adequação das propostas dos demais Poderes e órgãos autônomos. O equilíbrio orçamentário e o compromisso com a geração de resultados primários positivos há de ser objeto de debate no âmbito do Poder Legislativo, ao qual incumbirá, *v.g.*, deliberar acerca da anulação das despesas que, em juízo de valoração política, sejam havidas por menos relevantes, em cotejo com as demais, e/ou pela necessidade de reestimativa de receitas, se verificado erro ou omissão de ordem técnica ou legal (art. 12, § 1º, da LC n. 101/2000). MS n. 33.193/DF, Relator: Ministra Rosa Weber, Data de julgamento: 30/10/2014, Data de publicação: 04/11/2014:

Em 2015, a Presidente da República, por meio do Advogado Geral da União, Luís Inácio Lucena Adams, ajuizou a ADI n. 5.296/DF no intuito de que o Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade da EC n. 73/14, que confere autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União e, como medida cautelar, requer a suspensão dos efeitos dessa emenda. A Presidente da República apresenta duas teses de inconstitucionalidade da EC n. 73/14, quais sejam o vício de iniciativa e a o impacto financeiro-orçamentário, que serão estudadas com mais vagar a seguir.

A EC n. 74/2013 é resultado da conversão da PEC n. 207/2012 de autoria da senadora Vanessa Grazziotin (PC do B-AM) conforme artigo 60, I da Constituição Federal. A despeito disso, a Presidente da República afirma que houve vício de iniciativa, pois, ao conferir autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União, a EC n. 73/2014 violou o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea c,

---

<sup>5</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 33.193/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Data de julgamento: 30/10/2014. Data de publicação: 04/11/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25307151/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-33193-df-stf>>. Acesso em: 02/05/2016.

da Lei Maior, que afirma que as leis que tratam do regime jurídico dos servidores públicos federais são de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo Federal.

A Presidente da República fundamenta a tese do vício de iniciativa da EC n. 74/2013 a partir da interpretação conjunta do artigo 60, inciso I com o artigo 61, § 1º, inciso II, alínea *c* da Constituição Federal. Desse modo, a cláusula de reserva de iniciativa prepondera sobre o rol de legitimados para apresentar proposta de emenda à Constituição, conforme argumenta a Presidente da República:<sup>6</sup>

Logo, embora a Constituição Federal tenha assegurado às Casas Legislativas a iniciativa para propor emenda constitucional, tal prerrogativa – no caso de disposições relativas a regime jurídico de servidores públicos – restou expressamente condicionada à proposição emanada da Presidente da República, determinação não observada no caso da edição da Emenda Constitucional n. 74/2013.

Segundo a Presidente da República, a Proposta de Emenda à Constituição que se converteu na EC n. 74/2013, de autoria parlamentar, interferiu de forma indevida no regime jurídico dos membros da Defensoria Pública Federal, pois a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo é restrição ao limite formal ao Poder de Reforma.

A tese do vício de iniciativa da EC n. 74/2013 é ratificada com a apresentação de decisões do Supremo Tribunal Federal sobre emendas de iniciativa parlamentar que atribuem autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública. Nesses processos, a Suprema Corte brasileira afirma que a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo prevista na Lei Maior se aplica às emendas às constituições estaduais e, se inobservada, gera inconstitucionalidade formal dessas espécies normativas. Nesse sentido, a Presidente da República apresenta a ementa da ADI n. 3.295/AM conforme a seguir transcrita:<sup>7</sup>

INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 288 da Constituição do Estado do Amazonas, introduzido pela EC n. 40/2002. Competência legislativa. Servidor Público. Regime jurídico. Aposentadoria. Proventos. Acréscimo de vantagem pecuniária. Adicional de 12%, por mandato eletivo, aos servidores que o tenham exercido. Emenda parlamentar

---

<sup>6</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.296/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4752359>>. Acesso em: 02/05/2016.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.295/AM – Distrito Federal*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data de julgamento: 30/06/2011. Data de publicação: 05/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2240409>>. Acesso em: 05/05/2016.

aditiva. Inadmissibilidade. Matéria de iniciativa exclusiva do Governador do Estado, Chefe do Poder Executivo. Caso de proposta de emenda à Constituição. Irrelevância. Usurpação caracterizada. Inconstitucionalidade formal reconhecida. Ofensa ao art. 61, § 1º, II, alíneas *a e c*, da CF, aplicáveis aos estados. Ação julgada procedente. Precedentes. É inconstitucional a norma de Constituição do Estado-membro que, oriunda de emenda parlamentar, disponha sobre concessão de acréscimo de vantagem pecuniária a proventos de servidores públicos que hajam exercido mandato eletivo. (ADI n. 3.295/AM. Relator: Ministro Cezar Peluso, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Data de julgamento: 30/06/2011, Data de publicação: 05/08/2011).

A Presidente da República afirma que a emenda constitucional sobre a autonomia da Defensoria Pública da União só poderia ter sido proposta por ela por alterar o regime jurídico dos membros desse órgão, que são servidores públicos federais. A iniciativa parlamentar, pois, é vício que gera a inconstitucionalidade formal da EC n. 74/2013, conforme afirma a Chefe do Poder Executivo Federal:<sup>8</sup>

Diante desse contexto, vê-se que a ausência de participação do Órgão da República legitimado constitucionalmente para atuar no processo legislativo constitui vício formal a macular a validade do ato normativo editado. No caso concreto, observa-se que a deflagração do processo legislativo que deu origem à Emenda Constitucional n. 74/2013 não observou a determinação constitucional prevista no referido dispositivo, tendo em vista que seu surgimento decorreu de iniciativa parlamentar consolidada na Proposta de Emenda à Constituição n. 207/2012.

O vício de iniciativa da EC n. 74/2013, segundo a Presidente da República, ainda, violou a cláusula pétrea da separação dos poderes, pois o Poder Legislativo usurpou a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo sobre o regime jurídico dos defensores públicos federais. Sobre a inter-relação entre a cláusula de reserva de iniciativa e a separação dos poderes, ensina Alexandre de Moraes:<sup>9</sup>

(...) a iniciativa das leis que versem o regime jurídico dos servidores públicos revela-se, enquanto prerrogativa conferida pela Carta Política ao Chefe do Poder Executivo, projeção específica do princípio da separação de poderes, incidindo em inconstitucionalidade formal a norma inscrita em Constituição do Estado que, subtraindo a disciplina da matéria ao

---

<sup>8</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.296/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=4752359>>. Acesso em: 02/05/2016.

<sup>9</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 529.

domínio normativo da lei, dispõe sobre provimento de cargos que integram a estrutura jurídico-administrativa do Poder Executivo local.

Argumenta-se que a cláusula de reserva de iniciativa faz parte do núcleo essencial da separação dos poderes e que a inobservância da atribuição privativa do Poder Executivo para editar leis sobre o regime jurídico dos defensores públicos federais constituiu violação ao conteúdo mínimo daquela cláusula pétrea. Sobre o núcleo essencial da separação dos poderes, afirma Canotilho:<sup>10</sup>

O entendimento dos direitos sociais, econômicos e culturais como direitos originários implica, como já foi salientado, uma mudança na função dos direitos fundamentais e põe com acuidade o problema da sua efectivação. Não obstante se falar aqui da efectivação dentro de uma “reserva do possível”, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples ‘apelo’ ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora, entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efectivação desses direitos (cf. artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º).

Para reforçar a tese de que o vício de iniciativa viola o núcleo essencial da cláusula pétrea da separação dos poderes, a Presidente da República apresenta a ementa do julgamento da ADI n. 637/MA<sup>11</sup> a seguir transcrita:

1. Concurso público: não mais restrita a sua exigência ao primeiro provimento de cargo público, reputa-se ofensiva do art. 37, II, CF, toda modalidade de ascensão de cargo de uma carreira ao de outra, a exemplo do “aproveitamento” e “acesso” de que cogitam as normas impugnadas (§§ 1º e 2º do art. 7º do ADCT do Estado do Maranhão, acrescentado pela EC 3/90). 2. Processo legislativo dos Estados-membros: absorção compulsória das linhas básicas do modelo constitucional federal – entre elas, as decorrentes das normas de reserva de iniciativa das leis –, dada a implicação com o princípio fundamental da separação e independência dos Poderes: jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal. 3. Processo legislativo: reserva de iniciativa do Poder Executivo para legislar sobre matéria concernente a servidores públicos da administração direta, autarquias e fundações públicas. (ADI n. 637/MA,

<sup>10</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 478.

<sup>11</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 637/MA – Distrito Federal*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do julgamento: 25/08/2004. Data de publicação: 01/10/2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767611/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-637-ma>>. Acesso em: 05/05/2016.

Relator: Ministro Sepúlveda Pertence, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Data de julgamento: 25/08/2004, Data de publicação: 01/10/2004).

O vício de iniciativa e a violação ao núcleo essencial da separação dos poderes são teses adotadas para fundamentar o pedido principal de declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 e, por consequência, da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União.

Na ADI n. 5.296/DF, a Presidente da República pleiteia medida cautelar de suspensão dos efeitos da EC n. 74/2013. Assim, a Defensoria Pública da União deixaria de ter autonomia administrativa e financeira e voltariam a ser subordinados ao Poder Executivo Federal.

Para fundamentar o pedido cautelar, a Presidente da República argumenta que o *fumus boni juris* está presente em razão das várias decisões do Supremo Tribunal Federal que declaram inconstitucionais emendas de autoria parlamentar que tem como objeto o regime jurídico dos servidores públicos por vício de iniciativa e mácula ao princípio da separação dos poderes.

O *periculum in mora*, por sua vez, é demonstrado por meio da segunda tese de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, qual seja o impacto financeiro-orçamentário dessa norma. Isso porque a atribuição de autonomia à Defensoria Pública da União permitiu atuação mais independente, inclusive sob o ponto de vista financeiro. Valdecir Fernandes Pascoal<sup>12</sup> afirma que os Poderes do Estado e os órgãos autônomos tem a prerrogativa de apresentar suas propostas orçamentárias parciais observados os limites estabelecidos pela Lei de Diretrizes Orçamentárias, o que se aplica a todas as esferas da Defensoria Pública a partir da EC n. 74/2013.

Sobre a forma de composição das propostas orçamentárias parciais dos Poderes do Estado e dos órgãos autônomos, o que inclui a Defensoria Pública como um todo, ensina James Giacomoni:<sup>13</sup>

Sendo una, a proposta e a lei orçamentária compreendem, também, a programação dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público. Em face da independência e da autonomia desses Poderes, o Poder Executivo não poderia exigir dos mesmos a observância de regras e limitações. Por outro lado, tais órgãos não poderiam exorbitar ao elaborar as respectivas propostas orçamentárias. A Constituição disciplina adequadamente a questão estabelecendo que as propostas parciais dos Poderes Legislativo e Judiciário e do Ministério Público serão elaboradas dentro dos limites estipulados na lei de diretrizes orçamentárias.

---

<sup>12</sup> PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 35.

<sup>13</sup> GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 247.

A Presidente da República destaca que a EC n. 74/2013 permitiu que a Defensoria Pública Federal editasse normas que criassem vantagens de natureza remuneratória aos seus membros, o que poderia gerar consequências irreparáveis ao orçamento da União. Sobre o impacto financeiro-orçamentário da EC n. 74/2013, argumenta a Presidente da República:<sup>14</sup>

*O periculum in mora* expressa-se, portanto, na iminente lesão ao erário: a vantagem, uma vez concedida, muito dificilmente poderá ser desfeita e o expressivo montante de recursos que serão despendidos pela União será de difícil recuperação aos cofres públicos. (grifo no original)

Como exemplo, foi mencionada a Resolução n. 100 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União (CSDPU) que concedeu auxílio-moradia aos defensores públicos federais que não tinham imóvel funcional na cidade em que estavam lotados ou em que residiam. A Resolução n. 100/2014 foi revogada pela Resolução n. 120/2016 do Conselho Superior da Defensoria Pública da União, que afirmou que a regulamentação do auxílio moradia dos defensores públicos federais seria feita pela Lei n. 13.242/2015, a Lei de Diretrizes Orçamentárias da União para o ano de 2016, que prevê outros benefícios, como diárias e passagens aéreas.

A Defensoria Pública da União, no exercício da sua autonomia administrativa e financeira, apresentou o Projeto de Lei n. 7.924/2014 que trata do reajuste dos vencimentos dos seus membros de modo semelhante ao dos membros da magistratura federal. O PL n. 7.924/2014 prevê, ainda, que a alteração do valor dos vencimentos do Defensor Público-Geral Federal será feita por meio de lei de sua iniciativa e de acordo com a proposta orçamentária da instituição.

O PL n. 7.924/2014 foi aprovado com alterações pela Câmara dos Deputados. No Senado Federal, aguarda votação pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do parecer do relator, o senador Romero Jucá (PMDB-RR) favorável à constitucionalidade e à aprovação da PL n. 7.924/2014.

O Governo Federal criticou a proposta de aumento dos vencimentos dos defensores públicos federais, pois comprometeria o ajuste fiscal e geraria efeitos negativos no orçamento da União. É importante mencionar que a ADI n. 5.296/DF foi proposta poucos dias depois da aprovação da PL n. 7.924/2014 na Câmara dos Deputados, o que induz a ideia de que foi o estopim para o pedido da declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013.

---

<sup>14</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.296/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincide nte=4752359>>. Acesso em: 02/05/2016.

## OS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS ÀS TESES DA INCONSTITUCIONALIDADE DA EC N. 74/2013

A ADI n. 5.296/DF tem sido objeto de trabalhos científicos e de debates jurídicos em razão da relevância da Defensoria Pública na promoção da justiça social e na garantia dos direitos fundamentais. A partir da análise da fundamentação jurídica apresentada pela Presidente da República, os juristas expõem argumentos favoráveis e contrários às teses de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013.

O posicionamento favorável à ADI n. 5.296/DF ratifica as teses da inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, quais sejam o vício de iniciativa e o impacto financeiro-orçamentário. Segundo esse entendimento, a proposta de emenda à Constituição que se converteu na EC n. 74/2013, por ter autoria parlamentar e por interferir no regime jurídico dos defensores públicos federais, violou a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo e maculou a separação dos poderes. Além disso, a concessão de autonomia administrativa e financeira autoriza a concessão de vantagens indevidas que podem comprometer o orçamento da União.

O Estado do Espírito Santo, por meio da Procuradoria-Geral do Estado, requereu ingresso na ADI n. 5.296/DF como *amicus curiae* para ratificar as teses da inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 e comprovar que a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo restringe rol de legitimados para propor emendas de modo que somente o Presidente da República pode ter a iniciativa quando o objeto for o regime jurídico dos servidores públicos federais. Nesse sentido, afirma o Procurador Geral do Estado do Espírito Santo no pedido de ingresso:<sup>15</sup>

Nesse quadrante, tem-se que a norma trazida à análise desse Excelso Tribunal não se atentou para a competência constitucional reservada ao Chefe do Poder Executivo para dispor sobre matéria atinente a servidores públicos e, sendo assim, revela-se norma com vício de inconstitucionalidade orgânica.

Veja-se que, no presente caso, a Emenda Constitucional em debate versa sobre a autonomia funcional, financeira e iniciativa de lei a ser concedida às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal, ou seja, trata de administração de órgãos vinculados ao Executivo e a respeito do regime jurídico de servidores públicos, que, sob qualquer interpretação, em seu sentido lato, alcança os defensores públicos.

Há, por outro lado, posicionamento contrário à ADI n. 5.296/DF que defende a constitucionalidade da EC n. 74/2013 e a validade da independência da

---

<sup>15</sup> Procuradoria-Geral do ES apoia Planalto contra autonomia da Defensoria da União. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-09/procuradoria-geral-es-apoia-presidencia-autonomia-dpu>>. Acesso em: 15/05/2016.

Defensoria Pública Federal. Para esse entendimento, não há vício de iniciativa e a concessão de vantagens aos membros da instituição corresponde ao exercício legítimo da autonomia administrativa e financeira, que não gera impactos negativos ao orçamento da União.

Os defensores da constitucionalidade da EC n. 74/2013, ainda, ressaltam a relevância da Defensoria Pública na sociedade e afirmam que o reconhecimento da autonomia administrativa e financeira é importante para a efetiva consolidação da instituição como função essencial à jurisdição e independentemente do Poder Executivo. Ao criticar as teses de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, afirma o Presidente da Associação Nacional dos Defensores Públicos Federais (Anadef), Dinarte da Páscoa Freitas:<sup>16</sup>

Vê-se, portanto, que não há qualquer periculum in mora ou fumus boni iuris em favor do que alega a mandatária da União, pelo contrário todos os argumentos somente evidenciam o discriminem perpetuado pelo Executivo Federal à Defensoria Pública Federal, que sempre foi relegada aos fundos do executivo, amargurando desde a falta de material mínimo de trabalho, à falta de pessoal, a exemplo da inexistência de quadro de apoio, mesmo após 20 (vinte) anos de instalação da DPU, que continua mantida em caráter precário.

Na doutrina, destaca-se a contribuição de Daniel Sarmento na defesa da constitucionalidade da EC n. 74/2013. O jurista brasileiro fez um parecer intitulado “Autonomia da DPU e Limites ao Poder de Reforma da Constituição” no qual apresenta argumentos contrários às teses da inconstitucionalidade apresentadas na ADI n. 5.296/DF. Segundo Daniel Sarmento (2016), a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo não se aplica às emendas constitucionais e, por isso, é válida a proposta de emenda de autoria parlamentar sobre o regime jurídico dos defensores públicos federais.

Daniel Sarmento, ainda, critica a tentativa do Poder Executivo Federal de afastar a autonomia da Defensoria Pública da União por meio da ADI n. 5.296/DF. Nesse sentido, afirma:<sup>17</sup>

(...) a adoção da tese advogada na ADI 5.296 geraria um problema constitucional e social insolúvel: a subordinação da DPU ao governo tem ensejado a insuficiência da sua atuação em favor dos direitos dos hipossuficientes, mas o problema só poderia ser corrigido com a concordância

---

<sup>16</sup> *Petição de pedido de ingresso da Anadef na ADI n. 5.296/DF como amicus curiae*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150415-02.pdf>>. Acesso em: 22/04/2016.

<sup>17</sup> SARMENTO, Daniel. *Autonomia da DPU e limites ao poder de reforma da Constituição*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-daniel-sarmento-autonomia.pdf>>. Acesso em: 02/05/2016.



de quem o causou – o próprio Poder Executivo, através da sua Chefe. Adotada a tese, só uma ruptura com a ordem vigente, com novo exercício do poder constituinte originário, poderia superar a recalcitrância do Poder Executivo em promover uma mudança essencial à garantia dos direitos fundamentais dos pobres.

Outros argumentos são utilizados para rechaçar as teses da inconstitucionalidade da EC n. 74/2013. Assim, examinar-se-á a forma como conciliar a reserva do possível e o mínimo existencial em relação à atuação do Estado na promoção dos direitos fundamentais, bem como a possibilidade de modulação dos efeitos da decisão final do STF na ADI n. 5.296/DF.

### RESERVA DO POSSÍVEL VERSUS MÍNIMO EXISTENCIAL

O surgimento dos direitos fundamentais está estreitamente relacionado com a limitação do poder do Estado no sentido de balizar a conduta do Estado para a tutela dos indivíduos. Assim, afirma-se que todos os direitos fundamentais têm eficácia vertical, pois vinculam o Poder Público. Essa oponibilidade, contudo, se diferencia de acordo com as espécies de normas jusfundamentais.

Os direitos fundamentais são tradicionalmente classificados em direitos de defesa e direitos sociais a depender da conduta exigida do Estado. Os direitos de defesa reclamam uma abstenção do Estado para não intervir nas relações econômicas e sociais dos indivíduos. Os direitos sociais exigem uma atuação do Poder Público no sentido de promover a igualdade material e a justiça social.

Os direitos de defesa e os direitos sociais induzem o dispêndio de recursos financeiros e materiais pelo Estado para sua concretização. Gustavo Amaral<sup>18</sup> afirma que todas as normas jusfundamentais geram gastos do Poder Público mesmo aquelas que exigem uma conduta omissiva, pois há a mobilização de recursos para sua implementação.

A ideia de que todos os direitos fundamentais demandam custos ao Estado, porém, não significa que haja equivalência na mobilização de recursos para a concretização de todas as normas jusfundamentais. A partir dessa premissa, Ricardo Lobo Torres<sup>19</sup> critica a tese da indivisibilidade dos direitos fundamentais, pois a efetivação dos direitos prestacionais é condicionada à intermediação do poder legislativo, bem como ao exame das condições socioeconômicas do Estado, o que não é exigido para a implementação dos direitos de defesa.

---

<sup>18</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>19</sup> TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

É importante ressaltar que os direitos sociais podem exigir uma prestação ou uma abstenção do Estado, esta última correspondente à posição jurídico-subjetiva do titular do direito, bem como à prerrogativa de acionar o Poder Judiciário para a proteção contra intervenções abusivas do Estado e dos particulares no exercício do direito. Os direitos sociais sob o aspecto prestacional exigem uma maior mobilização de recursos para sua implementação, conforme asseveraram Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo:<sup>20</sup>

Justamente pelo fato dos direitos sociais na sua condição (não exclusiva!) de direitos a prestações terem por objeto prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição (e redistribuição), bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para a sua dimensão economicamente relevante. Já os direitos de defesa, por serem, na sua condição de direitos subjetivos, em primeira linha, dirigidos a uma conduta omissiva, são geralmente considerados destituídos dessa dimensão econômica, na medida em que o bem jurídico que protegem (vida, intimidade, liberdades, etc.) pode ser assegurado – como direito subjetivo exigível em Juízo – independentemente das circunstâncias econômicas, ou, pelo menos, sem a alocação direta, por força de decisão judicial, de recursos econômicos.

A relação estreita entre direitos sociais prestacionais e a Economia fundamenta a tese de que essas espécies de normas jusfundamentais têm eficácia limitada e mediata e de que os direitos de defesa possuem eficácia plena e imediata. A implementação das prestações materiais e jurídicas depende das reais condições econômicas do Estado, de modo que pode ser limitada se houver a constatação da escassez de recursos financeiros e materiais. Surge, assim, a tese da reserva do possível como restrição à efetivação dos direitos sociais prestacionais.

A doutrina majoritária afirma que a tese da reserva do possível foi utilizada, pela primeira vez, pelo Tribunal Constitucional Federal no caso *numerus clausus*, em 1973, que questionava a restrição do número de vagas no curso de Medicina. O órgão jurisdicional alemão decidiu que o Estado não pode garantir número ilimitado de vagas em instituições de ensino superior em razão da sua condição econômica. Sobre a decisão no caso *numerus clausus*, Luís Fernando Sgarbossa<sup>21</sup> aponta:

Em síntese essencial, levadas em consideração as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal Constitucional Alemão decidiu pela impossibilidade de declarar a inconstitucionalidade das leis de Hamburgo e da

---

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*, p. 27.

<sup>21</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos, v. 1 – reserva do possível*. Porto Alegre: Fabris, 2010, p. 139-140.

Baviera que estabeleciam o *numerus clausus*, bem como afirmou a inexistência de um direito subjetivo individual à vaga no curso e na universidade de livre escolha do candidato a partir da norma contida no artigo 12, 1, da Grundgesetz, fixando a decisão entendimento no sentido de que o cidadão somente pode exigir da sociedade (e do Estado) aquilo que dela possa racionalmente esperar, no marco do Estado Social, como visto, essência mesma do construto da reserva do possível.

O Tribunal Constitucional alemão fixou o entendimento de que a implementação dos direitos sociais prestacionais dependeria das condições financeiro-orçamentárias do Poder Público. A doutrina alemã criou a tese de que caberia ao Poder Executivo e Legislativo, por meio de decisão discricionária, analisar a capacidade econômica do Estado bem como a fixação das prioridades na execução de políticas públicas para a concretização do interesse público. Além disso, dever-se-ia examinar a possibilidade do titular do direito de implementá-lo sem a intervenção do Estado.

A doutrina brasileira afirma que a reserva do possível é limite fático da efetividade dos direitos sociais prestacionais em razão da escassez de recursos financeiros do Estado. Essa tese ainda reforça a ideia de relatividade das normas jusfundamentais, notadamente as sociais, de cunho prestacional, pois podem eventualmente ter sua eficácia restringida de acordo com as condições sócio-político-econômicas do Estado.

Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner<sup>22</sup> afirmam que a tese da reserva do possível é limite fático e jurídico das normas jusfundamentais, pois estas dependem da existência de recursos financeiros e da capacidade de sua utilização pelo Poder Público para sua implementação. Além disso, pode ser considerada uma garantia de tutela do indivíduo, pois, eventualmente, a não concretização de direitos prestacionais em razão da limitação orçamentária do Estado pode assegurar a implementação de outras normas jusfundamentais. Nessa linha:

A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se cuidar da invocação – desde que observados os critérios da proporcionalidade e do mínimo existencial em relação a todos os direitos fundamentais – da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outros direitos fundamentais.

---

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*, p. 30.

É importante o estudo da fundamentação e da legitimidade da tese da reserva do possível como limite à efetividade dos direitos sociais prestacionais. A doutrina aponta duas teorias sobre o assunto, quais sejam a teoria interna e externa.

A teoria interna afirma que a reserva do possível compõe a estrutura dos direitos fundamentais e que, na interpretação dessas normas, devem ser analisadas as condições econômicas para sua aplicação. Por ser limite imanente às normas jusfundamentais, o titular do direito não pode pleitear sua concretização quando estiver comprovada a escassez de recursos financeiros. Sobre a teoria interna, ensina Virgílio Afonso da Silva:<sup>23</sup>

Se fosse necessário resumir a ideia central da chamada teoria interna, poder-se-ia recorrer à máxima frequentemente utilizada no direito francês, sobretudo a partir de Planiol e Ripert, segundo a qual “o direito cessa onde o abuso começa”. Com isso se quer dizer, a partir do enfoque da teoria interna – e daí o seu nome –, que o processo de definição dos limites de cada direito é algo inerente a ele. É sobretudo nessa perspectiva que se pode falar em limites imanentes. Assim, de acordo com a teoria interna, “existe apenas um objeto, o direito com seus limites imanentes”. A fixação desses limites, por ser um processo interno, não é definida nem influenciada por aspectos externos, sobretudo não por colisões com outros direitos.

A teoria interna é alvo de críticas pela doutrina. Ana Carolina Lopes Olsen<sup>24</sup> afirma que o que se denomina de limite imanente, na verdade, é a interferência política do Estado no conteúdo da norma jusfundamental. Ao adotar a teoria interna de restrição dos direitos fundamentais, o Poder Público poderia limitar, de forma discricionária, a eficácia das normas jusfundamentais e a destinação dos recursos financeiros sem a garantia de questionar esses atos, inclusive no Poder Judiciário.

A teoria externa, por sua vez, afirma que a limitação dos direitos fundamentais não está presente na sua estrutura nem é inerente à sua natureza. Ela decorre de circunstâncias fáticas e jurídicas do caso concreto que comprovam a escassez de recursos financeiros para a implementação das normas jusfundamentais. É possível, ainda, o controle judicial dos atos que restrinjam ou neguem a concretização de direitos prestacionais sob o fundamento da reserva do possível por meio do exame da veracidade e da proporcionalidade da medida, conforme afirma Ana Carolina Lopes Olsen:<sup>25</sup>

---

<sup>23</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 128.

<sup>24</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008, p. 190.

<sup>25</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 195.

(...) A escassez de recursos poderia impedir a exigibilidade de um direito fundamental social, mas, para tanto, o Judiciário, perante o qual esta exigibilidade foi reclamada, terá ao seu alcance o mecanismo da ponderação, a partir da proporcionalidade, a fim de averiguar que escassez de recursos é esta, se é contornável ou não, se as razões que determinaram a escolha alocativa de recursos em prejuízo deste direito são efetivamente adequadas, necessárias e proporcionais em sentido estrito.

É importante ressaltar que a eventual restrição dos direitos sociais prestacionais decorre de decisão política do Poder Público que apresente as condições sócio-político-econômicas do Estado ou que fixe prioridades na execução de políticas públicas para o atendimento do interesse público. A despeito disso, a decisão deve obedecer às normas constitucionais, especialmente a proteção e a promoção da dignidade da pessoa humana. A partir dessa premissa, surge a teoria do mínimo existencial como limite à utilização da tese da reserva do possível.

A teoria do mínimo existencial está diretamente relacionada com a efetivação dos direitos sociais de cunho prestacional, haja vista a função de manter as condições mínimas para uma existência digna. É importante ressaltar que essas espécies de normas jusfundamentais devem ser analisadas sob o aspecto positivo, ou, na lição de Robert Alexy,<sup>26</sup> como direitos a prestações em sentido estrito, que, por meio da atuação interventiva do Poder Público, visam a promover a igualdade material e a justiça social.

O estudo sobre o mínimo existencial está em fase de construção teórica na doutrina nacional e internacional, porém não impede a análise do tema. Inicialmente, é possível compreender que o mínimo existencial corresponde à necessidade de prestações do Estado no intuito de assegurar condições para a sobrevivência do indivíduo na sociedade e para proteger a dignidade da pessoa humana.

O mínimo existencial começou a ser estudado pela doutrina alemã após o fim da Segunda Guerra Mundial, notadamente com a promulgação da Lei Fundamental de Bonn em 1949, que previu a dignidade da pessoa humana como norma constitucional. Otto Bachof, considerado o primeiro jurista a se dedicar ao estudo do mínimo existencial, afirmou que a promoção da dignidade humana é efetivada por meio dos direitos de defesa e das prestações materiais e jurídicas do Estado no intuito de condições mínimas para sobrevivência em condições razoáveis.

O Tribunal Federal Administrativo alemão entendeu que Poder Público tem o múnus constitucional de prestar assistência aos necessitados independentemente de previsão legal expressa como decorrência do direito à vida, à liberdade

---

<sup>26</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 395.

e do dever de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana. Em 1970, o Tribunal Constitucional Federal alemão reconheceu que essas prestações materiais têm natureza de direito fundamental decorrente do Estado Social, conforme informam Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner:<sup>27</sup>

(...) certamente a assistência aos necessitados integra as obrigações essenciais de um Estado Social (...). Isto inclui, necessariamente, a assistência social aos cidadãos, que, em virtude de sua precária condição física e mental, encontram-se limitados nas suas atividades sociais, não apresentando condições de prover a sua própria subsistência. A comunidade estatal deve assegurar-lhes pelo menos as condições mínimas para uma existência digna e envidar os esforços necessários para integrar essas pessoas na comunidade, fomentando seu acompanhamento e apoio na família ou por terceiros, bem como criando as indispensáveis instituições assistenciais.

O estudo da teoria do mínimo existencial inclui o estudo sobre os critérios para fixação do valor das prestações materiais do Poder Público para manter as condições mínimas de vida digna. A quantificação está condicionada às circunstâncias de espaço e de tempo, bem como às condições econômicas do Estado. Esse último critério comprova a existência de relação entre o mínimo existencial e a tese da reserva do possível.

Na construção teórica do mínimo existencial, vários juristas expõem a definição e as características do instituto a partir do resultado das pesquisas realizadas. É importante, pois, analisar alguns aspectos apresentados pela doutrina no intuito de extrair os elementos comuns essenciais para a compreensão do tema.

Inspirado no estudo alemão, Luís Fernando Sgarbossa<sup>28</sup> afirma que o mínimo corresponde à soma do mínimo vital, ou seja, que são as condições para a existência em sentido biológico, e do mínimo sociocultural, que diz respeito aos elementos necessários para a sobrevivência na sociedade de forma digna.

Gustavo Amaral,<sup>29</sup> ao adotar a tese da inexistência de distinção entre direitos de defesa e direitos a prestações, pois todos mobilizam recursos do Estado, afirma que algumas normas jusfundamentais têm alto grau de essencialidade por estarem diretamente relacionadas com o mínimo existencial e com a dignidade da pessoa humana; por isso, sua eventual restrição deve estar fundamentada na excepcionalidade das circunstâncias fáticas e jurídicas.

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*, p. 20-21.

<sup>28</sup> SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*, v. 1 – reserva do possível, p. 308.

<sup>29</sup> AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas, p. 56.

Ingo Sarlet<sup>30</sup> advoga a tese de que o mínimo existencial tem estreita relação com a dignidade da pessoa humana, servindo de critério para o exame da constitucionalidade das eventuais restrições à eficácia dos direitos fundamentais sociais prestacionais. Nesse sentido, assevera o jurista brasileiro:

Neste mesmo contexto – ou seja, no âmbito de uma “função protetiva” (e, portanto, defensiva) da dignidade – situa-se a noção de que a dignidade da pessoa humana constitui um dos critérios materiais para a aferição da incidência de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, notadamente (mas não exclusivamente) na esfera dos direitos sociais de cunho prestacional. A ideia nuclear (...) é a de que eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição de retrocesso, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais, especialmente e acima de tudo nas hipóteses em que resultar uma afetação da dignidade da pessoa humana (já que também aqui não há identidade necessária entre as noções de conteúdo essencial e conteúdo em dignidade) no sentido de um comprometimento das condições materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, no contexto daquilo que se tem batizado como mínimo existencial.w

Ana Paula de Barcellos<sup>31</sup> também relaciona o mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana e apresenta elementos formais e materiais que compõem aquele instituto:

O chamado mínimo existencial, formado pelas condições materiais básicas para a existência, corresponde a uma fração nuclear da dignidade da pessoa humana à qual se deve reconhecer a eficácia positiva ou simétrica (...) Na linha do que identifiquei no exame sistemático da própria carta de 1988, o mínimo existencial que ora se concebe é composto de quatro elementos, três materiais e um instrumental, a saber: a educação fundamental, a saúde básica, a assistência aos desamparados e o acesso à justiça. Repita-se, ainda uma vez, que esses quatro pontos correspondem ao núcleo da dignidade da pessoa humana a que reconhece eficácia jurídica positiva e, a fortiori, o status de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário.

---

<sup>30</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 121.

<sup>31</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278; 288.

Ricardo Lobo Torres,<sup>32</sup> por sua vez, afirma que o mínimo existencial é regra jurídica que compõe o núcleo essencial das normas jusfundamentais. A despeito disso, informa que não é possível definir o seu conteúdo pela inexistência de elementos caracterizadores, pois, conforme afirma:

Carece o mínimo existencial de conteúdo específico. Abrange qualquer direito, ainda que originariamente não fundamental (direito à saúde, à alimentação, etc.), considerado em sua dimensão essencial e inalienável. Não é mensurável, por envolver mais os aspectos de qualidade que de quantidade, o que torna difícil extremá-lo, em sua região periférica, do máximo de utilidade (*maximum welfare*, *Nutzenmaximierung*), que é princípio ligado à ideia de justiça e de redistribuição de riqueza social. Certamente esse mínimo existencial, 'se o quisermos determinar precisamente, é uma incógnita muito Variável' (grifo nosso).

A despeito da diversidade de conceitos, é possível concluir que a teoria do mínimo existencial não se resume à proteção da vida em sentido biológico, mas vai além para garantir as condições mínimas essenciais para que o indivíduo possa existir de forma digna e titularizar direitos. Nesse sentido, asseveram Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner:<sup>33</sup>

(...) o próprio conteúdo do assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade. Não deixar alguém sucumbir à fome certamente é o primeiro passo em termos da garantia de um mínimo existencial, mas não é – e muitas vezes não o é sequer de longe – o suficiente.

É importante ressaltar, ainda, que a ausência de previsão legal expressa não obsta a existência, a validade e a eficácia do mínimo existencial nos ordenamentos jurídicos dos Estados. No direito brasileiro, esse instituto tem fundamento na Constituição de 1988, notadamente no rol não exaustivo de direitos fundamentais. É salutar mencionar, ainda, que a teoria do mínimo existencial deve ser encarada como direito e garantia constitucional de aplicação imediata como critério para exame da validade das restrições à efetividade das normas jusfundamentais.

<sup>32</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 358.

<sup>33</sup> SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*, p. 23.



Após a análise da tese da reserva do possível e do mínimo existencial, é necessário o exame da forma pela qual esses institutos podem se correlacionar de forma equilibrada e harmônica no âmbito da vinculação do Estado aos direitos fundamentais. Esse estudo será focado na implementação dos direitos sociais prestacionais haja vista sua estreita relação com a reserva do possível e com o mínimo existencial.

A reserva do possível é limite fático e jurídico à efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais prestacionais, em razão da escassez de recursos financeiros do Estado. Assim, a eficácia dessas espécies de normas jusfundamentais pode ser eventualmente restringida em razão das condições sócio-político-econômicas para assegurar a concretização de outros direitos, bem como para proteção e promoção da dignidade da pessoa humana.

O uso da tese da reserva do possível deve observar condições para a validade da restrição dos direitos fundamentais pelo Estado. Um dos principais critérios é a garantia do mínimo existencial, ou seja, a limitação das prestações do Poder Público não pode violar as condições mínimas essenciais para o indivíduo sobreviver de forma digna na sociedade. Em momentos de instabilidade política ou econômica, o Estado deve reforçar a tutela dos direitos de defesa e dos direitos prestacionais para a preservação da dignidade ínsita à condição humana. Portanto, a tese da reserva do possível não afasta a obrigação do Poder Público de efetivar os direitos fundamentais, inclusive os prestacionais.

É importante ressaltar que a decisão política que restringe a eficácia dos direitos fundamentais em razão da escassez de recursos financeiros pode ser questionada pelo Poder Judiciário. O controle judicial inclui a análise da veracidade, os argumentos do Estado, bem como a proporcionalidade da medida para garantir o mínimo existencial. No caso de decisões inverídicas ou incongruentes, o Poder Judiciário pode declarar a nulidade da decisão e determinar que o Poder Público concretize o direito. Sobre o controle judicial das decisões que restringem normas jusfundamentais, afirma Ana Carolina Lopes Olsen:<sup>34</sup>

Portanto, o argumento da escassez de recursos deverá ser investigado a fundo quando confrontado com a realização de um direito fundamental social prestacional. A proporcionalidade em sentido de proibição de insuficiência representa um valioso instrumento à disposição do Judiciário para que a atuação do Estado seja devidamente avaliada e ponderada, de modo a se proibir a negligência para com prestações determinadas pela Constituição. Portanto, há que se ponderar cuidadosamente o argumento da escassez (bem como o próprio argumento democrático

---

<sup>34</sup> OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*, p. 310.

e da macrojustiça) com a realização do direito fundamental social reclamado concretamente, de modo que somente por uma razão extremamente grave a efetividade do direito jusfundamental poderá ser temporariamente afastada.

É relevante, por fim, fazer análise comparativa entre a evolução dos gastos da Defensoria Pública da União e do Poder Executivo Federal a investigação dos impactos financeiro-orçamentários da EC n. 74/2013. Examinaram-se as despesas daquela instituição entre os períodos de 2013 a 2016 a partir dos dados coletados no sítio do Portal da Transparência do Governo Federal.

Em 2013, o Governo Federal disponibilizou R\$ 1.466.525.734.735,77 em âmbito nacional. As despesas do Ministério da Justiça somaram R\$ 9.660.937.620,97. Os gastos da Defensoria Pública da União, por sua vez, totalizaram R\$ 279.954.175,06.

Em 2014, o total de recursos destinado pelo Governo Federal para o âmbito nacional foi de R\$ 1.860.961.397.464,20. Os gastos do Ministério da Justiça totalizaram R\$ 10.556.463.291,63. Os custos da Defensoria Pública da União somaram R\$ 328.865.011,63.

Em 2015, o Governo Federal disponibilizou o valor de R\$ 1.906.706.918.048,62. O Ministério da Justiça gastou R\$ 11.169.930.175,18. O total das despesas da Defensoria Pública da União foi de R\$ 421.312.152,72.

O exame dos gastos referentes ao ano de 2016 foi feito com os dados referentes até o mês de junho. O Governo Federal destinou o valor de R\$ 642.795.035.287,91 para o âmbito nacional. Os custos do Ministério da Justiça totalizaram R\$ 3.407.760.545,95. As despesas da Defensoria Pública da União somaram R\$ 155.892.951,89.

A partir dos dados apresentados, percebe-se que a vigência da EC n. 74/2013, que conferiu autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública Federal, gerou o aumento dos gastos da instituição, especialmente em razão da concessão de vantagens para seus membros. A despeito disso, a EC n. 74/2013 não causa impacto financeiro-orçamentário à União, pois há equilíbrio entre os gastos do órgão e do Poder Executivo. Outrossim, o total dos custos da Defensoria Pública mantém a média de 30% das despesas do Ministério da Justiça, órgão ao qual era vinculado antes da vigência da EC n. 74/2013.

Cabe ressaltar, ainda, que o PL n. 7.924/14, que concede o aumento de 40% na remuneração dos membros da Defensoria Pública, foi aprovado pelas Casas do Congresso Nacional com o substitutivo do Senado Federal e sancionado pelo Presidente Michel Temer. Segundo a Lei n. 13.412/2016, o reajuste será realizado de forma parcelada a partir de 2017.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal apreciou o pedido cautelar de suspensão da EC n. 74/2013 e, por 8 votos a 2, decidiu pela não concessão da

medida liminar. Para a maioria dos ministros, a norma não padece de vício de iniciativa nem viola a separação dos poderes. Além disso, ressaltou-se a importância da autonomia da Defensoria Pública para a efetividade de sua atuação na defesa dos direitos dos hipossuficientes. Nesse sentido, afirma o ministro Dias Toffoli:<sup>35</sup>

Ao contrário, portanto, da pretensão da inicial de atribuir pecha de incompatibilidade com o texto da Constituição, vislumbro no espírito da norma a busca pela elevação da Defensoria Pública a um patamar adequado a seu delineamento constitucional originário – de função essencial à Justiça –, densificando um direito fundamental previsto no artigo 5º da Constituição Federal, que ordena ao Estado a prestação de assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio votaram a favor da concessão da medida liminar, pois a EC n. 74/2013 teria violado a separação dos poderes. Segundo o ministro Marco Aurélio, o Poder Legislativo, por meio de Emenda à Constituição, não poderia atribuir autonomia a órgãos, pois ia de encontro à opção do Poder Constituinte Originário de reconhecer a independência apenas do Ministério Público.

O ministro Gilmar Mendes, por sua vez, afirmou que a importância da função do órgão não é motivo razoável para atribuir a ele autonomia administrativa e financeira. Outrossim, a eventual declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 e a retirada da independência da Defensoria Pública não reduziria a relevância da instituição.

O presidente do STF, o ministro Ricardo Lewandowski, a despeito de votar contra a concessão da medida cautelar de suspensão dos efeitos da EC n. 74/2013, propôs que, na decisão final, fosse modulada a extensão da autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública Federal para evitar impactos negativos ao orçamento da União.

O mérito da ADI n. 5.296/DF diz respeito à existência de vício de iniciativa na EC n. 74/2013, que concedeu autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública da União no intuito de assegurar o cumprimento do seu dever de tutelar direitos fundamentais e de promover a Dignidade da Pessoa Humana. Portanto, há colisão entre a observância do devido processo legislativo e a garantia do mínimo existencial.

Os argumentos utilizados pelos ministros do STF que votaram a favor da concessão da medida cautelar para suspender os efeitos da EC n. 74/2013 são de que o reconhecimento da autonomia da Defensoria Pública da União, por implicar

---

<sup>35</sup> *Plenário nega liminar em ação sobre autonomia da Defensoria Pública da União e do DF.* Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316898>>. Acesso em: 20/05/2016.

alteração no regime jurídico de servidores públicos federais, estaria incluído no rol de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo previsto no art. 61, §1º, inciso II, alínea c da Lei Maior e de que esse dispositivo constitucional se aplicaria ao procedimento de emendas à Constituição, de modo a limitar o rol de legitimados previsto no artigo 60, sendo condição para averiguar o cumprimento do devido processo legislativo.

Ao aplicar esse raciocínio jurídico no exame da medida cautelar, os ministros Gilmar Mendes e Marco Aurélio adotaram a tese de vício de iniciativa apresentada na petição inicial da ADI n. 5.296/DF e de violação do princípio da separação dos poderes. Argumentaram, ademais, que o Congresso Nacional, no exercício do Poder Constituinte Derivado Reformador, não poderia conceder autonomia a nenhum órgão sob a fundamentação da relevância da sua função, pois violaria a vontade do Poder Constituinte Originário que, mesmo ilimitado juridicamente, decidiu por reconhecer a independência apenas do Ministério Público.

Outro argumento utilizado para defender a suspensão dos efeitos da EC n. 74/2013 foi o do seu impacto financeiro-orçamentário para a União, pois a autonomia da Defensoria Pública geraria imbrólios jurídicos quanto à iniciativa de projetos de lei em relação a assuntos orçamentários, bem como poderia ser fundamento para eventuais condutas irregulares no exercício da sua independência, como a concessão de vantagens remuneratórias a seus membros de forma desarrazoada, o que poderia causar consequências financeiras de difícil reparação.

Por outro lado, a maioria dos ministros do STF defendeu a manutenção dos efeitos da EC n. 74/2013, pois ela não padeceria de vício de iniciativa. Isso porque a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo não se aplicaria ao rol de legitimados para propor emendas constitucionais, na qual estão inclusos os parlamentares, e, por consequência, não haveria violação ao princípio da separação dos poderes.

Na fundamentação dos seus votos, os magistrados ressaltaram a importância da Defensoria Pública na prestação de assistência jurídica integral e gratuita e na promoção da igualdade e da justiça social. Afirmaram, ainda, que a concessão de autonomia administrativa e financeira à instituição é relevante, pois permite o cumprimento efetivo e pleno do seu mister constitucional de proteger e de promover os direitos fundamentais.

A partir do exame dos votos proferidos na apreciação do pedido de medida cautelar na ADI n. 5.296/DF, verifica-se que houve a antecipação dos argumentos sobre o mérito da ação, o que pode revelar a tendência do julgamento. Outrossim, a análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto é relevante para se ter uma expectativa acerca da decisão final.

O Tribunal Constitucional brasileiro já enfrentou o tema do vício de iniciativa em várias oportunidades. Nessas ADI's, foram questionadas emendas às Constituições Estaduais propostas por parlamentares que concediam autonomia às respectivas Defensorias Públicas Estaduais. No julgamento de mérito, a Corte encampou a tese de que a atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo Federal prevista na Lei Maior vincula aquelas normas estaduais. Assim, as emendas à Constituição Estadual propostas por parlamentares que reconhecem autonomia à Defensoria Pública, por implicar alteração no regime jurídico dos servidores públicos, padece de inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa. Alguns desses julgados foram utilizados para embasar o pedido de declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, como o da ADI n. 3.295/AM e da ADI n. 637/MA já expostos anteriormente

Em alguns votos, os ministros do STF argumentaram que, quando parlamentar propõe emenda sobre matéria prevista no rol do art. 61, § 1º, inciso II, alínea *c* da Constituição Federal, há usurpação da função do Chefe do Poder Executivo, pois esse dispositivo se aplica a qualquer espécie normativa, inclusive as emendas à Constituição Estadual e, por isso, há violação ao núcleo essencial do princípio da separação dos poderes, conforme parte do voto do Ministro Joaquim Barbosa na ADI n. 2966/RO a seguir transcrito:<sup>36</sup>

Resta, no entanto, considerar o argumento da Assembleia Legislativa de que a iniciativa exigida nessa matéria se refere a leis e não a emendas constitucionais. Tal argumento é de ser completamente rechaçado. Se a iniciativa de certas leis é restrita ao Executivo, a Assembleia Legislativa não pode, nem mesmo aprovando emendas constitucionais, violá-la. Caso contrário, a disposição da Constituição federal poderia tornar-se inócua. Uma Assembleia Legislativa opositora ao governo estadual poderia conseguir o quórum necessário para a aprovação de emendas constitucionais e assim legislar em virtualmente todas as matérias de iniciativa do Executivo, esvaziando as funções deste e gerando um grave desequilíbrio entre poderes. Tal posicionamento da Corte não se modificou após o advento da Carta de 1988. Assim, matérias que são de iniciativa do Executivo não podem ser reguladas por emendas constitucionais propostas por parlamentares. Para citar apenas alguns exemplos. cf. ADI n. 199 (rel. Min. Maurício Corrêa), ADI n. 1.690/MC (rel. Min. Nelson Jobim,), ADI 2.393/MC (rel. Min. Sydney Sanches) e ADI n. 2.050 (rel. Min. Maurício Corrêa). (ADI n. 2.966/RO, Relator: Ministro Joaquim Barbosa, Órgão julgador: Tribunal Pleno, Data de julgamento: 06/04/2005), Data de publicação: 06/05/2005).

---

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2 966/RO – Distrito Federal*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data de julgamento: 06/04/2005. Data de publicação: 06/05/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738901/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2966-ro/inteiro-teor-103124412>>. Acesso em: 05/05/2016.

A despeito de serem ações diretas de inconstitucionalidade que impugnam normas estaduais, suas ementas foram utilizadas para embasar o pedido de declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 por vício de iniciativa. Argumenta-se que, se o Supremo Tribunal Federal reconhece que o art. 61, § 1º, inciso II, alínea *c* da Lei Fundamental é aplicável às emendas às Constituições Estaduais, essa norma constitucional igualmente limitaria o processo de alteração da Constituição Federal.

Na apreciação do pedido de suspensão da EC n. 74/2013, a relatora da ADI n. 5.296/DF, a ministra Rosa Weber, afirmou que, a despeito da jurisprudência da Corte apresentar o entendimento de que há vício de iniciativa nas propostas de emendas às Constituições Estaduais de parlamentares sobre regime jurídico de servidores públicos, esse raciocínio jurídico não pode ser aplicado no processo de alteração da Lei Maior. Portanto, a cláusula de reserva de iniciativa não limita o rol de legitimados para propor emendas à Constituição Federal.

A partir do exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, sobretudo, dos votos dos ministros na apreciação do pedido de suspensão dos efeitos da EC n. 74/2013, pode-se notar que a tendência da Corte é no sentido de julgar improcedente o pedido da ADI n. 5.296/DF e de declarar a constitucionalidade dessa norma. A despeito disso, é necessário examinar a forma como deve ser analisado o mérito dessa ação no intuito de gerar uma decisão final justa e efetiva.

O exame do mérito da ADI n. 5.296/DF deve ser feito com a observância da colisão existente entre o argumento da inconstitucionalidade formal por vício de iniciativa e da relevância da autonomia da Defensoria Pública como instituição garantidora dos direitos fundamentais. É necessário, pois, fazer um sopesamento entre essas normas, o que deve levar em conta a relação entre o mínimo existencial e a reserva do possível.

A Defensoria Pública tem papel fundamental na promoção da isonomia substancial e da justiça social por meio das suas diversas funções típicas e atípicas. É incontroverso que, ao efetivar as normas jusfundamentais, essa instituição assegura os direitos dos seus assistidos, garantindo o respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

A tese da reserva do possível, utilizada como argumento para a limitação da concretização das normas jusfundamentais, notadamente as de natureza prestacional, tem como principal condição de validade a proteção do mínimo existencial, ou seja, a garantia do mínimo essencial para que o indivíduo viva de forma digna, o que inclui a tutela efetiva de seus direitos. Assim, para que a reserva do possível e o mínimo existencial possam conviver de forma harmônica na ordem jurídica-social, é necessário que as eventuais limitações na prestação de direitos por razões orçamentárias não maculem o núcleo essencial das normas jusfundamentais e a Dignidade da Pessoa Humana.

Para a efetivação da assistência jurídica integral e gratuita e para a promoção da igualdade e da justiça social, como direitos prestacionais, não basta apenas a criação da Defensoria Pública, mas é essencial garantir meios para que essa instituição possa desempenhar suas funções de forma satisfatória. Uma das principais formas de alcançar esse objetivo é o reconhecimento da sua autonomia administrativa e financeira em relação ao Poder Executivo.

É importante ressaltar que a concessão de autonomia administrativa e financeira à Defensoria Pública não implica apenas a possibilidade de propor reajustes na remuneração e de conceder vantagens aos seus membros, mas vai além para estimular o fortalecimento dessa instituição como meio para que possa executar suas funções de forma livre e efetiva. Desse modo, os argumentos relacionados ao impacto financeiro-orçamentário da EC n. 74/2013 não podem ser empecilhos para o reconhecimento da independência da Defensoria Pública visto que é relevante para assegurar o cumprimento do dever constitucional de garantir o núcleo essencial dos direitos e de promover a Dignidade da Pessoa Humana.

No sopesamento entre a existência de vício formal que macula o devido processo legislativo e a Defensoria Pública como instituição que garante o mínimo existencial, pode ser necessária a utilização da técnica de modulação dos efeitos com o fim de que a decisão final não gere insegurança jurídica e graves impactos socioeconômicos. Nesse sentido, o ministro Ricardo Lewandowski sugeriu que o Plenário analisasse a possibilidade de, no julgamento de mérito, definir os limites da autonomia da Defensoria Pública da União para elidir eventuais condutas irregulares de seus membros que desvirtuam a finalidade da independência institucional.

Os ministros do STF devem analisar as consequências do julgamento da ADI n. 5.296/DF, independentemente de reconhecer ou não a inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, para examinar a possibilidade de limitação subjetiva ou temporal de sua eficácia como meio de evitar sérios prejuízos econômico-financeiros e, sobretudo, violação do núcleo essencial dos direitos dos beneficiados pelos serviços da Defensoria Pública, o que representaria grave retrocesso social.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União é questionada na ADI n. 5.296/DF, que visa à suspensão liminar da EC n. 74/2013 e, como mérito, a declaração de inconstitucionalidade dessa norma. As teses de inconstitucionalidade que fundamentam a ADI n. 5.296/DF são o vício de iniciativa, a violação do princípio da separação dos poderes e o impacto financeiro-orçamentário da EC n. 74/2013.

Segundo a então Presidente da República, Dilma Rousseff, a EC n. 74/2013 padece de vício de iniciativa, pois, por interferir no regime jurídico dos defensores públicos federais, não poderia ter sido proposta por parlamentar, mas apenas

pelo Chefe do Poder Executivo. Essa violação, ainda, macularia o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Outrossim, a EC n. 74/2013 permitiria que a Defensoria Pública Federal edite normas que concedam vantagens e benefícios indevidos a seus membros, o que poderia gerar dano irreparável ao orçamento da União.

A propositura da ADI n. 5.296/DF é objeto de discussões no âmbito jurídico. O posicionamento favorável ratifica as teses da inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 e advoga o entendimento de que o Poder de Reforma não pode atribuir independência a um órgão, mas somente o Poder Constituinte Originário. Além disso, a relevância da função não seria motivo apto a justificar o reconhecimento de autonomia à Defensoria Pública da União.

O posicionamento contrário, por sua vez, informa que não há vício de iniciativa nem violação à separação dos poderes, pois a cláusula de reserva de iniciativa do Chefe do Poder Executivo não se sobrepõe ao rol de legitimados para apresentar proposta de emenda à Constituição. A EC n. 74/2013 não geraria impactos negativos ao orçamento da União, pois houve crescimento equilibrado dos gastos da Defensoria Pública. Argumenta-se, ainda, a relevância da autonomia da Defensoria Pública da União para a consolidação da instituição como função jurisdicional do Estado, bem como para o cumprimento idôneo e efetivo da sua função de garantir os direitos fundamentais.

O exame da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal revela que a Corte entende que a cláusula de reserva de iniciativa prevista na Lei Fundamental seria aplicável ao procedimento de emendas às Constituições Estaduais de modo a limitar o rol de legitimados para propô-las. Desse modo, as emendas propostas por parlamentares no intuito de conceder autonomia à Defensoria Pública Estadual, por alterar o regime jurídico dos servidores públicos, violaria o devido processo legislativo e o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes. Algumas ementas de julgamento de ações diretas de inconstitucionalidade nesse sentido foram utilizadas para embasar o pedido de declaração da inconstitucionalidade formal da EC n. 74/2013.

A maioria dos ministros do Supremo Tribunal Federal, contudo, na análise do pedido de medida cautelar na ADI n. 5.296/DF, entendeu que essa norma não padece de vício de iniciativa, pois o entendimento da Corte sobre a obrigatoriedade da observância da cláusula de reserva de iniciativa nas emendas às Constituições Estaduais não se aplica ao procedimento de alteração da Lei Maior. Esses magistrados, ainda, argumentaram a favor da autonomia da Defensoria Pública ao afirmar que ela permite que a instituição defenda os direitos dos seus assistidos de forma livre e eficaz, o que ratifica seu dever de promover a isonomia substancial e da justiça social. Assim, pode-se considerar que há a tendência de o Plenário do STF julgar improcedente o pedido da ADI n. 5.296/DF e de declarar a constitucionalidade da EC n. 74/2013.



No julgamento de mérito, deve ser feito o sopesamento entre a existência de vício de iniciativa na EC n. 74/2013, que violaria o devido processo legislativo, e a Defensoria Pública como garantia dos direitos fundamentais. Nesse caso, é necessário buscar o equilíbrio entre o mínimo existencial e a reserva do possível, sendo importante ressaltar que a autonomia administrativa e financeira não se resume à concessão de vantagens de natureza remuneratória, mas tem como fim assegurar o cumprimento idôneo das funções institucionais, especialmente a tutela do núcleo essencial dos direitos fundamentais e da Dignidade da Pessoa Humana.

Diante dos possíveis impactos jurídicos, sociais e econômicos, os ministros do STF devem analisar a possibilidade de modulação dos efeitos do julgamento final da ADI n. 5.296/DF para que a decisão, independentemente de reconhecer ou não a inconstitucionalidade da EC n. 74/2013, não macule o núcleo essencial dos direitos fundamentais dos indivíduos que eventualmente possam ser prejudicados. É importante salientar, ainda, que é possível que o STF delimite a autonomia administrativa e financeira da Defensoria Pública da União com o objetivo de evitar condutas irregulares dos seus membros a pretexto da sua independência.

A partir do exposto, é possível afirmar que é relevante a compreensão da ADI n. 5.296/DF e dos argumentos favoráveis e contrários à declaração de inconstitucionalidade da EC n. 74/2013 em razão da importância jurídica da Defensoria Pública como instituição que assegura os direitos fundamentais e que auxilia na concretização da isonomia substancial e da justiça social no Brasil. O seu estudo requer o conhecimento sobre direitos fundamentais, legislação específica da Defensoria Pública, processo legislativo, direito financeiro e da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal acerca da iniciativa do processo legislativo e da autonomia da Defensoria Pública.

Pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal deve julgar a ADI n. 5.296/DF com atenção à função da Defensoria Pública de garantir os direitos fundamentais e de promover a Dignidade da Pessoa Humana e nos possíveis impactos jurídicos, sociais e econômicos do resultado final. Assim, deve ser analisada a necessidade de modulação dos efeitos da decisão e, caso seja reconhecida a validade da EC n. 74/2013, de delimitação do exercício da autonomia da Defensoria Pública para evitar graves consequências orçamentárias para a União e, principalmente, para que não haja retrocesso social visto que é considerada verdadeira *garantia institucional*.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez e escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro; São Paulo: Renovar, 2001.

ANADEF. *Petição de pedido de ingresso da Anadef na ADI n. 5.296/DF como amicus curiae*. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/arquivos/2015/4/art20150415-02.pdf>>. Acesso em: 22/04/2016.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

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

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Comissão Especial – destinada a proferir parecer à Proposta de Emenda à Constituição n. 207-A de 2012, Do Senado Federal, que “altera o art. 134 da Constituição Federal (garante às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária)*. PEC 207/12 – Defensorias Públicas da União e DF – proposta de emenda à Constituição n. 207, de 2012. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1088397&filename=Tramitacao-PEC+207/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1088397&filename=Tramitacao-PEC+207/2012)>. Acesso em: 25/04/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Proposta de Emenda à Constituição n. 207, de 2012*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1024216&filename=Tramitacao-PEC+207/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1024216&filename=Tramitacao-PEC+207/2012)>. Acesso em: 25/04/2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. *Gastos Diretos por Órgão Executor. Ministério da Justiça Defensoria Pública da União. Exercício 2013*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalCompras-DiretasOEElementoDespesa.asp?Ano=2013&CodigoOS=30000&CodigoOrgao=30109&CodigoUG=200140>>. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. *Gastos Diretos por Órgão Executor. Ministério da Justiça Defensoria Pública da União. Exercício 2014*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalCompras-DiretasOEElementoDespesa.asp?Ano=2014&CodigoOS=30000&CodigoOrgao=29101&CodigoUG=290002>>. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. *Gastos Diretos por Órgão Executor. Ministério da Justiça Defensoria Pública da União. Exercício 2015*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalCompras-DiretasOEElementoDespesa.asp?Ano=2015&CodigoOS=30000&CodigoOrgao=29101&CodigoUG=290002>>. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. Portal da Transparência do Governo Federal. *Gastos Diretos por Órgão Executor. Ministério da Justiça Defensoria Pública da União. Exercício 2016*. Disponível em: <<http://www.portaltransparencia.gov.br/PortalCompras-DiretasOEElementoDespesa.asp?Ano=2016&CodigoOS=30000&CodigoOrgao=29101&CodigoUG=290002>>. Acesso em: 22/05/2016.

BRASIL. Defensoria Pública da União. *Autonomia da Defensoria Pública da União EC n. 74/2013*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/assessoria-memoria/eventos-marcantes/192-memoria/eventos-marcantes/30926-autonomia-da-defensoria-publica-da-uniao-ec-n-74-13>>. Acesso em: 22/04/2016.

BRASIL. Defensoria Pública da União. *Resolução n. 100, de 17 de outubro de 2014. Regulamenta a ajuda de custo para moradia aos membros da Defensoria Pública da União*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/conselho-superior/resolucoes/23998-20-10-2014-resolucao-n-100-de-17-de-outubro-de-2014-bei>>. Acesso em: 08/05/2016.

BRASIL. Defensoria Pública da União. *Resolução n. 120, de 25 de janeiro de 2016. Revoga a Resolução CSDPU n. 100, de 17 de outubro de 2014, que regulamenta a ajuda de custo para moradia no âmbito da Defensoria Pública da União*. Disponível em: <<http://www.dpu.gov.br/conselho-superior/resolucoes/29588-resolucao-n-120-de-25-de-janeiro-de-2016-revoga-a-resolucao-csdpu-n-100-de-17-de-outubro-de-2014-que-regulamenta-a-ajuda-de-custo-para-moradia-no-ambito-da-defensoria-publica-da-uniao>>. Acesso em: 08/05/2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 45 de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm)>. Acesso em: 10/04/2016.

BRASIL. *Emenda Constitucional n. 74 de 6 de agosto de 2013. Altera o art. 134 da Constituição Federal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc74.htm)>. Acesso em: 10/04/2016.

BRASIL. *Lei n. 13.242, de 30 de dezembro de 2015. Dispõe sobre as diretrizes para a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2016 e dá outras providências*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13242.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13242.htm)>. Acesso em: 08/05/2016.

BRASIL. *PEC 207/2012*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=553168>>. Acesso em: 25/04/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Reajuste dos defensores públicos é criticado por governistas e opositoristas*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/484815-REAJUSTE-DOS-DEFENSORES-PUBLICOS-E-CRITICADO-POR-GOVERNISTAS-E-OPOSICIONISTAS.html>>. Acesso em: 10/05/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *Requerimento n. \_\_\_\_ de 2012*. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1020303&filename=Tramitacao-PEC+207/2012](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1020303&filename=Tramitacao-PEC+207/2012)>. Acesso em: 25/04/2016.

BRASIL. *PEC 358/2005*. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=274765>>. Acesso em: 22/04/2016.

BRASIL. PL 7.924/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=622072>>. Acesso em: 10/05/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer de 2011*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/97739.pdf>>. Acesso em: 24/04/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara n. 22, de 2015*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/120495>>. Acesso em: 10/05/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. \_\_\_\_ de 2011*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/95199.pdf>>. Acesso em: 24/04/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de emenda à constituição n. 82, de 2011 (PEC das defensorias)*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/101807>>. Acesso em: 24/04/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 637/MA – Distrito Federal*. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Data do Julgamento: 25/08/2004. Data de publicação: 01/10/2004. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/767611/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-637-ma>>. Acesso em: 05/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.966/RO – Distrito Federal*. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Data do Julgamento: 06/04/2005. Data de publicação: 06/05/2005. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14738901/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-2966-ro/inteiro-teor-103124412>>. Acesso em: 05/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.295/AM – Distrito Federal*. Relator: Ministro Cezar Peluso. Data do julgamento: 30/06/2011. Data de publicação: 05/08/2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2240409>>. Acesso em: 05/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.296/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=4752359>>. Acesso em: 02/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 33.193/DF – Distrito Federal*. Relator: Ministra Rosa Weber. Data de Julgamento: 30/10/2014. Data de Publicação: 04/11/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25307151/medida-cautelar-em-mandado-de-seguranca-ms-33193-df-stf>>. Acesso em: 02/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Plenário nega liminar em ação sobre autonomia da Defensoria Pública da União e do DF*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=316898>>. Acesso em: 20/05/2016.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

- ESTEVEES, Diogo; SILVA, Franklyn Roger Alves. *Princípios institucionais da defensoria pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 15. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PASCOAL, Valdecir Fernandes. *Direito financeiro e controle externo: teoria, jurisprudência e 400 questões*. 7. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- PROCURADORIA-GERAL DO ES APOIA PLANALTO CONTRA AUTONOMIA DA DEFENSORIA DA UNIÃO. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-ago-09/procuradoria-gerales-apoia-presidencia-autonomia-dpu>>. Acesso em: 15/05/2016.
- ROCHA, Amélia Soares da. *Defensoria pública: fundamentos, organização e funcionamento*. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARMENTO, Daniel. *Autonomia da DPU e limites ao poder de reforma da Constituição*. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/parecer-daniel-sarmento-autonomia.pdf>>. Acesso em: 02/05/2016.
- SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos, vol. 1 – reserva do possível*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Data de recebimento: 02/09/2016

Data de aprovação: 03/01/2017

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

## THE ENFORCEMENT OF THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO LABOR OF THE DISABLED PEOPLE

Fabiano Carvalho\*

Victor Hugo de Almeida\*\*

### RESUMO

Embora as pessoas com deficiência tenham tido tratamento desumano no passado, principalmente nas sociedades clássicas, ou a elas era, no feudalismo, dispensado apenas tratamento assistencialista em decorrência do pensamento cristão, paulatinamente e notadamente após as grandes guerras, passou-se a reconhecer os seus direitos humanos fundamentais desses cidadãos, notadamente o direito ao trabalho. O Brasil, país signatário de várias Convenções Internacionais, embora possua leis que garantam políticas públicas de inclusão no mercado de trabalho, 53,8% das pessoas com deficiência e em idade produtiva estão desocupadas ou desempregadas. O objetivo do presente estudo é examinar os obstáculos à efetivação do direito ao trabalho das pessoas com deficiência, cuja garantia é prevista no Estatuto do Deficiente como medida de inserção dessas pessoas no contexto social e de exercício da plena cidadania. Adotou-se, portanto, como método de procedimento, a técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados e, como método de abordagem, o dedutivo.

**Palavras-chave:** Direitos humanos; Direitos fundamentais; Direito ao trabalho; Políticas de inclusão; Pessoas com deficiência.

---

\* Mestrando em Direito da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP/Franca. Advogado. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário Moura Lacerda – Ribeirão Preto (SP). E-mail: carvalhf@uol.com.br.

\*\* Docente e Vice-Chefe do Departamento de Direito Privado da Faculdade de Ciências Humanas e Sociais da Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – Unesp/Franca. Doutor em Direito do Trabalho pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Mestre pela Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo. Membro Pesquisador do Instituto Brasileiro de Direito Social Cesarino Júnior, Seção Brasileira da *Société Internationale de Droit du Travail et de la Sécurité Sociale*. E-mail: victorhugo.professor@gmail.com.

## ABSTRACT

Although disabled people have had inhuman treatment in the past, especially in the classical societies, or in feudalism, where they had only assistentialist treatment as result of christian thought, gradually and notably after the great wars, it has began to recognize their fundamental human rights, notably the right to work. Brazil, which is a signatory to several International Conventions, although it has laws that guarantee public policies for inclusion in the labor market, 53.8% of people with disabilities and of productive age are unoccupied or unemployed. The objective of the present study is to examine the obstacles to the effectiveness of the right to work of disabled people, whose guarantee is provided by the Statute of the Deficient as a measure of insertion of these people in the social context and exercise of full citizenship. It was adopted, therefore, as method of procedure the technique of bibliographic research in published materials and, as a method of approach, the deductive one.

**Keywords:** Human rights; Fundamental rights; Right to work; Inclusion policies; Disabled people.

## INTRODUÇÃO

A Organização das Nações Unidas estima haver hoje cerca de 650 milhões de pessoas com deficiência no mundo ou 10% da sua população.<sup>1</sup> O censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, divulgado em 2012, aponta que o Brasil possui 45,6 milhões de pessoas com algum tipo de deficiência, seja ela física, sensorial, intelectual ou múltipla, o que representa 24% da população brasileira.<sup>2</sup>

No Brasil, dos 44 milhões de pessoas com deficiência que estão em idade produtiva de trabalho, 53,8% estão desocupadas ou desempregadas. Quando essas pessoas possuem alguma ocupação, exercem-na à margem da economia nacional e, se empregadas, estão alheias ao cumprimento efetivo da legislação trabalhista, padecendo em seu próprio meio ambiente laboral.

O Brasil reconhece o pleno emprego como direito humano fundamental aos deficientes, direito este consagrado pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão e que, também, fora inserida na Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, ambas aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) e que serviram de orientação para várias Convenções

---

<sup>1</sup> ONU. *A ONU e as pessoas com deficiência*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 20/08/2016.

<sup>2</sup> IBGE. *Censo Demográfico 2010: características gerais da população, religião e pessoas com deficiência*. Brasília, 2010. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_Deficiencia/tab1\\_3.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

da Organização Internacional do Trabalho que foram, pelo Brasil, devidamente ratificadas, tais como as Convenções n. 111/58, n. 150/68 e n. 159/85; e a Recomendação n. 99/55.

A Constituição da República de 1988 também reconhece como fundamental o direito ao pleno emprego às pessoas com deficiência, como também consagra o direito ao meio ambiente, inclusive o do trabalho, como bem essencial à sadia qualidade de vida, elevando-o à categoria de direito fundamental, notadamente, após a publicação da Lei n. 13.146, de 6 de junho de 2015, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência” e já em vigor.

Mesmo diante de toda a sistemática legal e de algumas políticas públicas traduzidas em ações afirmativas, faz-se necessário verificar se há integração entre elas, bem como o porquê de mais da metade dos brasileiros deficientes estarem alheios à cadeia produtiva nacional e não conseguirem, por meio do trabalho, a efetivação de sua cidadania e dignidade, que são direitos humanos fundamentais.

Assim sendo, como passo inicial para essa análise, o objetivo do presente estudo é examinar os obstáculos à efetivação do direito ao trabalho das pessoas deficientes, cuja garantia é prevista no Estatuto do Deficiente como medida de inserção dessas pessoas no contexto social e de exercício da plena cidadania.

Adotou-se, portanto, como método de procedimento, o levantamento por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados (por exemplo, doutrinas, artigos científicos, legislação, teses, Censo Demográfico do IBGE, Convenções e Recomendações da OIT etc.)<sup>3</sup> e, como método de abordagem, o dedutivo, buscando-se, a partir do ordenamento jurídico pátrio (Constituição Federal, Lei de Cotas, Estatuto do Deficiente etc.) e internacional (Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, Convenções e Recomendações da OIT etc.), identificar algumas ações afirmativas do Estado envergadas à garantia do direito fundamental de acesso das pessoas com deficiência ao trabalho e, ainda, os obstáculos à efetivação desse direito no Brasil em detrimento do exercício da plena cidadania e do reconhecimento da dignidade desses sujeitos. Segundo Antonio Carlos Gil: “O método dedutivo, de acordo com a acepção clássica, é o método que parte do geral e, a seguir, desce ao particular. Parte de princípios reconhecidos como verdadeiros e indiscutíveis e possibilita chegar a conclusões de maneira puramente formal (...)”<sup>4</sup>

Quanto à estrutura do presente artigo, em um primeiro momento, examina-se o comportamento da sociedade em relação aos seus deficientes, desde a

---

<sup>3</sup> ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

<sup>4</sup> GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 9.



institucionalização do seu descarte, já que para algumas sociedades clássicas elas representavam um fardo, ou mesmo a sua integração social pautada na benemerência e misericórdia, até a positivação de seus direitos humanos fundamentais, notadamente ao do trabalho digno.

Em seguida, demonstra-se a importância social do trabalho e a preocupação do Estado em oferecer condições de trabalho digno como instrumentos de efetivação da cidadania plena das pessoas com deficiência e reconhecimento da sua dignidade.

Por fim, à luz do princípio aristotélico da isonomia, examinam-se algumas ações afirmativas do Estado envergadas à garantia do direito fundamental de acesso das pessoas com deficiência ao trabalho e, ainda, o problema real da efetivação desse direito no Brasil.

### **A PESSOA COM DEFICIÊNCIA: DO DESCARTE À POSITIVAÇÃO DE SEUS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS**

Os padrões de normalidade sempre foram um entrave ao real e efetivo desenvolvimento das pessoas com deficiência, seja esta entendida como física, sensorial ou intelectual, impedindo o necessário acesso dessas pessoas à obtenção de direitos vistos hoje como fundamentais do ser humano e do cidadão.

Na Idade Antiga, o tratamento ofertado aos deficientes possuía dois aspectos: o de extermínio, já que eram considerados, na maioria das vezes, um empecilho ao desenvolvimento econômico da comunidade; o de proteção, sustentando-os para, assim, despertar a simpatia e a proteção dos deuses; ou como gratidão, já que muitos adquiriam deficiências, notadamente as físicas, em decorrência de suas lutas em guerras.<sup>5</sup>

Enquanto os hindus consideravam os deficientes visuais pessoas de sensibilidade interior mais aguçada, exatamente em decorrência de sua deficiência em enxergar pelos olhos, e estimulavam o seu ingresso nas funções religiosas, “os hebreus viam, na deficiência física ou sensorial, uma espécie de punição de Deus, e impediam qualquer portador de deficiência de ter acesso à direção dos serviços religiosos”.<sup>6</sup>

Os atenienses ofereciam os deficientes para serem mortos antecipadamente pelos inimigos. Em Esparta, na qual a guerra era a forma natural de desenvolvimento da Cidade-Estado, as crianças nascidas com deficiência eram imediatamente descartadas pelos próprios pais.

---

<sup>5</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência*. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, maio 2010. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub60.html>>. Acesso em: 10/08/2016.

<sup>6</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência*. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.

No Império Romano, a morte das pessoas nascidas com deficiência era institucionalizada, prevendo a Lei das Doze Tábuas que as crianças nascidas com sinais de deficiência deveriam ser imediatamente mortas. Como bem destaca Otto Marques da Silva, em sua obra *De Legibus*, Cícero (Marcus Tullius Cícero – 106 a 43 a.C.) comenta com clareza que, na Lei das Doze Tábuas, havia uma determinação expressa para o extermínio de crianças nascidas com deformações físicas<sup>7</sup>. Em sua linguagem original a famosa lei determinava o seguinte:

Tábua Quarta – Do pátrio poder e do casamento.

1. É permitido ao pai matar o filho que nasceu disforme, mediante o julgamento de cinco vizinhos.<sup>8</sup>

Pensamentos não muito diferentes foram registrados pela história. Repetidos atos de violência ou de mera misericórdia permearam a vida das pessoas com deficiência durante a Idade Média, Idade Moderna e, somente na Idade Contemporânea, após as Grandes Guerras, das quais soldados mutilados voltavam para suas casas e tentavam com o apoio da família voltar ao seu cotidiano, é que os Estados modernos passaram a se preocupar com a deficiência de seus cidadãos, consagrando-lhes direitos e privilégios em suas Constituições com base em diretrizes estabelecidas pela Organização das Nações Unidas, por meio da Organização Internacional do Trabalho.

A Recomendação n. 99 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), de 1955, tratou da reabilitação dos profissionais deficientes como meio de aumentar suas chances na busca de emprego, prevendo condições especiais para crianças e jovens deficientes.

A Convenção n. 111 da OIT, de 1958, ratificada pelo Brasil e internalizada no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto n. 62.150/68, reconhece e aborda a discriminação sofrida pelos deficientes na busca de emprego ou profissão; e a de n. 159, de 1985, ingressada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n. 51/89, prevê a reabilitação profissional e pleno emprego de pessoas com deficiência.

No entanto, apenas a partir da aprovação pela Assembleia Geral da ONU, em 1982, do “Programa de Ação Mundial para Pessoas com Deficiência”, pelo qual os cidadãos deficientes teriam os mesmos direitos de desfrutar de melhores condições de vida advindas de seu próprio desenvolvimento social e econômico, diversos países passaram a se preocupar com a situação dos deficientes e, conseqüentemente, com seu processo de autovalorização e com a efetivação de sua plena cidadania.

<sup>7</sup> CÍCERO, Marco Túlio. *Das leis*. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

<sup>8</sup> MEIRA, Silvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do Direito Público e Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1972. p. 169.

Partindo-se dessa premissa, a Constituição Federal de 1988, já em seu artigo 1º, consagra os valores sociais do trabalho como direito fundamental, estendendo esse direito, indubitavelmente, às pessoas com deficiência.

No encaixe da Constituição Cidadã de 1988, surgiram no ordenamento jurídico brasileiro a Lei n. 7.853/89, regulamentada pelo Decreto n. 3.298/99, e a Lei n. 8.213/91, visando à inserção dos deficientes físicos na cadeia produtiva da economia nacional por seu trabalho. No entanto, apenas em 2015 surge no ordenamento jurídico a Lei n. 13.146, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, ratificando e regulamentando o Direito ao Trabalho dos deficientes como direito fundamental, além de apontar os modos de sua inclusão, notadamente por meio de recursos tecnológicos e adaptações no meio ambiente do trabalho.

De acordo com os dados de grande desemprego entre os deficientes brasileiros obtidos pelo IBGE e já mencionados, Flávia Moreira Guimarães e Layanna Maria Santiago Andrade evidenciam que: “Deficiência, física ou psíquica, não é sinônimo de incapacidade. Limitação não é inaptidão. Os trabalhos, em sua maioria, podem ser executados com eficiência por pessoas com alguma deficiência”.<sup>9</sup>

Diante disso, faz-se necessária a análise de algumas causas que impedem a efetivação desse direito ao trabalho, sobretudo ao se considerar que o Brasil dispõe de legislação que estabelece cotas de emprego a deficientes e pune a discriminação.

Todavia, afora a previsão legislativa, a garantia ao deficiente do direito fundamental ao trabalho também requer a participação do Estado, em conjunto com a sociedade, para a instituição de outras medidas a fim de criar condições de aplicabilidade da legislação por meio das políticas públicas.

A efetivação do direito fundamental ao trabalho não implica apenas no ingresso do deficiente ao cenário laboral, mas também na garantia de um meio ambiente do trabalho equilibrado, cujo direito fora elevado ao patamar de direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, especificamente em decorrência da previsão disposta nos artigos 225 e 200, inciso VIII e, agora, pela Lei n. 13.146/2015.

Assim, a adaptação desse meio ambiente laboral, sobretudo em seus aspectos físicos, às necessidades dos trabalhadores deficientes é medida que se impõe para a efetivação do seu direito ao trabalho, intrinsecamente relacionado às condições labor-ambientais adequadas.

---

<sup>9</sup> PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; ANDRADE, Layanna Maria Santiago. O direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência: diretrizes para a efetivação do sistema de cotas. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1.700-1.736, 2016, p. 1.706.

## A CIDADANIA, A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O VALOR SOCIAL DO TRABALHO COMO FUNDAMENTOS REPUBLICANOS

O artigo 1º da Constituição Federal consagra, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho como fundamentos da República.

Imperioso ressaltar que tais fundamentos não podem ser analisados de forma singular, senão pelo seu conjunto, um buscando aporte no outro, já que se inter-relacionam, um sustentando-se ao outro para, assim, os direitos à vida e à igualdade, direitos humanos fundamentais e dos quais vários outros são derivados, possam ser exercidos em sua plenitude.

Não existe cidadão pleno sem o reconhecimento de sua dignidade como ser humano. E esta dignidade não poderá ser alcançada senão em decorrência do exercício de seu trabalho que, segundo Bobbio, trata-se de um direito “(...) tão fundamental que passou a fazer parte de todas as Declarações de Direitos Contemporâneas – teve as mesmas boas razões da anterior reivindicação do direito de propriedade como direito natural”.<sup>10</sup>

A dignidade, valor espiritual e moral que é inerente à pessoa, deve se manifestar na autodeterminação consciente e responsável da própria vida;<sup>11</sup> e essa autodeterminação consciente e responsável é obtida pelo trabalho digno. Isso porque, conforme evidencia Saint-Jean, o trabalho tem relevante repercussão na vida humana, por se tratar de atividade fundamental para a realização pessoal, desenvolvimento da autoestima, interação social, sentimento de pertinência e capacidade e construção de identidade e autonomia.<sup>12</sup>

É pelo trabalho que o ser humano garante, ainda, a sua subsistência e o crescimento do país em que vive.<sup>13</sup>

Por essa razão, de acordo com Rosé Colom Toldrá, Cecília Berni de Marque e Maria Inês Britto Brunello, as políticas públicas têm dedicado especial atenção à promoção da participação e à inclusão dos indivíduos com deficiência no contexto do trabalho.<sup>14</sup>

As pessoas com deficiência, que outrora eram, muitas vezes com a anuência do Estado, descartadas em seu meio social foram, paulatinamente, recebendo,

---

<sup>10</sup> BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Camou, 1992, p. 77.

<sup>11</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

<sup>12</sup> SAINT-JEAN, M. Organização do trabalho e saúde mental. *Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo*, v. 14, n. 3, p. 48-51, 2003.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*.

<sup>14</sup> TOLDRÁ, Rosé Colom; DE MARQUE, Cecília Berni; BRUNELLO, Maria Inês Britto. Desafios para a inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência intelectual: experiências em construção. *Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo*, v. 21, n. 2, p. 158-165, maio/ago. 2010.

desse mesmo Estado, a positivação de direitos humanos fundamentais ao exercício de sua plena cidadania por meio do exercício de seu trabalho.

E o descarte aqui não merece ser entendido apenas com a exclusão do seu direito à vida biológica, como o lapso de tempo entre o nascimento e a morte, mas, sim, como a cassação da possibilidade de busca pela igualdade de condições e pleno gozo do que o direito a uma vida digna pode proporcionar.

O deficiente, mesmo diante de suas limitações e vulnerabilidades, não deve ser visto como mero beneficiário da misericórdia comunitária e do assistencialismo estatal, mas, sim, levando-se em consideração o grau de suas limitações e o alcance de sua vulnerabilidade, como cidadão produtivo, capaz de contribuir de forma digna para o desenvolvimento do meio social em que vive.

A antiguidade clássica deu exemplos de horrores perpetrados em desfavor das pessoas com deficiência como também contribuiu para o surgimento do que hoje se conhece como Previdência Social: gregos e romanos alojavam os deficientes em planos de assistência para os quais eles contribuíaam com pecúnia.

No entanto, foi sob a influência de Aristóteles que se passou a vislumbrar a readaptação dessas pessoas para o trabalho que lhes fosse apropriado. Um exemplo greco-mitológico da concepção antiassistencialista e profissionalizante é a figura de Hefesto (ou Vulcano para os romanos), portador de anomalia em seus membros inferiores, que, na obra “*Iliada*”, de Homero, apresentava-se como detentor de grande habilidade em metalurgia, fabricação de joias e em artes marciais, tornando-se conhecido com o “deus do trabalho”.<sup>15</sup>

Na Idade Média, sob a influência do Cristianismo, o assistencialismo também era praticado pelos senhores feudais, no entanto, com a decadência do feudalismo e o surgimento de uma economia com base a princípio pelo comércio, veio à tona a ideia de que as pessoas deficientes deveriam ser engajadas no sistema de produção. Nos dizeres de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca:<sup>16</sup>

Foi com o Renascimento que a visão assistencialista cedeu lugar, definitivamente, à postura profissionalizante e integrativa das pessoas portadoras de deficiência. A maneira científica da percepção da realidade daquela época derrubou o estigma social piegas que influenciava o tratamento para com as pessoas portadoras de deficiência, e a busca racional da sua integração se fez por várias leis que passaram a ser promulgadas.

Na Idade Moderna (a partir de 1789), vários inventos se forjaram com intuito de propiciar meios de trabalho e locomoção aos portadores de

---

<sup>15</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.*

<sup>16</sup> FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região.*

deficiência, tais como a cadeira de rodas, bengalas, bastões, muletas, coletes, próteses, macas, veículos adaptados, camas móveis e etc. O Código Braille foi criado por Louis Braille e propiciou a perfeita integração dos deficientes visuais ao mundo da linguagem escrita.

No Brasil, a Lei n. 8.213/91, Lei de Planos e Benefícios da Previdência Social, regulamentada oito anos após a sua publicação pelo Decreto n. 3.048/99, conhecida como “Lei de Cotas para Deficientes”, é um exemplo de ação afirmativa do Estado na busca de integrar as pessoas deficientes ao mercado de trabalho.

Embora referida lei estabeleça em seu artigo 93 uma porcentagem de 2 a 5% dos cargos nas empresas com mais de 100 funcionários às pessoas reabilitadas ou às pessoas portadoras de deficiência habilitadas, ela não foi suficiente para inserir grande parte dos deficientes em idade produtiva no país à cadeia produtiva.

Já a Lei n. 13.146/2015, conhecida como “Estatuto da Pessoa com Deficiência”, alheia a uma ideia meramente misericordiosa e assistencialista, por intermédio da análise de seu artigo 1º, busca inserir as pessoas deficientes no contexto social dando garantias de exercício de sua plena cidadania, notadamente o direito ao trabalho, pela igualdade de condições com as demais pessoas.

Acredita-se que o Estatuto do Deficiente possa, de forma substancial, assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais da pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e ao exercício pleno de sua cidadania.

O referido Estatuto prevê, por meio de políticas públicas de ações afirmativas, o reconhecimento formal dos direitos humanos fundamentais das pessoas com deficiência, tais como o direito à vida, à habilitação e à reabilitação, à saúde, à educação, à moradia, à assistência social, à previdência, à acessibilidade, ao esporte, ao lazer, à cultura, ao transporte público e, notadamente, ao trabalho.

## **AS AÇÕES AFIRMATIVAS DO ESTADO: O TRATAMENTO DESIGUAL EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DA IGUALDADE DE DIREITOS**

A Revolução Norte-Americana de 1776 e a Revolução Francesa de 1789 representaram o marco inicial dos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade. E foi com elas que os princípios básicos do cidadão passaram a ser pensados como direitos humanos.

O pensamento iluminista foi responsável por transmitir ao mundo a ideia de uma sociedade igualitária que se traduzisse em uma sociedade sem distinção entre as classes sociais dominantes da época, notadamente a burguesia, nobreza e clero. Hoje, o conceito de igualdade se dirige a uma sociedade igualitária não apenas em relação às classes sociais, mas sem distinção de gênero, etnia, idade e orientação sexual.

Pelas mencionadas revoluções burguesas e como forma de se opor ao pensamento do regime monárquico absolutista, o Estado de Direito surge como uma forma de regulamentar e garantir a igualdade entre os homens por meio de Cartas Constitucionais para, de certa forma, eliminar as desigualdades.

No entanto, a busca pela igualdade de condições e a efetivação dos direitos humanos fundamentais dela decorrentes não podem ser alcançadas apenas pela sua positivação nas Cartas Constitucionais, senão por políticas públicas, notadamente pelas ações afirmativas do Estado.

No entanto, fez-se necessária uma busca hermenêutica válida do conceito de igualdade que não traduza seu princípio como um contrassenso às próprias ações afirmativas praticadas pelo Estado na busca de sua efetivação.

Assim, impossível não fundamentar determinadas políticas públicas, que por vezes poderiam ser entendidas como formas discriminatórias do Estado por meio de ações afirmativas, senão pelo entendimento aristotélico de igualdade.

Aristóteles acreditava que a igualdade só poderia ser efetivada em sua totalidade quando os indivíduos iguais fossem tratados igualmente e os desiguais na exata medida de suas desigualdades.

O *caput* do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 normatiza formalmente a igualdade entre as pessoas e, pela importância constitucional da norma, enfatiza Paulo Bonavides:

O centro medular do Estado social e de todos os direitos de sua ordem jurídica é indubitavelmente o princípio da igualdade. Com efeito, materializa ele a liberdade da herança clássica. Com esta compõe um eixo ao redor do qual gira toda a concepção estrutural do Estado democrático contemporâneo. De todos os direitos fundamentais, a igualdade é aquele que mais tem subido de importância no Direito Constitucional de nossos dias, sendo, como não poderia deixar de ser, o direito-chave, o direito-guardião do Estado social.<sup>17</sup>

No entanto, na busca pela igualdade material, baseada no princípio aristotélico da igualdade, acrescenta Pedro Lenza:

O art. 5º, *caput*, consagra que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material, na medida em que a lei deverá tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos

---

<sup>17</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*: a importância do princípio da igualdade. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 340-341.

direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada perante a lei. Essa busca por uma igualdade substancial, muitas vezes idealista, reconheça-se, eterniza-se, na sempre lembrada, com emoção, Oração aos Moços, de Rui Barbosa inspirado na lição secular de Aristóteles, devendo-se tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.<sup>18</sup>

Diante do fato concreto e o permissivo teórico-aristotélico do conceito de igualdade entre as pessoas, o tratamento dos desiguais de acordo com suas desigualdades se faz necessário na busca da efetivação dos direitos humanos decorrentes da igualdade formal enfatizada pela Carta Constitucional brasileira de 1988. Nesse sentido, assevera Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]”.<sup>19</sup>

Nessa senda, soa impossível efetivar os direitos humanos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988 sem considerar políticas públicas estatais pautadas na discriminação positiva ou ações afirmativas.

De acordo com Luiz Alberto David Araújo:

Na disciplina do princípio da igualdade, o constituinte tratou de proteger certos grupos que, a seu entender, mereciam tratamento diverso. Enfocando-os a partir de uma realidade histórica de marginalização social ou de hipossuficiência decorrente de outros fatores, cuidou de estabelecer medidas de compensação, buscando concretizar, ao menos em parte, uma igualdade de oportunidades com os demais indivíduos, que não sofreram as mesmas espécies de restrições. São as chamadas ações afirmativas.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado: igualdade formal e material*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 679.

<sup>19</sup> MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional: princípio da igualdade e a extinção de discriminações absurdas*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 31.

<sup>20</sup> ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito constitucional: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 134.



A Constituição Federal de 1988, embora preveja no *caput* do seu artigo 5º a igualdade formal, permite, para a busca da efetiva igualdade, ao legislador infra-constitucional, ao Estado e à sociedade, a implementação de políticas públicas pautadas na discriminação positiva, como o parágrafo único do seu artigo 7º que trata dos direitos dos trabalhadores.

## O PROBLEMA DA EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

No Brasil, leis que garantem a igualdade de condições às pessoas com deficiência na busca de plena efetivação dos seus direitos humanos fundamentais há. Há, ainda, algumas políticas públicas, pautadas em ações afirmativas do Estado, pelas quais dão chances de crescimento pessoal e efetivação da cidadania às pessoas com deficiência, notadamente por meio do trabalho, tais como a obrigatoriedade na contratação de deficientes pelas empresas com mais de 100 funcionários.

No entanto, é motivo de estudo o Brasil possuir milhões de pessoas com alguma deficiência em idade produtiva de trabalho e, como visto, mais da metade delas estarem desocupadas ou desempregadas. Porém, tais estudos devem envolver não apenas o Direito, havendo necessidade de uma abordagem multidisciplinar e molar, examinando não apenas o papel do Estado, mas de toda a coletividade. Deve envolver outras ciências e mapear os motivos da não efetivação dos direitos humanos fundamentais, notadamente o direito ao trabalho.

Isso porque a inserção e a manutenção de pessoas deficientes no contexto do trabalho dependem de três fatores complexos, quais sejam, a capacitação do deficiente, o esclarecimento do empregador para o desenvolvimento de boas práticas corporativas (acerca de direitos, deveres e eventuais preconceitos) e a existência de políticas públicas.

A capacitação do deficiente diz respeito à falta de condições de estudo e qualificação, ou seja, à efetivação do direito à educação, também elevado à categoria de direito humano fundamental. Conforme acrescentam Ednéia Ramalho Cristina e João Batista Souza Resende:

[...] estimativas do executivo, menos de 2% dos deficientes físicos no país tem segundo grau completo. Dificuldades como a falta de transporte adaptado nas grandes cidades acaba interferindo na vida escolar do deficiente físico e atrapalha, posteriormente, na hora de conseguir um emprego.<sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> RAMALHO CRISTINA, Ednéia; SOUZA RESENDE, João Batista. Dificuldades da inclusão do deficiente físico no mercado de trabalho. *Revista Científica Eletrônica de Administração*, Garça, ano V, n. 9, p. 5, dez. 2005. Disponível em: <[http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/msnp3KrdnoUlhbw\\_2013-4-26-12-19-25.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/msnp3KrdnoUlhbw_2013-4-26-12-19-25.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

Observa-se, portanto, que a dificuldade de inclusão vai além da problemática envolvendo a falta de oportunidade ou discriminação do deficiente como empregado.

O processo de deslocamento para se chegar ao local de trabalho em razão de barreiras arquitetônicas presentes nas cidades e os meios de transporte público que, na maioria das frotas, não recebem as adequações necessárias para garantir a acessibilidade das pessoas deficientes<sup>22</sup> são exemplos importantes da dificuldade de efetivação do direito ao trabalho às pessoas deficientes. Quanto a isto, de acordo com David Sánchez Rubio, não há nada mais cínico do que a humanidade ser vista e caminhar na busca pela efetividade de seus direitos à dignidade, por exemplo, sob a perspectiva de, tão-somente, uma parcela que a integra, ou seja, a do homem heterossexual, macho, branco e bem-sucedido economicamente e, acrescente-se, dentro dos padrões da normalidade física.<sup>23</sup> Agindo assim, o que deveria ser reconhecido como direito de todos, acaba se convertendo em privilégio de poucos.

Diante desse exemplo, verifica-se a necessidade de que as políticas públicas concernentes à efetivação do direito ao trabalho também considerem a necessidade de efetivação de outros direitos humanos intrinsecamente relacionados ao labor. Nesse sentido, de acordo com Melissa Campello Guedes dos Anjos e outros, uma sociedade inclusiva, na qual pessoas deficientes e não deficientes tenham igualdade de oportunidades, deve primar pela educação, saúde, mobilidade, entre outros, sem os quais não há como se falar em oportunidade de trabalho.<sup>24</sup>

No tocante ao desenvolvimento de boas práticas corporativas pelo empregador, a admissão de pessoas deficientes visando apenas ao afastamento das penalidades impostas pela legislação ainda é situação frequente; em outros casos, empregadores optam pelo pagamento das penalidades legais, porque a adequação espacial do estabelecimento de trabalho comporta custo mais elevado do que a multa arbitrada pela autoridade fiscalizatória,<sup>25</sup> como também afirma Aymina Nathana Brandão Madeiro:

---

<sup>22</sup> ANJOS, Melissa Campello Guedes dos; BEZERRA, Schamkypou Bernardo; FARIAS, Athena de Albuquerque; MARINHO, Gisanne de Oliveira; BARRETO, Julyanne de Oliveira Paes. A pessoa com deficiência no mercado de trabalho e suas implicações. *Id on Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia*, ano 10, n. 29, p. 51-70, fev. 2016.

<sup>23</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Revista Campo Jurídico*. Barreiras, v. 3, n. 1, mayo 2015.

<sup>24</sup> ANJOS, Melissa Campello Guedes dos; BEZERRA, Schamkypou Bernardo; FARIAS, Athena de Albuquerque; MARINHO, Gisanne de Oliveira; BARRETO, Julyanne de Oliveira Paes. A pessoa com deficiência no mercado de trabalho e suas implicações. *Id on Line – Revista Multidisciplinar e de Psicologia*, ano 10, n. 29, p. 51-70, fev. 2016.

<sup>25</sup> ANJOS, Melissa Campello Guedes dos; BEZERRA, Schamkypou Bernardo; FARIAS, Athena de Albuquerque; MARINHO, Gisanne de Oliveira; BARRETO, Julyanne de Oliveira Paes. A pessoa com deficiência no mercado de trabalho e suas implicações. *Id on Line Revista Multidisciplinar e de Psicologia*, ano 10, n. 29, p. 51-70, fev. 2016.

Em relação ao alto custo que a contratação de portadores de deficiência gera para o empregador, é válido mencionar que várias empresas preferem arcar com as multas aplicadas, a adaptarem-se às regras para a contratação dessa parcela significativa da sociedade, pois segundo alguns empresários simplesmente pagar a multa além de sair mais em conta gera menos transtorno.<sup>26</sup>

Não bastasse, em relação às práticas de Recursos Humanos, Maria Nivalda de Carvalho-Freitas evidencia a necessidade de empregadores definirem estratégias de treinamento visando às necessidades dos trabalhadores deficientes, bem como garantirem igualdade de oportunidades nos processos de ingresso, promoção e transferência das pessoas com deficiência.<sup>27</sup>

Afora esses fatores, soma-se o aspecto salarial; não o dever de pagamento de igual salário a trabalhadores deficientes e não deficientes que desempenham a mesma função, cuja garantia decorre da previsão contida no artigo 461 da Consolidação das Leis do Trabalho; mas, sim, igualdade de oportunidades de ascensão profissional que, por corolário, implica em incremento salarial. Nessa senda, em investigação realizada em uma grande empresa brasileira que possui mais de 1.000 empregados deficientes, Maria Nivalda de Carvalho-Freitas verificou a deficiência como causa de impedimento ao desempenho e às possibilidades de crescimento profissional naquele contexto.<sup>28</sup>

Observa-se, portanto, que a dificuldade de inclusão também contempla a falta de oportunidade ou a discriminação do deficiente como empregado, em decorrência do despreparo do empregador e de seus representantes na estrutura organizacional.

Esse cenário, analisado pela perspectiva labor-ambiental desenvolvida por Victor Hugo de Almeida,<sup>29</sup> evidencia que a efetivação do direito ao trabalho não esbarra apenas em aspectos físicos do meio ambiente do trabalho, mas, princi-

---

<sup>26</sup> MADEIRO, Aymina Nathana Brandão. A inclusão do deficiente no mercado de trabalho de acordo com o artigo 93 da Lei n. 8.213/91. *Boletim Jurídico*, Uberaba, p. 5, n. 1.131. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3197>>. Acesso em: 20/08/2016.

<sup>27</sup> CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de. Inserção e gestão do trabalho de pessoas com deficiência: um estudo de caso. *RAC*, Curitiba, v. 13, Edição Especial, art. 8, p. 121-138, jun. 2009.

<sup>28</sup> CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de. Inserção e gestão do trabalho de pessoas com deficiência: um estudo de caso. *RAC*.

<sup>29</sup> De acordo com Victor Hugo de Almeida, o meio ambiente do trabalho é constituído tanto por aspectos ambientais (ou físicos) – geográficos, arquiteturais-tecnológicos, organizacionais e culturais; como por aspectos pessoais dos trabalhadores – biogenéticos (por exemplo, a deficiência), comportamentais e psicológicos. Logo, o equilíbrio labor-ambiental é dependente do equilíbrio desses aspectos constituintes do meio ambiente do trabalho. ALMEIDA, Victor Hugo de. *Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador*. 2013. 241f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

palmente, em aspectos comportamentais e organizacionais constituintes do *locus* laboral.<sup>30</sup>

Ademais, o problema da efetivação do direito humano ao trabalho das pessoas com deficiências não é apenas do Estado. Conforme afirma David Sánchez Rubio:<sup>31</sup>

Algunas de las razones de la consolidación de la separación y el abismo que existe entre la teoría y la práctica de los mismos (derechos humanos) se deben a ese modo de concebirlos, que, además, provoca una cultura jurídica social y popular minimalista, acomodaticia, pasiva, indolente, dormida y anestesiada.<sup>32</sup>

Logo, conforme apontado por David Sánchez Rubio, a sociedade espera passivamente do Estado, seja por meio de leis ou mesmo de políticas públicas, a solução de seus problemas; espera que a burocracia crie formas de efetivação de direitos fundamentais, esquecendo-se que a luta social também é uma forma de efetivação de tais direitos e não apenas o assistencialismo estatal. Por isso, assevera Maria Hemília Fonseca:

A exigência de um direito a trabalhar, além do simples objetivo da sobrevivência física, vincula-se à ideia de dignidade humana e, consequentemente, à valoração do trabalho como forma de realização pessoal.<sup>33</sup>

Indubitavelmente, a transferência de poder do povo ao Estado de Direito, decorrente das revoluções burguesas, foi importante para que, com seu aparato burocrático, pudesse garantir a efetivação dos direitos ditos humanos e pudesse acabar com a maldade e perversidade humanas.<sup>34</sup> No entanto, David Sánchez Rubio chama à atenção o que ele sustenta ser “el paradigma simplificado de derechos humanos”:<sup>35</sup>

<sup>30</sup> ALMEIDA, Victor Hugo de. *Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador*.

<sup>31</sup> RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada*, p. 182.

<sup>32</sup> “Algunas das razões da consolidação da separação e o abismo que existe entre a teoria e a prática dos mesmos (direitos humanos) se devem a esse modo de concebê-los, o que também provoca uma cultura jurídica minimalista social e popular, acomodaticia, passiva, indolente, dormindo e anestesiada”.

<sup>33</sup> FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2009, p. 98.

<sup>34</sup> RUBIO, David Sánchez. *Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada*, p. 182.

<sup>35</sup> RUBIO, David Sánchez. *Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. Derechos y libertades*. Madrid, n. 33, época II, p. 99-134, jun. 2015, p. 104.

Generalmente, cuando se habla de derechos humanos se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales.<sup>36</sup>

Porém, o mesmo autor cita Helio Gallardo, esclarecendo a necessidade de não pensar os direitos humanos baseados em normas jurídicas, instituições estatais e em certos valores que lhes dão fundamento, mas, também, nas lutas sociais, a reflexão filosófica, o reconhecimento jurídico-positivo e institucional, a eficácia e a efetividade jurídica que guardam relação com o sistema de garantias e a sensibilidade sociocultural e popular.<sup>37</sup>

Certo é que o modelo de produção capitalista é uma realidade inescusável. O mundo globalizado pode até ser visto como uma verdadeira oportunidade, chegando mesmo a oferecer uma maior oferta de emprego. Todavia, conforme ressalta Victor Hugo de Almeida, “deve o empregador, como beneficiário direto da exploração da atividade econômica, não apenas gerar mais e sim melhores empregos, contribuindo para a efetivação do direito ao trabalho, como um direito econômico-social fundamental”.<sup>38</sup> Isso porque há expectativa da sociedade de que aquele que se propuser a explorar qualquer modalidade de atividade empresarial o fará com estrita observância da legislação pátria e, por corolário, dos direitos humanos consagrados na Constituição Federal de 1988.

Em suma, conclui-se, portanto, que a efetividade do direito fundamental ao trabalho das pessoas deficientes não está apenas nas mãos do Estado e de suas instituições. O problema não seria apenas a falta de sensibilidade do empregador ao não tornar o meio ambiente de trabalho dessas pessoas devidamente adaptado, como preceitua o “Estatuto da Pessoa com Deficiência” ou mesmo oferecer melhores empregos às pessoas com deficiência. Como salienta David Sánchez Rubio, isso seria apenas a ponta de um *iceberg*,<sup>39</sup> pois há a necessidade de se pensar nesse direito como um todo, não apenas no que aparenta ser o problema.

---

<sup>36</sup> “Generalmente, cuando hablamos de derechos humanos costumamos ter una idea de ellos basada en las normas legales, en las instituciones encabezadas por el Estado y en ciertos valores que les dan fundamento (tales como la dignidad, la libertad, la igualdad y la solidaridad) y que están basados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales”.

<sup>37</sup> RUBIO, David Sánchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos.

<sup>38</sup> ALMEIDA, Victor Hugo de. *Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador*, p. 122.

<sup>39</sup> RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito ao trabalho é visto, indubitavelmente, como um direito humano e, na medida em que passou a ser positivado pelas Cartas Constitucionais, tornou-se um direito fundamental, notadamente como forma de garantir a cidadania do homem como também a sua dignidade, pilares constitucionais da República brasileira.

Embora nas sociedades do passado, notadamente as clássicas, aos deficientes era dispensado um tratamento desumano, chegando o seu descarte ser até mesmo institucionalizado, ou mesmo a eles ser dispensado um tratamento de mera misericórdia ou assistencialismo, surgiu, com o decorrer do tempo, a preocupação na sua inserção no meio produtivo, principalmente com o fim do feudalismo, em que a sociedade passava a reverenciar o comércio como forma de produção de riqueza.

No entanto, embora às pessoas deficientes fora estendido o direito fundamental ao trabalho como meio de efetivação de sua cidadania e dignidade, a efetivação desse direito até os dias atuais está distante do ideal previsto na Constituição Federal de 1988 e nas Convenções Internacionais das quais o Brasil é signatário e que prezam pela igualdade de condições e oportunidades entre as pessoas.

Mesmo vigente a Lei de Cotas e o Estatuto do Deficiente, este que regulamenta a igualdade de condições das pessoas deficientes no mercado de trabalho, como também obriga a acessibilidade e a adaptação do meio ambiente laboral a essas pessoas, de acordo com o censo do IBGE de 2010, mais da metade dos brasileiros deficientes em idade produtiva estão alheios à cadeia produtiva nacional.

Embora o direito ao trabalho das pessoas deficientes seja considerado um direito humano, até como forma de garantia dos demais, o problema real de sua efetivação não deve ser apenas do Estado e de suas instituições, mas de todos os atores sociais.

Inaceitável a sociedade, de forma passiva, calada e pávida, assistir à subtração de direitos humanos fundamentais das pessoas deficientes e à não efetivação de seu direito ao trabalho digno sem entender que quem perde é toda a coletividade, já que tais pessoas poderiam estar inseridas na cadeia produtiva e produzindo riqueza à nação.

São necessárias políticas públicas estatais, pautadas em ações afirmativas, como também ações da própria sociedade, que devem exigir do Estado e também do setor privado a garantia e efetivação dos direitos da pessoa deficiente ao pleno exercício do trabalho, notadamente no que tange a acessibilidade e a adequação do meio laboral como um todo.

Não importa o Estatuto do Deficiente prever a obrigatoriedade em oferecer ambiente acessível e inclusivo dessas pessoas deficientes como forma de garantia do exercício do seu direito fundamental ao trabalho se essas pessoas não conseguem

ter acesso a esses ambientes plenamente adaptados, seja, por meio do transporte público não adaptado ou seja pela via pública não sinalizada; ou se essas pessoas, após contratadas, não alcançam igual oportunidade de ascensão profissional e, por corolário, crescimento salarial.

Assim, a efetivação do direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência como forma de garantia de sua dignidade e cidadania é uma luta constante, que depende de toda a sociedade, não apenas do Estado e de suas instituições públicas. Não depende apenas de leis inclusivas, mas também de políticas públicas, notadamente as ações afirmativas, pelas quais deverão ser tratados desigualmente os desiguais na exata medida de suas desigualdades.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor Hugo de. *Consumo e trabalho: impactos no meio ambiente do trabalho e na saúde do trabalhador*. 2013. 241f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ANJOS, Melissa Campello Guedes dos; BEZERRA, Schamkypou Bernardo; FARIAS, Athena de Albuquerque; MARINHO, Gisanne de Oliveira; BARRETO, Julyanne de Oliveira Paes. A pessoa com deficiência no mercado de trabalho e suas implicações. *Id on Line – Revista Multidisciplinar e de Psicologia*, ano 10, n. 29, p. 51-70, fev. 2016.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *Direito constitucional: princípio da isonomia e a constatação da discriminação positiva*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 8. ed. Rio de Janeiro: Camou, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional: a importância de princípio da igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2001.

CARVALHO-FREITAS, Maria Nivalda de. Inserção e gestão do trabalho de pessoas com deficiência: um estudo de caso. *RAC*. Curitiba, v. 13, edição especial, art. 8, p. 121-138, jun. 2009.

CÍCERO, Marco Túlio. *Das leis*. Tradução de Otávio T. de Brito. São Paulo: Cultrix, 1967.

ECO, Humberto. *Como se faz uma tese*. Tradução de Gilson Cesar Cardoso de Souza. 23. ed. São Paulo: Perspectiva, 2010.

FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental*. São Paulo: LTr, 2009.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. *O trabalho protegido do portador de deficiência*. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. Campinas, maio 2010. Disponível em: <<http://www.pgt.mpt.gov.br/publicacoes/pub60.html>>. Acesso em: 10/08/2016.

GIL, Antonio Carlos. *Métodos e técnicas de pesquisa social*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

IBGE. Censo Demográfico 2010: Características gerais da população, religião e pessoas com deficiência. Brasília, 2010. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo\\_Demografico\\_2010/Caracteristicas\\_Gerais\\_Religiao\\_Deficiencia/tab1\\_3.pdf](ftp://ftp.ibge.gov.br/Censos/Censo_Demografico_2010/Caracteristicas_Gerais_Religiao_Deficiencia/tab1_3.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado: igualdade formal e material*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MADEIRO, Aymina Nathana Brandão. A inclusão do deficiente no mercado de trabalho de acordo com o artigo 93 da Lei n. 8.213/91. *Boletim Jurídico*. Uberaba, p. 5, n. 1131. Disponível em: <<http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=3197>>. Acesso em: 20/08/2016.

MEIRA, Sílvio A. B. *A Lei das XII Tábuas: fonte do Direito Público e Privado*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Rio, 1972.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional: princípio da igualdade e a extinção de discriminações absurdas*. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral*. 10. ed. São Paulo, Atlas, 2013.

ONU. *A ONU e as pessoas com deficiência*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/pessoas-com-deficiencia/>>. Acesso em: 20/08/2016.

PESSOA, Flávia Moreira Guimarães; ANDRADE, Layanna Maria Santiago. O direito fundamental ao trabalho das pessoas com deficiência: diretrizes para a efetivação do sistema de cotas. *Quaestio Iuris*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 3, p. 1.700-1.736, 2016.

RAMALHO CRISTINA, Ednéia; SOUZA RESENDE, João Batista. Dificuldades da inclusão do deficiente físico no mercado de trabalho. *Revista Científica Eletrônica de Administração*, Garça, ano V, n. 9, dez. 2005. Disponível em: <[http://faef.revista.inf.br/imagens\\_arquivos/arquivos\\_destaque/msnp3KrdnoUlhw\\_2013-4-26-12-19-25.pdf](http://faef.revista.inf.br/imagens_arquivos/arquivos_destaque/msnp3KrdnoUlhw_2013-4-26-12-19-25.pdf)>. Acesso em: 20/08/2016.

RUBIO, David Sánchez. Crítica a una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. *Derechos y libertades*. Madrid, n. 33, época II, p. 99-134, jun. 2015.

RUBIO, David Sánchez. Derechos humanos, no colonialidad y otras luchas por la dignidad: una mirada parcial y situada. *Revista Campo Jurídico*. Barreiras, v. 3, n. 1, mayo 2015.

SAINT-JEAN, M. Organização do trabalho e saúde mental. *Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo*, v. 14, n. 3, p. 48-51, 2003.

TOLDRÁ, Rosé Colom; DE MARQUE, Cecília Berni; BRUNELLO, Maria Inês Britto. Desafios para a inclusão no mercado de trabalho de pessoas com deficiência intelectual: experiências em construção. *Rev. Ter. Ocup. Univ. São Paulo*, v. 21, n. 2, p. 158-165, maio/ago. 2010.

Data de recebimento: 29/08/2016

Data de aprovação: 20/02/2017



# A EXPLORAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA ANÁLOGA À DE ESCRAVO NA AGROINDÚSTRIA SUCROENERGÉTICA GOIANA E SEUS REFLEXOS NO DESENVOLVIMENTO TERRITORIAL SUSTENTÁVEL

## EXPLOITATION OF HAND WORKFORCE ANALOG TO SLAVE IN AGRIBUSINESS SUGARCANE GOIANA AND THEIR REFLECTIONS ON SUSTAINABLE DEVELOPMENT TERRITORIAL

*Loyanne Verdussen de Almeida Firmino Calafiori\**

### RESUMO

A proibição jurídica da escravidão, com o advento da Lei n. 3.353 (Lei Áurea), não foi suficiente para impedir a exploração do trabalho análogo ao de escravo, consubstanciado em uma mazela que insiste em assolar, até hoje, os trabalhadores rurais brasileiros, sobretudo, no agronegócio sucroenergético, negando as condições mínimas de sobrevivência do trabalhador, mesmo diante de toda a evolução do ordenamento jurídico de proteção do trabalho e da dignidade da pessoa humana. Essa exploração de mão-de-obra em condições análogas às de escravidão aufere espaço relevante no agronegócio da cana-de-açúcar no Estado de Goiás, uma vez que o Estado já é considerado o segundo maior produtor sucroenergético do país. Entretanto, o progresso econômico trazido pela exploração da cana-de-açúcar, com lucros aviltantes todos os anos, se sustenta na negação de direitos trabalhistas mínimos aos cortadores de cana, propiciando-lhes condições degradantes de trabalho e de vivência.

---

\* Doutoranda em Direito Público – Estado Social, Constituição e Pobreza, pela Universidade de Coimbra (Portugal). Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento, pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Pós-Graduada em Direito Civil pela Universidade Federal de Goiás. Pós-Graduada em Direito Material e Processual do Trabalho pela Universidade Cândido Mendes. Pós-Graduada em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Escrivã de Família, Sucessões, da Infância, da Juventude e Cível, do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás. loyanneverdussen@hotmail.com.

**Palavras-chave:** Trabalho análogo ao de escravo rural; Agronegócio, Cana-de-açúcar; Desenvolvimento territorial; Sustentabilidade.

#### ABSTRACT

The legal prohibition of slavery, with the enactment of Law n. 3.353 (Golden Law), was not enough to prevent the exploitation of labor analogous to slavery, embodied in a illness that insists ravage, to date, the Brazilian rural workers, especially, the sugarcane agribusiness, denying the minimum conditions of the worker's survival even before the whole evolution of the legal system of labor protection and human dignity. This exploitation of labor-work in conditions similar to slavery shall receive relevant space in agribusiness of sugarcane in the State of Goiás, since the state is already the second largest sugar and ethanol producer in the country. However, economic progress brought by the exploitation of sugarcane, with debasing profits every year, is based on the denial of minimum labor rights to cane cutters, allowing them degrading conditions of work and experience.

**Keywords:** Labor analogous to rural slave; Agribusiness; Cane sugar; Territorial Development; Sustainability.

## INTRODUÇÃO

Ao longo de milhares de anos na história o direito do trabalho nasceu e gradativamente foi se aperfeiçoando pela luta árdua de muitos trabalhadores em busca de melhores condições de trabalho e de vivência. Essas são as chamadas fontes materiais do direito do trabalho e representam um momento pré-jurídico.

A pressão exercida pelos operários em face do Estado em busca de melhores e novas condições de trabalho fez surgir a tutela constitucional do trabalho e o próprio direito do trabalho, repleto de princípios que operam a proteção do obreiro e garantem a dignidade do trabalhador como pessoa humana.

Contudo, após a classe operária conseguir, finalmente, gozar dos direitos mínimos estampados na legislação laboral vigente, nos deparamos com a existência do trabalho análogo à condição de escravo, sobretudo na agroindústria sucroenergética, sendo esta uma prática supressora da dignidade da pessoa humana, rompendo com anos de luta operária e “rasgando” as leis e todo o ordenamento jurídico pátrio conquistado com muito esforço pelos trabalhadores.

É imprescindível destacar que o Direito do Trabalho tem sido, ao longo da história, forte aliado desses obreiros que têm sua mão-de-obra escravizada na luta por condições de vida e de trabalho mais dignas, tendo esse tema auferido aos poucos a devida importância e reconhecimento que representa na busca contínua pela concretização dos princípios constitucionais concernentes à dignidade da pessoa humana e dos direitos sociais, dentre os quais se insere o direito laboral.

A história aponta no sentido de que os trabalhadores do campo sempre foram mais explorados e sacrificados em relação aos trabalhadores urbanos, tanto que desde a Lei Áurea (1888) há registro de pouca norma de proteção ao trabalhador rural.

O trabalho escravo rural ou análogo à condição de escravo nega as condições mínimas de sobrevivência do trabalhador, tornando-se esta situação ainda mais alarmante pelo fato de se tratar, na grande maioria das vezes, de pessoas desprovidas de conhecimento de seus direitos ou impossibilitadas de clamar por ajuda e por respeito à sua dignidade, vez que se encontram distantes do meio urbano e, dessa maneira, seus “gritos” acabam não sendo ouvidos.

O presente trabalho analisa o trabalho análogo ao de escravo sob a perspectiva da agroindústria sucroenergética no Estado de Goiás e sua possível consequência no enquadramento dos trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos, bem como seus reflexos no desenvolvimento territorial sustentável.

Ainda, imprescindível elucidar que o trabalho análogo ao de escravo rural é caracterizado por condições subumanas de trabalho e de vivência, sem a observância das normas de proteção do trabalho; com a submissão do obreiro a jornadas exaustivas; com a cobrança pelos instrumentos de trabalho e pelos equipamentos de proteção individual utilizados; com alimentação bastante deficitária; inexistência de água pura para beber e cozer os alimentos (sendo que a mesma água a qual os trabalhadores usam para o consumo e para o banho, é utilizada pelos animais); com alojamentos precários (geralmente feitos de lonas, sob as quais os obreiros adquirem doenças graves) e, sobretudo, destaca-se que nesse tipo de trabalho os obreiros são submetidos a tratamento cruéis, desumanos e supressores da dignidade da pessoa humana, recebendo, muitas vezes, tratamento até mesmo pior do que os animais, sempre bem alimentados e vacinados, e que a terra, sempre cercada e bem vigiada.

É luzente, portanto, que o trabalho análogo ao de escravo rural fere o princípio da dignidade da pessoa humana agasalhado no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal de 1988, sendo este o vértice orientador e fonte nascedoura de todo o nosso ordenamento jurídico pátrio. Isso porque essa é uma mazela aviltante à condição humana do trabalhador, mas que anda persiste em nossa contemporaneidade por gerar para a indústria sucroenergética bastante lucro, vez que o custo com a mão-de-obra análoga à de escravo se torna mínimo pela negação dos direitos trabalhistas desses obreiros.

É sobejamente importante destacar a grande preocupação do legislador em garantir a dignidade da pessoa humana e o princípio da função social da terra sob todos os aspectos, inclusive sobrepondo-a ao próprio direito de propriedade privada.

Desta feita, vislumbra-se que entre o disposto na legislação pátria e a realidade dos trabalhadores nos canaviais goianos há notória contradição, motivo

pelo qual a problemática dessa pesquisa concentra-se na hipótese de uma expansão da agroindústria sucroenergética goiana, erigida a segunda maior produtora do país, estar diretamente ligada ao aumento do número de trabalhadores em condição análoga à de escravos, bem como seus reflexos no desenvolvimento territorial goiano.

Ademais, apresentam-se as hipóteses de que a segurança alimentar desses trabalhadores esteja em risco e de que haja carência de políticas públicas que apresentem mecanismos de sustentabilidade do setor no sentido de propiciar uma coexistência harmônica da exploração canavieira, do respeito à dignidade do trabalhador rural e, conseqüentemente, do cumprimento da função social da terra.

## O AGRONEGÓCIO SUCROENERGÉTICO NO ESTADO DE GOIÁS

O agronegócio é hoje um dos pilares da economia brasileira e responde por um em cada três reais gerados no país, sendo responsável por 33% do Produto Interno Bruto (PIB), 42% das exportações totais, 37% dos empregos brasileiros<sup>1</sup> e destaca o Brasil como um dos líderes mundiais na produção da cana-de-açúcar e exportação de açúcar e álcool, principalmente o combustível (30,1% do total mundial).<sup>2</sup> Ademais, o agronegócio brasileiro emprega atualmente 17,7 milhões de trabalhadores somente no campo e o bom desempenho das exportações do setor gera oferta crescente de empregos.<sup>3</sup>

Com esses expressivos resultados, nos últimos anos o Brasil se tornou o maior produtor mundial de cana-de-açúcar, álcool e açúcar.

Por sua vez, o Estado de Goiás, objeto de estudo do presente trabalho, vem se configurando como grande produtor brasileiro na agroindústria sucroenergética, de modo que a produção da cana-de-açúcar está espalhada por 193 municípios goianos.<sup>4</sup>

Com supedâneo em Veiga Filho,<sup>5</sup> “em pouco mais de uma década, o parque instalado no Estado avançou de 11 para 33 usinas em operação” e mais três usinas

<sup>1</sup> CAMPOS, Cinara Faria Almeida. *O empregado rural à luz da Constituição Federal de 1988*. 2010. 44f. Monografia (Bacharelado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

<sup>2</sup> F. O. Lichts. *Industry Statistics: 2010 World Fuel Ethanol Production*. Renewable Fuels Association. Disponível em: <<http://www.ethanolrfa.org/pages/statistics#E>>. Acesso em: 30/04/2015.

<sup>3</sup> AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: UMA OPORTUNIDADE DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <[www.agricultura.gov.br](http://www.agricultura.gov.br)>. Acesso em: 29/05/2015.

<sup>4</sup> MARQUES, Dinamar Maria Ferreira; SILVA, Tallyta Caroline Martins da; ZOPELAN, André Luiz Miranda Silva; FIGUEIREDO, Reginaldo Santana. *Produção e preço da cana-de-açúcar em Goiás*. Disponível em: <<http://www.seplan.go.gov.br/sepin/pub/conj/conj23/artigo04.pdf>>. Acesso em: 14/06/2015.

<sup>5</sup> VEIGA FILHO, Lauro. A dois passos do futuro: condições para a retomada. *Goiás Industrial*, ano 58, #241, p. 28-37, ago. 2011.

foram inauguradas em 2012. Por último, em 17 de maio de 2013, foi inaugurada a Usina Cambuí Açúcar e Álcool, no município de Santa Helena de Goiás, o que reforça a posição do Estado de Goiás como segundo maior polo nacional produtor de etanol.

Assim, no Estado de Goiás, o agronegócio ocupa posição de destaque no PIB, sendo que o cultivo da cana-de-açúcar está entre as 12 principais culturas do Estado, com produção aproximada de 48 milhões de toneladas na safra 2011/2012 e, semelhante ao ocorrido no Estado de São Paulo anos atrás, Goiás vê seu parque sucroenergético triplicar em pouco mais de dez anos, com investimento aproximado no setor de 15 bilhões de reais entre 2000 e 2010, e investimento de mais R\$ 12 bilhões até o ano de 2015.<sup>6</sup>

Pelo exposto, observa-se a alta relevância econômica e social do nicho em questão para o país e para o Estado de Goiás e, conseqüentemente, é sobejamente importante voltar a atenção para o grande contingente de empregados rurais que lidam diretamente com o corte da cana, atividade ainda hoje feita em sua maioria (por volta de 80% do que é colhido)<sup>7</sup> manualmente, sob as intempéries climáticas e, geralmente, em meio à fuligem proveniente da queima da cana.

Sobre esse assunto, Smeets e Junginger, citados em artigo na Wikipedia,<sup>8</sup> afirmam que os principais problemas sociais referem-se aos cortadores de cana, os quais recebem as menores remunerações do sistema de produção do etanol. Atentam também para o fato de que a colheita manual da cana está associada a difíceis e pobres condições de trabalho, além da alta carga laboral, que passou de uma média de quatro a seis para doze a quinze toneladas diárias por trabalhador no ano de 2007.

A esse respeito, observa-se que a produtividade média diária por trabalhador vem aumentando gradativamente devido ao medo do desemprego ocasionado pela crescente mecanização das lavouras. Essa mecanização também contribuiu para um maior esgotamento físico e mental do trabalhador, uma vez que as lavouras mecanizáveis estão localizadas em terrenos regulares e com a cana em pé, restando para os trabalhadores apenas as áreas irregulares e com canas deitadas, o que lhes expõe a piores condições laborais e à maior ocorrência de acidentes do trabalho.

---

<sup>6</sup> VEIGA FILHO, Lauro. A dois passos do futuro: condições para a retomada.

<sup>7</sup> FERRARI, Debora Belloni. A exploração do trabalhador no setor sucroenergético. *ETIC – Encontro de Iniciação Científica* – ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <<http://inter-temas.unitedledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2313>>. Acesso em: 25/04/2015.

<sup>8</sup> *Ethanol Fuel in Brazil, Social Implications*. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol\\_fuel\\_in\\_Brazil#cite\\_note-SusDutch-80](http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol_fuel_in_Brazil#cite_note-SusDutch-80)>. Acesso em: 25/04/2015.

Nesse sentido, com espeque em Ferrari:<sup>9</sup>

O descumprimento de leis trabalhistas e de acordos e convenções coletivas de trabalho caracterizam as relações de trabalho desse setor. Estudos realizados em usinas mostram precárias condições de trabalho, indicando perdas enormes devido, entre outras práticas, ao rebaixamento da diária, a redução da base salarial convencionada, a elevação da tarefa por meio da classificação irregular da cana, erros ou fraudes na medição e conversão da cana, o não pagamento de verbas salariais, como o repouso semanal remunerado, as férias e o 13º salário.

O descumprimento das normas trabalhistas acima destacado lesa, primeiramente, os direitos chamados de primeira geração, pois fere, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, que segundo o entendimento de Carvalho,<sup>10</sup> significa que o ser humano, diferentemente das coisas, é um ser que merece ser tratado e considerado como um fim em si mesmo, e não para a obtenção de algum resultado, e decorre do fato de que, por ser racional, a pessoa é capaz de viver em condições de autonomia e guiar-se pelo seu livre arbítrio.

Quanto a isso, Frigieri<sup>11</sup> destaca:

As empresas, os meios de produção e todo o engenho voltado ao desenvolvimento de bens e serviços só se justificam se forem respeitados, acima de tudo, os valores humanos do trabalho e, longe de visar apenas ao lucro e ao enriquecimento de um único indivíduo – no caso do empregador- destina-se ao bem estar e ao progresso coletivo.

Em seguida, nota-se, então, afronta aos direitos de segunda dimensão ao desprezar os valores sociais do trabalho, já que, nas palavras de Frigieri,<sup>12</sup> o trabalho figura, indiscutivelmente, como um dos componentes da condição da dignidade humana e é para o bem-estar do ser humano que o trabalho se direciona, devendo garantir seu estado de bem-viver, condignamente, com o respaldo moral de poder assegurar a si e a sua família o sustento, a saúde, o lazer e o progresso material contínuo e crescente.

Na sequência, como não poderia ser diferente, também há desprezo aos direitos de terceira geração, pois o meio ambiente da colheita manual da cana-de-açúcar, em sua maioria, não prima pela proteção da saúde e segurança do

<sup>9</sup> FERRARI, Debora Belloni. A exploração do trabalhador no setor sucroenergético.

<sup>10</sup> CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. 1.352 p., p. 654.

<sup>11</sup> FRIGIERI, Carlos Alberto. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*. São Paulo: LTr, 2009, p. 96.

<sup>12</sup> FRIGIERI, Carlos Alberto. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*, p. 96.

trabalhador, além de se mostrar insustentável em longo prazo, se mantidas as condições atuais. Ademais, monoculturas com produção em larga escala promovem muitas vezes a desestruturação das economias internas, pois pagam baixos salários, criam subempregos e o capital é enviado para fora do país, permanecendo nas mãos de poucos, sem engendrar esforços para fomentar o desenvolvimento sustentável e a função social da terra voltados para o progresso daquela localidade.

Ainda, acrescente-se a questão da boa-fé contratual, que segundo Alice Monteiro de Barros,<sup>13</sup> possui relevância singular quando da celebração contratual. A aludida autora ainda elucida que a relação de emprego gerada pelo contrato é impregnada de uma “dimensão humana” e de um “conteúdo ético” não encontrados em outros tipos de contrato, de maneira que o direito do empregado de não ser discriminado e o direito à dignidade guardam coerência com os valores pessoais e morais, que estão acima dos direitos patrimoniais envolvidos na relação contratual, e finaliza lembrando que a violação à boa-fé pressupõe intenção danosa e consciência do possível dano.

Daí a conotação dinâmica do Direito Agrário mencionada por Benedito Ferreira Marques,<sup>14</sup> no sentido de analisar esses fatos jurídicos emergentes do campo e sob a chancela de seu viés dicotômico, impor a urgência de uma política de desenvolvimento agrícola que proteja o trabalhador rural, de forma que sejam contrabalançados os interesses econômicos e o respeito à dimensão humana, principal elemento da engrenagem do *agribusiness* e, aliás, destinatário de qualquer política desenvolvimentista.

Nesse cenário, é nítida a condição análoga à de escravo em que se encontram muitos dos cortadores de cana, não só em Goiás, mas em todo o Brasil, uma vez que a realidade vivida por esses “invisíveis”, representa um luzente desrespeito às leis trabalhistas e à dignidade da pessoa humana, sendo, portanto, imprescindível que a função social da terra seja cumprida e, para tanto, com supedâneo normativo no artigo 186 da Constituição Federal, imprescindível se torna o respeito às leis trabalhistas e ao bem estar dos trabalhadores rurais.

Nesse sentido, foi aprovada pela Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado Federal a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 57-A do ano de 1999, que oferece nova redação ao artigo 243 da Constituição Federal, pretendendo estabelecer pena de perda de gleba em propriedades nas quais forem constatadas a exploração de trabalho escravo, demonstrando o quanto esse tema investe-se como uma mazela de nossa sociedade.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 189.

<sup>14</sup> MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 3.

<sup>15</sup> *PEC do Trabalho Escravo é aprovada na CCJ*. Disponível em: <<http://amp-go.jusbrasil.com.br/noticias/100585466/pec-do-trabalho-escravo-e-aprovada-na-cj>>. Acesso em: 14/07/2015.

Dentre os motivos esposados pela CCJ para a aprovação da medida ressalta-se o fato de que reduzir alguém à condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou à jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, é crime tipificado no artigo 149 do Código Penal. Além disso, a possibilidade de expropriação das terras utilizadas para a prática do crime de redução à condição análoga a de escravo, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, é medida justa, adequada e necessária com escopo de inviabilizar economicamente a exploração dessa mão-de-obra em condições análogas às de escravo rural, uma vez que são justamente os altos lucros obtidos com essa exploração de mão-de-obra que fomentam sua existência no seio de nossa sociedade em pleno século XXI.

Isso porque, conforme Garcia<sup>16</sup> traz à baila, “os ideais de lucro e de enriquecimento econômico não podem ter conotação que afaste a necessária defesa da segurança, da saúde e da própria dignidade da pessoa humana nas relações de trabalho”.

Faz-se imperioso, portanto, combater o trabalho em condições análogas às de escravidão no Brasil, a qual “outrora ligada à cor, atualmente é ligada à pobreza e desemprego”.<sup>17</sup>

## **TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO NA AGROINDÚSTRIA SUCROENERGÉTICA GOIANA**

O intervencionismo básico do Estado, ao estabelecer normas imperativas de observância obrigatória nos pactos laborais, nasceu em função do empregado ser o sujeito hipossuficiente na relação jurídica de emprego.<sup>18</sup>

Com efeito, por mais que a escravidão contemporânea seja diferente daquela existente no passado, notoriamente por não ser mais permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, como era antes, houve o abandono dos grilhões e das correntes, mas, no entanto, continua a existir o exercício do direito de propriedade do empregador obre a pessoa do obreiro reduzido a condições análogas às de escravo.

Insta consignar que as práticas atuais também ferem a dignidade da pessoa humana constitucionalmente protegida, uma vez que a escravidão pressupõe o

---

<sup>16</sup> GARCIA, Gustavo Filipe. Relações de trabalho no setor canavieiro na era do etanol e da bioenergia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 30, 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18521/Rela%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_Trabalho\\_no\\_Setor\\_Canavieiro.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18521/Rela%C3%A7%C3%B5es_de_Trabalho_no_Setor_Canavieiro.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 24/04/2015.

<sup>17</sup> FREIRE, Antônio Rodrigo Cândido. *A função social da propriedade agrária como fator de desenvolvimento nacional*, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6416](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6416)>. Acesso em: 07/05/2015.

<sup>18</sup> SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010, p. 32.



exercício da posse de fato injusta e ilegal sobre a pessoa do trabalhador rural, equiparando-o a um objeto.

É cediço que a escravidão contemporânea é mais cruel do que aquela existente no passado, que se dava em razão da cor da pele do negro, uma vez que antes o escravo era tido como propriedade de seu “dono”, tanto que a riqueza e poderio de um homem eram medidos pelo número de escravos que esse detinha, razão pela qual a manutenção da vida e da saúde do obreiro submetido a condições análogas às de escravo representavam fatores que preocupavam seus “donos”, pois os senhorios investiam alto na compra de mão-de-obra escrava.<sup>19</sup>

Atualmente, porém, o trabalhador, reduzido à condição análoga à de escravo, é um objeto descartável para seu empregador, sendo literalmente “jogado fora” quando adoece ou sofre algum acidente do trabalho, como um objeto que não possui mais utilidade, vez que é dispensado sem receber nenhum direito, ficando à mercê de toda sorte de precariedades.

Assim, o obreiro submetido a condições análogas à de escravo representa menor valor que o gado, que é sempre bem alimentado, vacinado, bem tratado, e tem menos valor que a terra, sempre protegida, cercada e vigiada.<sup>20</sup>

O berço nascedouro dessa mazela que insiste em assolar nossa sociedade até os dias de hoje, é o fato de que os altíssimos lucros obtidos com a exploração da atividade sucroenergética ocorrem pela negação dos direitos mínimos dos trabalhadores rurais que cortam e colhem a cana-de-açúcar, agroindústria esta que move um mercado milionário todos os anos, sendo um dos pilares da balança comercial e de geração de renda para o Brasil e para o Estado de Goiás,<sup>21</sup> sendo o maior produtor de cana-de-açúcar e de açúcar do mundo, e o principal país a implantar, em larga escala, um combustível renovável alternativo ao petróleo,<sup>22</sup> responsável pela expansão verificada para o setor devido à acentuada venda dos carros *Flex fuel*. No entanto, ao nos contentarmos com o progresso econômico nos esquecemos de oferecer a devida atenção ao fato de que esse crescimento se debruça sob a negativa de condições de trabalho dignas aos trabalhadores que movem as usinas de cana-de-açúcar.

Segundo Veiga Filho,<sup>23</sup> a canavicultura está entre as 12 principais plantações em Goiás, com aumento crescente de seu parque agroindustrial. Entretanto,

---

<sup>19</sup> CORREA, Melina. Trabalho escravo em pleno século XXI. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Belo Horizonte, ano XI, n. 70, 2008, p. 141.

<sup>20</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*. Goiânia, 2009, p. 13.

<sup>21</sup> CAMPOS, Cinara Faria Almeida. *O empregado rural à luz da Constituição Federal de 1988*.

<sup>22</sup> FERRARI, Debora Belloni. A exploração do trabalhador no setor sucroenergético.

<sup>23</sup> VEIGA FILHO, Lauro. A dois passos do futuro. Condições para a retomada.

Ferrari,<sup>24</sup> observa que uma das maiores empresas do ramo sucroenergético é a Cosan, presente na lista negra do Ministério Público do Trabalho como uma das maiores exploradoras da mão-de-obra nessa atividade, de onde se infere que uma das principais consequências da expansão desse setor é a exploração dos trabalhadores rurais e seu enquadramento à condição análoga à de escravo, prevista no artigo 149 do Código Penal brasileiro.

A aceitação desse trabalho degradante pelos trabalhadores rurais decorre de vários fatores, sobretudo pela abundante disponibilidade de mão-de-obra barata e desqualificada e pela insegurança alimentar à qual estão submetidos a maioria dos trabalhadores rurais ligados ao corte da cana. Ainda, a crescente mecanização do setor acarreta também um maior desgaste físico e psicológico desses trabalhadores, que se veem forçados a aumentar a produtividade e, por isso, se submetem a jornadas excessivas de trabalho, a transportes irregulares, a alojamentos inadequados para a habitação humana digna, ao meio ambiente de trabalho precário e insalubre, com poeira e fuligem, a altas temperaturas no local de trabalho, risco de acidente por animais peçonhentos e por fadiga, sendo importante mencionar que esses obreiros migram principalmente das regiões mais pobres do Brasil, como Norte e Nordeste, permanecendo longe dos familiares e de seu círculo de convivência, conforme relatos de Vian,<sup>25</sup> Garcia,<sup>26</sup> e Smeets e Junginger,<sup>27</sup> dentre outros.

Nessa esteira, vislumbra-se que o desrespeito às leis trabalhistas fere, em primeiro lugar, a dignidade desses trabalhadores, princípio vértice orientador de nosso ordenamento jurídico, explícito no artigo 1º, III, da Constituição Federal, além de ferir o disposto nos artigos 6º e 7º da mesma Carta Magna, que tratam sobre os direitos sociais garantidos a todo trabalhador. Outrossim, é luzente o descumprimento do disposto nos artigos 5º, XXIII; 186 e 170, todos da Constituição Federal e que versam sobre a função social da terra, nitidamente descumprida, pois nem a legislação trabalhista e nem o bem-estar dos trabalhadores foram respeitados, o que dá margem, inclusive, à desapropriação que, segundo Freire,<sup>28</sup> é um importante instrumento de combate ao uso indevido da terra, advertindo

---

<sup>24</sup> FERRARI, Debora Belloni. A exploração do trabalhador no setor sucroenergético.

<sup>25</sup> VIAN, Carlos Eduardo de Freitas; LIMA, Roberto Arruda de Souza; FERREIRA FILHO; Joaquim Bento S. Estudo de impacto econômico (EIS) para o complexo agroindustrial canavieiro paulista: desafios e agenda de pesquisa. *Rev. de Economia Agrícola*. São Paulo, v. 54, n. 2, p. 5-26, jul./dez. 2007.

<sup>26</sup> GARCIA, Gustavo Filipe. Relações de trabalho no setor canavieiro na era do etanol e da bioenergia.

<sup>27</sup> Ethanol fuel in Brazil, social implications. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol\\_fuel\\_in\\_Brazil#cite\\_note-SusDutch-80](http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol_fuel_in_Brazil#cite_note-SusDutch-80)>. Acesso em: 25/04/2015.

<sup>28</sup> FREIRE, Antônio Rodrigo Cândido. *A função social da propriedade agrária como fator de desenvolvimento nacional*.

que esta deve cumprir com seu papel social e aquele que a detém deve produzir sobre ela o necessário para a subsistência e segurança alimentar de toda a sociedade, prevalecendo o interesse coletivo em detrimento dos interesses individuais.

Para Vian,<sup>29</sup> a competitividade das empresas sucroenergéticas deve se basear em fatores como o respeito ao meio ambiente, às leis do trabalho e a nova legislação ambiental, sendo que a observância às regras trabalhistas deve ser fonte importante de diferenciação dos produtos e acesso a mercados segmentados de alta renda que dão ênfase à qualidade destes e atenta para a necessidade de formulação de políticas públicas que fomentem melhores condições de trabalho aos obreiros que laboram na agroindústria sucroenergética.

### **CARACTERIZAÇÃO DO LABOR EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS ÀS DE ESCRAVO**

Para os empregadores que contraem mão-de-obra análoga à de escravo rural seu custo é muito baixo, não tendo o empregador quase nenhum gasto com o obreiro, o que torna demasiadamente alto os lucros decorrentes da exploração desse tipo de mão-de-obra, sobretudo, em virtude de que o empregado custeia seu sustento fazendo gastos dentro da cantina do próprio local em que labora, na qual os preços dos alimentos são triplicados, fazendo com que esses trabalhadores adquiram dívidas (constituindo o chamado *truck sistem*).

As situações que ensejam a aceitação das promessas sedutoras dos aliciadores de mão-de-obra (os chamados popularmente de “gatos”) e que conduzem o obreiro a se tornar mais uma vítima do trabalho análogo ao de escravo são, principalmente, a miséria, a baixa instrução, o grande índice de desemprego, o baixo nível de escolaridade e a falta de oportunidades. Afinal, como não tem outra perspectiva de vida, o trabalhador com pouca ou nenhuma instrução aceita com facilidade qualquer tipo de trabalho que lhe é oferecido para garantir sua subsistência e de sua família, e acaba por cair nas mãos dos aliciadores.

Em muitos desses postos de trabalho, o obreiro fica privado de qualquer meio de transporte e de contato com parentes e amigos, mantendo vínculo apenas com o “gato”, havendo, ainda, vigilância ostensiva no local de trabalho e a retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com escopo de impedir sua saída do local de trabalho, o que configura crime previsto no art. 149 do Código Penal.<sup>30</sup> Ainda, para manter a ordem e a obediência, esses

---

<sup>29</sup> VIAN, Carlos Eduardo de Freitas; LIMA, Roberto Arruda de Souza; FERREIRA FILHO; Joaquim Bento S. Estudo de impacto econômico (EIS) para o complexo agroindustrial canavieiro paulista: desafios e agenda de pesquisa.

<sup>30</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 53.

trabalhadores sofrem ameaças, violências psicológicas, coerção física, punições exemplares e até assassinatos.

Atualmente, a forma mais comum de reduzir um trabalhador rural à condição análoga à de escravo é a servidão por dívidas.

É importante destacar que, no trabalho análogo ao de escravo, normalmente, os trabalhadores são retirados de sua terra natal e levados para outra região distante no país, como no caso do Estado de Goiás em que os obreiros geralmente vêm de Estados do Norte e do Nordeste do país, permanecendo longe do convívio de seus familiares e amigos, tornando-se precipuamente mais vulneráveis à exploração, pois não conhecem o local no qual irão trabalhar e, para tornar ainda pior a situação desses obreiros, não são bem vistos pela comunidade local, sendo tidos como bêbados e arruaceiros.<sup>31</sup>

O transporte irregular e precário dos trabalhadores auxilia para que se ocorram acidentes frequentes. Foram registrados pela Comissão Pastoral da Terra 105 acidentes com boias-frias, com 274 mortes, apenas no período de 1986 a 1992.<sup>32</sup>

Com espreque em Marcello Ribeiro Silva,<sup>33</sup> o estudo realizado no Piauí, pela Pastoral do Migrante, em parceria com a Comissão Pastoral da Terra, intitulado “Razões da migração (origem) *versus* razões da exploração e trabalho análogo ao de escravo (destino)”, ainda demonstra que, para aumentar as chances de aceitação das falsas promessas feitas pelos “gatos”, tornando-as sedutoras, os aliciadores oferecem bebida alcoólica (cachaça) aos trabalhadores quando da saída dos locais de origem, além de convidar prostitutas para permanecer perto dos ônibus, tudo para atrair os obreiros, tornando a oferta de trabalho sedutora e, portanto, difícil de ser recusada.

Outro artifício poderoso do qual os “gatos” lançam mão é o adiantamento em dinheiro aos trabalhadores no momento da proposta de trabalho, para suprir as necessidades básicas das famílias dos obreiros até que sejam enviados novos recursos após o recebimento, em tese, do primeiro salário, que dificilmente ocorrerá. No entanto, ao aceitar o adiantamento para deixar conforto aos familiares, o trabalhador nem chegou ao local de trabalho e já está devendo, sendo tal adiantamento o começo da dívida que os conduzirá à situação análoga de escravo.

---

<sup>31</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 122.

<sup>32</sup> SUTTON, Alison. *Trabalho escravo: um elo na cadeia de modernização do Brasil e de hoje*. Tradução de Siani Maria Campos. São Paulo: Loyola, 1994, p. 39.

<sup>33</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 123.

Na chegada ao local de trabalho é que o trabalhador percebe que a realidade é bastante diferente daquela prometida pelo “gato”. Os obreiros estarão devendo bastante, pois lhes são cobradas todas as despesas referentes ao transporte até os locais de serviço, a alimentação feita durante o trajeto e a estada nas pensões, caso tenham feito alguma parada durante a viagem.

A dívida decorrente do transporte aumenta cada vez mais, pois todas as ferramentas e materiais necessários ao trabalho e até os equipamentos de proteção individuais obrigatoriamente devem ser comprados pelos obreiros na cantina do próprio “gato”, do proprietário ou possuidor da terra, armazém este em que tudo possui valor muito superior àquele praticado no mercado, sendo a dívida o principal instrumento de escravização, “justificando” o violento tratamento e as condições subumanas de trabalho e de vivência dada a esses trabalhadores. Insta consignar que, normalmente, todas as mercadorias adquiridas pelos trabalhadores são anotadas em uma caderneta sem que os obreiros saibam o valor do produto que estão comprando.

É cediço que o tomador de serviços se aproveita da pouca instrução e do elevado senso de honra pessoal dos obreiros, coagindo-os moralmente a se submeterem às dívidas feitas de modo abusivo, com escopo de impedir que deixem o serviço, de modo que a eficiência da coerção se dá pela responsabilidade moral que esses obreiros sentem pela dívida contraída.<sup>34</sup> Existe, ainda, a coação psicológica, em que o obreiro sofre ameaças quanto à sua integridade física ou de seus familiares, caso deixe o trabalho. Noutra giro, há a coação física, que consiste no emprego da violência contra o trabalhador, que vai desde castigos exemplares até assassinatos.

Sendo assim, a redução de um trabalhador à condição análoga à de escravo geralmente se dá por: servidão por dívida (em que os trabalhadores são obrigados a comprar alimentos, roupas e ferramentas vendidos pelo “empregador” a preços exorbitantes, bem como pagam pela hospedagem), a retenção de documentos, as condições geográficas (dificuldade de acesso e, por conseguinte, dificuldade de fuga e de consecução de socorro pelas autoridades) e o uso de armas, podendo ser todas essas formas de coação ocorrer ao mesmo tempo.

Quando encerram o trabalho para o qual foram contratados, os trabalhadores são dispensados e abandonados, sem receberem as parcelas salariais a que fazem jus. Nunca conseguem voltar para casa, pois tudo o que ganham é para quitar sua dívida e comprar “sua liberdade”. Assim, sem ter outra escolha e passando necessidades de toda sorte, o obreiro aceita novamente um novo trabalho semelhante, em que se inicia um novo ciclo de exploração.

---

<sup>34</sup> FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004, p. 35.

Nesse sentido, Marcello Ribeiro Silva<sup>35</sup> esclarece:

Eles vão de trecho em trecho buscando trabalho, e enquanto não encontram acumulam dívidas junto às pensões e hotéis pioneiros. Até que os “gatos” os aliciem novamente e paguem essas dívidas contraídas nessas pensões e, em contrapartida, os obreiros sofram a exigência de trabalhar por tempo indefinido nas fazendas.

Desse modo, o trabalhador entra em um círculo de exploração, o qual dificilmente consegue romper, tornando-se verdadeiramente um escravo de dívidas, em um sistema de exploração sujo, ilegal e desumano.

Quando estão nas cidades, normalmente se encontram em bares e prostíbulos, pelo que não são bem vistos aos olhos da comunidade local, sendo tachados como bêbados e arruaceiros. São constantemente levados à cadeia para manutenção da ordem pública.<sup>36</sup>

Segundo José de Souza Martins,<sup>37</sup> é comum os fazendeiros solicitarem à polícia local para prender os trabalhadores que fogem das fazendas e os levarem de volta ao local de trabalho, pedidos estes que a polícia atende imediatamente.

O trabalho análogo ao de escravo rural está associado a condições subumanas de trabalho e vivência. Os trabalhadores vivem em péssimas condições, até mesmo piores que os animais das fazendas, em condições assustadoras, em ambientes sujos, sem moradia. Não possuem as condições mínimas de sobrevivência e de trabalho constitucionalmente garantidas, além de não serem registrados.

Os obreiros são encontrados num acentuado estado de subnutrição e em lastimável estado de embriaguez para suportar a excessiva jornada de trabalho, tanto no que diz respeito à intensidade como na duração do trabalho, sendo comuns jornadas de trabalho de até doze horas, vez que os obreiros recebem remuneração conforme a produção. No entanto, normalmente esses trabalhadores não recebem o salário em espécie, pois suas dívidas ultrapassam seu crédito.

Os alojamentos são feitos pelos próprios obreiros, sendo, normalmente, construídos de lonas, folhas de palmeiras ou árvores, no meio da mata, cercados por bichos e expostos a sol e chuva, não possuindo instalações sanitárias nem

---

<sup>35</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 127.

<sup>36</sup> PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Sistema penal subterrâneo: o caso do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 149-165, abr./jun. 2006, p. 149.

<sup>37</sup> MARTINS, José de Souza. Os novos sujeitos das lutas sociais, dos direitos e da política no Brasil rural (entre a expansão capitalista e a insuficiência das alternativas de participação). In: *A militarização da questão agrária no Brasil*. Terra e poder: o problema da terra na crise política. Petrópolis: Vozes, 1984, p. 80.

hidráulicas, razão pela qual é comum adquirirem doenças como malária, febre amarela e tuberculose.

Há casos em que os trabalhadores, incluindo idosos e crianças, dormem ao relento, em redes e em espumas colocadas no chão, embaixo de alguma árvore.

Geralmente não há água potável, razão pela qual bebem da mesma água oferecida aos animais. O córrego de onde retiram água para seu consumo é o mesmo em que tomam banho e lavam roupas e panelas.

O trabalho é realizado sob condições aviltantes e degradantes. Não possuem equipamentos de proteção individual, sendo que em alguns casos, no momento da queima da cana-de-açúcar, os obreiros têm contato direto com a fumaça produzida, trazendo-lhes, conseqüentemente, doenças respiratórias graves e infecções.

Também, quanto aos acidentes de trabalho, considerados fatos costumeiros, ao se acidentarem ou ficarem doentes, os trabalhadores são deixados à própria sorte e descartados como objetos que não “prestam” mais.

### *Truck system* ou sistema de barracão

Conforme já mencionado, todas as ferramentas e materiais necessários ao trabalho, como enxadas, facões, foices, machados, e até os equipamentos de proteção individuais, como botas e chapéus, são adquiridos pelos obreiros no armazém de seu próprio tomador de serviços.

Por mais que seja uma prática vedada pela legislação de proteção ao trabalho, o fazendeiro ou o “gato” mantém uma cantina, fornecendo mercadorias para necessidades básicas, como alimentos, ferramentas de trabalho, medicamentos, materiais de higiene e limpeza, cigarros, bebidas alcoólicas, materiais e ferramentas de trabalho e até mesmo equipamento de proteção individual, o qual, segundo o art. 166 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), é de fornecimento obrigatório pelo empregador.

Quando o trabalhador tenta deixar o trabalho e pede para acertar suas contas para ir embora é que ele descobre o sistema de exploração em que está inserto. Descobre que sua dívida é muito maior ao valor que tem para receber, estando, portanto, impedido de deixar o local de trabalho, principalmente pelo próprio sentimento de honradez que o obriga a continuar trabalhando a fim de saldar seu débito, consistente na coação moral, mas também em decorrência do cerceio de sua liberdade e pelas punições aplicáveis em caso de tentativa de fuga, que pode chegar até mesmo a assassinato.<sup>38</sup>

---

<sup>38</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 126.

É sobejamente importante elucidar que o sistema de barracão ou *truck system* não é permitido pelo ordenamento jurídico, sendo vedado tanto pelo art. 462, §§ 2º e 3º, da CLT quanto pela Convenção n. 95 da OIT.

Segundo ensina a professora Maria Nívea Taveira Rocha:<sup>39</sup>

A lei proíbe o “truck system”, ou seja, o pagamento de salário por meio de vales ou bônus, com o fim de forçar o empregado a adquirir mercadorias em estabelecimentos do empregador. O “truck system” é uma forma de pagamento muito utilizada no interior do Brasil, em áreas geralmente não inspecionadas pelo Ministério do Trabalho, onde o empregador não utiliza a moeda corrente do País para satisfazer uma obrigação. (...) Com o objetivo de proteger o salário, os descontos efetuados em folha de pagamento, ainda que autorizados, devem ser limitados ao teto máximo de 70% (setenta por cento) do salário líquido do empregado.

Insta consignar que, à luz dos dispositivos legais de proteção ao trabalho, o pagamento do salário por meio de prestações *in natura* deve ser utilizado como um instrumento benéfico ao trabalhador rural que labora longe dos centros urbanos, a fim de propiciar-lhe o acesso aos gêneros de primeira necessidade, não podendo jamais tal prática ser empregada abusivamente e com o objetivo de lucro.

O Precedente Normativo da SDC-TST (68) autoriza o chefe de família, se empregado rural, a faltar ao serviço um dia por mês ou meio dia por quinzena para efetuar compras, sem remuneração ou mediante compensação de horário, mas sem prejuízo do repouso. O precedente é uma medida de proteção ao salário e contribui para que o trabalhador não fique obrigado a fazer suas compras no próprio armazém do empregador, o que, aliás, frise-se, é vedado pelo art. 462, § 2º, consolidado.

### Castigos, maus-tratos e vigilância ostensiva

Impende destacar que a vítima do trabalho análogo ao de escravo é submetida à vigilância ostensiva, castigos, maus-tratos ou outras formas de coação física ou psicológica por parte do tomador de serviços ou de seus prepostos, para coibir qualquer intenção de fuga do local de prestação de serviço ou como forma de punição por ter tentado evadir-se do local de trabalho.

Conforme escólio do doutrinador Marcello Ribeiro Silva,<sup>40</sup> dentre os castigos e maus-tratos mais desumanos, extrai-se como exemplos já verificados na

---

<sup>39</sup> ROCHA, Maria Nívea Taveira. *Direito do trabalho e processo do trabalho*. Curso anual 2009/1. Axioma Jurídico. 2009, p. 167.

<sup>40</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 135.



prática: humilhação sexual (ocasião em que o obreiro foi forçado a praticar sexo oral com o “gato” da fazenda); obrigação de trabalhar de calção, sem sapato nem camisa, além de ficar sem rede para dormir; espancamento, chicotadas, socos e chutes; ficar amarrado em “tronco oco de Angelim”, dentro do qual se colocam restos de comida, atraindo formigas e outros insetos, no qual o peão era amarrado por três dias; queda dos peões dos galhos mais altos das árvores que eram cortados para esse fim; utilização de ferros, açoites e correntes de aço para tortura e para amarrar os peões à noite para não fugirem; tortura quando desobedeciam as ordens impostas; e assassinatos por pistoleiros e cães treinados quando tentavam fugir, – tendo sido, inclusive, encontrado um cemitério clandestino, no qual havia uma vala em que foi encontrado a parte inferior de um corpo; obrigação de permanecer em pé ao lado de um riacho, em que, sob a vigilância de homens armados, os obreiros eram picados por insetos, sem poder espantá-los ou coçar o local das picadas; aplicação de injeções de álcool nos trabalhadores e surras com vergalhão de boi, que são pedras amarradas nos testículos.

Outrossim, com supedâneo no aludido doutrinador,<sup>41</sup> tem-se diversos casos, como a fazenda em que os peões que tentavam fugir eram amarrados a tocos e árvores e quando suas mãos já estavam sangrando, após serem machucadas intencionalmente, eram mergulhadas em um rio com piranhas; um rapaz que foi queimado vivo no meio de um canal; a fazenda em que os trabalhadores tinham os dentes quebrados e depois eram obrigados a tomar café fervendo com pimenta e os obreiros que tinham de abraçar uma caixa de marimbondo amarrado à cauda de um cavalo, que foi disparado propositadamente, causando a morte dos trabalhadores.

Houve, ainda, um trabalhador que tentou fugir e foi capturado e forçado a comer as próprias fezes, e depois foi morto com dois tiros. Em outra fazenda, foi encontrado um corpo carbonizado de um trabalhador servido como ração aos porcos no chiqueiro da fazenda. Ainda, no Maranhão, um trabalhador teve uma de suas mãos decepada por um fazendeiro, como forma de castigo.<sup>42</sup> Muitas das punições e maus-tratos praticados contra os trabalhadores rurais contam com o consentimento da polícia local, uma vez que vários fazendeiros sucroenergéticos (tomadores de serviços) possuem poder político na localidade, apresentando destaque e boa fama, sendo fácil que autoridades locais sejam induzidas a acreditar nesses fazendeiros e reconheçam que os trabalhadores rurais praticaram um delito ao fugirem da fazenda sem quitar suas dívidas.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 136.

<sup>42</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*.

<sup>43</sup> SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*, p. 141.

## CONCLUSÃO

Em 13 de maio de 1888, a Lei n. 3.353, conhecida como Lei Áurea, aboliu a escravidão no Brasil. Assim, a redução do trabalhador a condição análoga à de escravo deixou de ser admitida no ordenamento jurídico brasileiro. Todavia, passados mais de cem anos, essa mazela social não deixou de existir, permanecendo até os dias de hoje à margem da lei.

O trabalho análogo ao de escravo fere princípios e regras constitucionais, sobretudo, o princípio da dignidade da pessoa humana, vértice orientador de todo o ordenamento jurídico pátrio, não podendo, pois, ser tolerado pela sociedade brasileira, que deve encontrar meios idôneos para erradicar esse problema jurídico, social e econômico.

Um dos principais problemas no combate do trabalho análogo ao de escravo na contemporaneidade reside na ausência de conceito adequado sobre o fenômeno em tela. Assim, entende-se como sendo mais preciso o uso da expressão “trabalho análogo ao de escravo”, vez que se trata de apenas um estado fático de escravidão, tendo em vista a impossibilidade legal de propriedade de uma pessoa sobre outra, não sendo, por isso, apropriado o uso da expressão “escravidão”.

A escravidão representa um poder ou conjunto de poderes que apresentam cunho patrimonial que uma pessoa exerce em relação a outra, com atributos do direito de propriedade. Sendo o homem tratado como um objeto descartável, “rasgando” todas as normas trabalhistas conquistadas pelos obreiros ao longo de milhares de anos de história.

Por sua vez, o trabalho forçado é aquele que compele um indivíduo a realizá-lo sob pena de punição, após ter o obreiro incidido em vício de consentimento no momento da aceitação do trabalho, ante as falsas promessas, ou mesmo após ter aceitado o serviço por livre e espontânea vontade.

Noutro giro, a doutrina entende como sendo trabalho degradante aquele em que, mesmo que não haja a privação da liberdade do obreiro, é prestado em condições subumanas, sem a observância das normas de proteção de segurança e saúde no trabalho, com retenção salarial dolosa e tratamentos cruéis e desumanos aos empregados, como se verifica comumente nas agroindústrias sucroenergéticas e, em especial, no Estado de Goiás.

A redução a condição análoga à de escravo é delito previsto no art. 149 do Código Penal, sendo que o cerceio à liberdade do trabalhador só é requisito para configurar o crime em sua modalidade relativa ao trabalho forçado. Contudo, quando se tratar de trabalho degradante, o qual é caracterizado pela submissão do trabalhador a condições subumanas de trabalho e vivência e a jornada exaustiva,

não é imprescindível o cerceio à liberdade do trabalhador para que seja configurado o delito previsto no art. 149 do Código Penal.<sup>44</sup>

A principal intenção do legislador penal foi tutelar a dignidade da pessoa humana. No entanto, a proibição jurídica da escravidão não foi satisfatória para impedir a permanência dessa mazela em pleno século XXI.

Embora a escravidão contemporânea dispense correntes e grilhões, ela é mais cruel, na medida em que antes o trabalhador escravo representava a riqueza de seu “dono”, sendo tidos como propriedade, o que recebia a vênua da legislação da época. Sendo assim, ao proprietário de escravos era interessante a manutenção e a conservação da vida desses obreiros uma vez que a riqueza dos proprietários era medida pelo número de escravos que detinham, sendo bastante alto o preço pago por cada um deles.

Atualmente, porém, o trabalhador reduzido à condição análoga à de escravo simboliza apenas um objeto descartável para seu empregador, que quando não “prestar” mais, ficando doente ou sofrendo um acidente de trabalho, será “jogado fora”, largado à sua própria sorte, sem receber direito algum.

A forma mais comum de trabalho análogo ao de escravo no meio rural brasileiro é a servidão por dívidas, a qual se vale da coação moral, da baixa instrução e do sentimento de honra pessoal de muitos trabalhadores que, mesmo sabendo que a dívida que têm decorre de ato abusivo do empregador, continuam trabalhando com o escopo de quitar sua dívida, sendo que, em algumas situações, a coação moral praticada em detrimento do obreiro chega até ser mais forte que a própria força física.

Os trabalhadores são submetidos à vigilância ostensiva, castigos, maus-tratos, coação física e psicológica por parte do empregador e punições exemplares e cruéis, chegando alguns até mesmo a serem assassinados.

Outro fator que facilita que o trabalho análogo ao de escravo rural subsista é o isolamento das fazendas de cana-de-açúcar, uma vez que estas são distantes dos centros urbanos e de difícil acesso. Além disso, corrobora-se o fato de que os trabalhadores, na maioria dos casos, não conhecem a região, tendo em vista que o recrutamento ocorre em locais distantes das fazendas onde o serviço é prestado. Assim, o trabalhador não tem como recorrer a autoridades competentes, nem a sindicatos, ou a parentes e amigos próximos.

Conclui-se, ainda, que o trabalho análogo ao de escravo rural é caracterizado por condições subumanas de trabalho e de vivência, sem a observância das

---

<sup>44</sup> BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 30/05/2015.

normas de proteção do trabalho; com a submissão do obreiro a jornadas exaustivas; com a cobrança pelos instrumentos de trabalho e pelos equipamentos de proteção individual utilizados; com alimentação bastante deficitária; inexistência de água pura para beber e cozer os alimentos (sendo que a mesma água a qual os trabalhadores usam para o consumo e para o banho, é utilizada pelos animais); com alojamentos precários (geralmente feitos de lonas, sob as quais os obreiros adquirem doenças graves) e, sobretudo, destaca-se que nesse tipo de trabalho os obreiros são submetidos a tratamento cruéis, desumanos e supressores da dignidade da pessoa humana, recebendo, muitas vezes, tratamento até mesmo pior do que os animais, sempre bem alimentados e vacinados, e que a terra, sempre cercada e protegida.

Dessa forma, é possível concluir que o trabalho análogo ao de escravo rural nega direitos fundamentais, sobretudo o princípio da dignidade da pessoa humana, e fere inequivocamente os direitos mínimos trabalhistas, como normas de segurança e saúde no trabalho, operando em contrariedade a todo o ordenamento jurídico pátrio, sendo uma mazela aviltante à condição humana do trabalhador, mas que gera para a agroindústria sucroenergética um lucro colossal todos os anos, vez que se debruça na negação do pagamento dos direitos trabalhistas de seus obreiros. No entanto, nossa sociedade não pode fechar os olhos e se omitir diante dessa lastimável mazela.

Assim, conclui-se que a expansão da agroindústria sucroenergética em Goiás está diretamente ligada a uma elevação do número de trabalhadores rurais enquadráveis à condição análoga à de escravos.

Insta consignar, ainda, que o que faz esses obreiros se sujeitarem a essas péssimas e degradantes condições de trabalho, propiciando a manutenção do trabalho escravo rural nas usinas de cana-de-açúcar em Goiás, são as precárias condições econômicas e de oferta de empregos aos trabalhadores rurais que lidam com o corte da cana-de-açúcar, bem como o aumento da mecanização da colheita dos canaviais e a situação de insegurança alimentar enfrentada por esses trabalhadores, dentre outras.

Finalmente, para a problemática apresentada no presente trabalho, mister buscar soluções ponderadas com fulcro nos princípios do Direito Agrário e Agroalimentar, levando sempre em consideração a coexistência e sustentabilidade do trabalhador rural, enquanto ser humano que deve ter sua dignidade respeitada, e o crescimento econômico estadual, sendo perfeitamente possível a busca de harmonia entre o progresso econômico do Estado Goiás e o progresso social dos obreiros que laboram nas usinas de cana-de-açúcar goianas, de forma que a terra cumpra sua função social, em especial, a de garantir a segurança alimentar.

## REFERÊNCIAS

AGRONEGÓCIO BRASILEIRO: UMA OPORTUNIDADE DE INVESTIMENTOS. Disponível em: <[www.agricultura.gov.br](http://www.agricultura.gov.br)>. Acesso em: 29/05/2015.

ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho: material, processual e legislação especial*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2010. p. 189.

BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 30/05/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848.htm)>. Acesso em: 30/05/2015.

BRASIL. *Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 30/05/2015.

BRASIL. *Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm)>. Acesso em: 30/05/2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa humana. *Revista do Ministério Público do Trabalho da Paraíba*. Procuradoria Regional do Trabalho – 13ª Região. João Pessoa, n. 1, p. 141-154, jun. 2005 *apud* SILVA, Marcello Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Goiânia, 2009.

CAMPOS, Cinara Faria Almeida. *O empregado rural à luz da Constituição Federal de 1988*. 2010. 44 f. Monografia (Bacharelado em Direito), Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

CARMO, Maristela Simões do. *(Re) Estruturação do Sistema Agroalimentar no Brasil: a diversificação da demanda e a flexibilidade da oferta*. São Paulo: IEA, 1996.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito constitucional*. 14. ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

CORREA, Melina. Trabalho escravo em pleno século XXI. *Ciência Jurídica do Trabalho*. Belo Horizonte, ano XI, n. 70, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Convenção n. 95, de 1º de julho de 1949, relativa à proteção do salário*. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/trabalho\\_forçado/oit/convencoes/conv\\_105.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/trabalho_forçado/oit/convencoes/conv_105.pdf)>. Acesso em: 12/04/2015.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTr, 2007.

DELGADO, Maurício Godinho. Não ao trabalho forçado. *Relatório global do seguimento da declaração da OIT relativa a princípios e direitos fundamentais no trabalho*. Relatório I (B), Conferência Internacional do Trabalho, 89ª Reunião. Genebra, 2002. Tradução de Edilson Alckimim Cunha.

DELGADO, Maurício Godinho. O custo da coerção. *Relatório global no seguimento da declaração da OIT sobre os direitos e princípios fundamentais do trabalho*. Relatório I (B), Conferência Internacional do Trabalho, 98ª Sessão. Portugal, 2009. Tradução de AP Portugal.

DELGADO, Maurício Godinho. *Princípios de direito individual e coletivo do trabalho*. São Paulo: LTr, 2001 *apud* ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho: material, processual e legislação especial*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

ETHANOL FUEL IN BRAZIL, SOCIAL IMPLICATIONS. Disponível em: <[http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol\\_fuel\\_in\\_Brazil#cite\\_note-SusDutch-80](http://en.wikipedia.org/wiki/Ethanol_fuel_in_Brazil#cite_note-SusDutch-80)>. Acesso em: 25/04/2015.

FERRARI, Debora Belloni. A exploração do trabalhador no setor sucroalcooleiro. *ETIC – encontro de iniciação científica* – ISSN 21-76-8498, v. 6, n. 6, 2010. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/view/2313>>. Acesso em: 25/04/2015.

FIGUEIRA, Ricardo Rezende. *Pisando fora da própria sombra: a escravidão por dívida no Brasil contemporâneo*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

FREIRE, Antônio Rodrigo Cândido. *A função social da propriedade agrária como fator de desenvolvimento nacional*, ago. 2011. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6416](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6416)>. Acesso em: 07/05/2015.

FREIRE, Antônio Rodrigo Cândido. *O trabalho escravo no campo*, ago. 2011. Disponível em <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=6376](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=6376)>. Acesso em: 07/04/2015.

FRIGIERI, Carlos Alberto. *Da inconstitucionalidade da prescrição parcial para o trabalhador rural*. São Paulo: LTr, 2009.

GARCIA, Gustavo Filipe. Relações de trabalho no setor canavieiro na era do etanol e da bioenergia. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 30, 2007. Disponível em: <[http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18521/Rela%C3%A7%C3%B5es\\_de\\_Trabalho\\_no\\_Setor\\_Canavieiro.pdf?sequence=2](http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/18521/Rela%C3%A7%C3%B5es_de_Trabalho_no_Setor_Canavieiro.pdf?sequence=2)>. Acesso em: 24/04/2015.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Curso de direito processual do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MARQUES, Dinamar Maria Ferreira; SILVA, Tallyta Caroline Martins da; ZOPELAN, André Luiz Miranda Silva; FIGUEIREDO, Reginaldo Santana. *Produção e preço da cana-de-açúcar em Goiás*. Disponível em: <<http://www.seplan.go.gov.br/sepin/pub/conj/conj23/artigo04.pdf>>. Acesso em: 14/06/2015.

MARTINS, José de Souza. Os novos sujeitos das lutas sociais, dos direitos e da política no Brasil rural (entre a expansão capitalista e a insuficiência das alternativas de participação). In: *A militarização da questão agrária no Brasil*. Terra e poder: o problema da terra na crise política. Petrópolis: Vozes, 1984.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2005 *apud* ALMEIDA, André Luiz Paes de. *Direito do trabalho: material, processual e legislação especial*. 8. ed. São Paulo: Rideel, 2010.

MELO, Luiz Antônio Camargo de. As atribuições do Ministério Público do Trabalho na prevenção e no enfrentamento ao trabalho escravo. *Revista LTr*, São Paulo, v. 68, n. 4, p. 425-32, abr. 2004.

MENDES, Judas Tadeu Grassi; PADILHA JÚNIOR, João Batista. *Agronegócio: uma abordagem econômica*. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2007.

OMMATI, Ricardo Emílio Medauar. O trabalho escravo como negação da condição do empregado e de pessoa humana. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*. Rio de Janeiro, ano 34, n. 78, p. 65-73, jan./jun. 2004 *apud* SILVA, Marcello Ribeiro. Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema. Goiânia, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). *Uma aliança global contra o trabalho forçado*. Relatório global do seguimento da declaração da OIT sobre princípios e direitos fundamentais no trabalho. Relatório I (B), Conferência Internacional do Trabalho, 93ª Reunião. Genebra, 2005. Tradução de Edilson Alckimim Cunha.

PAULA, Gil César Costa de. *Metodologia da pesquisa científica*. Goiânia: Editora Vieira, 2010.

PRANDO, Camila Cardoso de Mello. Sistema penal subterrâneo: o caso do trabalho escravo contemporâneo na Amazônia. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 149-165, abr./jun. 2006.

ROCHA, Maria Nívea Taveira. *Direito do trabalho e processo do trabalho*. Curso anual 2009/1. Axioma Jurídico, 2009.

RODRIGUES, Waldecy. *Globalização, competitividade e exclusão social em sistemas agro-alimentares: estudo comparado do processo de modernização e seus efeitos na produção primária de leite no Brasil e na Argentina*. 2001. 318p. Tese (Doutorado em Sociologia) – Universidade de Brasília. Disponível em: <[http://vsites.unb.br/ics/ceppac/teses\\_de\\_doutorado.php](http://vsites.unb.br/ics/ceppac/teses_de_doutorado.php)>. Acesso em: 26/04/2015.

SARAIVA, Renato. *Direito do trabalho para concursos públicos*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2010.

SILVA, Marcello Ribeiro. *Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI: novos contornos de um antigo problema*. Goiânia, 2009.

SUTTON, Alison. *Trabalho escravo: um elo na cadeia de modernização do Brasil e de hoje*. Tradução de Siani Maria Campos. São Paulo: Loyola, 1994. Tradução de Slavery in Brazil. A link in the chain of modernisation. The case of Amazonia.

VEIGA FILHO, Lauro. A dois passos do futuro: condições para a retomada. *Goiás Industrial*, ano 58, n. 241, f. 28-37, ago. 2011.

VIAN, Carlos Eduardo de Freitas; LIMA, Roberto Arruda de Souza; FERREIRA FILHO, Joaquim Bento S. Estudo de impacto econômico (EIS) para o complexo agroindustrial canavieiro paulista: desafios e agenda de pesquisa. *Rev. de Economia Agrícola*. São Paulo, v. 54, n. 2, p. 5-26, jul./dez. 2007.

Data de recebimento: 27/03/2016

Data de aprovação: 03/08/2016

# A LIMITAÇÃO DAS CHARGES PELA LIBERDADE RELIGIOSA

## LIMITATION OF CHARGES FOR RELIGIOUS FREEDOM

Wagner Akitomi Une\*

### RESUMO

A charge, enquanto manifestação da liberdade de expressão, pode sofrer restrições como todos os direitos fundamentais. A liberdade de expressão, apesar de representar importante pilar para o Estado Democrático de Direito, não é absoluto, ante a necessidade da promoção de uma convivência harmoniosa entre valores de igual estatura. Dependendo das nuances ou peculiaridades de cada caso concreto, o humor pode violar a liberdade religiosa. Assim, a liberdade religiosa, enquanto direito de respeito nas relações privadas e direito de proteção pelo Estado, pode impor limites à liberdade de humor. Os principais argumentos contrários à tutela estatal da liberdade religiosa nessas situações não se sustentam: (a) o Estado laico não representa um dever de omissão; (b) a natureza cultural e, não, de direito da personalidade, da religião, não descaracteriza o dano; (c) o humor pode ostentar caráter ofensivo; e (d) o fato de o humor eventualmente não versar sobre o cidadão, mas sobre uma figura ou valor religioso, não retira o dever de proteção. Por sua vez, a aplicação da técnica da ponderação, por si só, não garante a segurança jurídica na avaliação de qual direito deve prevalecer em determinada situação. Alguns critérios devem ser considerados para que se alcance, tanto quanto possível, um exame objetivo, como a veracidade da informação; o interesse público na veiculação; a posição ou a função social desempenhada pelo sujeito retratado na manifestação de humor e a possível tipificação penal da conduta. Quanto à perspectiva teórico-metodológica, adota-se o raciocínio hipotético-dedutivo, no qual são propostas soluções a partir de conjecturas a serem testadas ou falseadas, o que remete à lição de Karl Popper.

**Palavras-chave:** Charge; Liberdade de expressão; Liberdade religiosa; Conflito entre direitos fundamentais.

---

\* Mestrando em Constituição e Sociedade no Instituto Brasiliense de Direito Público, Escola de Direito de Brasília (IDP/EDB). Advogado da União. wagnerune@bol.com.br.



## ABSTRACT

---

The charge, as a manifestation of freedom of expression can be restricted as all fundamental rights. Freedom of expression, despite representing an important pillar for the democratic rule of law, is not absolute, given the need to promote a harmonious coexistence of equal stature values. Depending on the nuances and peculiarities of each case, the mood may violate religious freedom. Thus, religious freedom, as a right to respect for private and state relations for the protection of law, impose limits on the freedom of humor. The main arguments against the state protection of religious freedom in these situations do not hold: (a) the secular state does not represent a failure of duty; (b) the nature and cultural, not of personality rights, religion, not de characterizes the damage; (c) the mood can boast offensive character; and (d) the fact that the mood might not be about the citizens, but on a figure or religious value, does not remove the duty of protection. In turn, the application of the weighting technique, by itself, does not guarantee legal certainty in the assessment of which law should prevail in a given situation. Some criteria should be considered in order to reach as much as possible, an objective examination, as the accuracy of the information; the public interest in broadcasting; the position or social function performed by the subject portrayed in the manifestation of humor and the possible criminalization of conduct. As for the theoretical and methodological perspective, we adopt the hypothetical-deductive reasoning, which are proposed solutions from conjectures to be tested or falsified, which refers to the lesson of Karl Popper.

**Keywords:** Charge; Freedom of expression; Religious freedom; Conflict between fundamental rights.

## INTRODUÇÃO

O artigo pretende examinar um tema não apenas relevante, como atual; importa dizer, o conflito por vezes identificado entre manifestações de humor, representadas em charges, e a liberdade religiosa.

O problema de pesquisa a ser enfrentado é “em que medida as charges são limitadas pela liberdade religiosa?”. Já a hipótese de pesquisa a ser testada é que o humor das charges, como uma manifestação da liberdade de expressão, sofre restrição pela liberdade religiosa e que é possível apontar alguns critérios, tanto quanto possíveis, objetivos, com vistas a trazer uma maior segurança jurídica na avaliação desse conflito entre direitos fundamentais.

Em relação à perspectiva técnico-metodológica, utilizar-se-á o raciocínio hipotético-dedutivo, no qual são propostas soluções a partir de conjecturas a serem testadas ou falseadas, como defende Karl Popper. Nesta esteira, será relevante o exame da legislação, da doutrina e da jurisprudência, com a valorização

de uma pesquisa bibliográfica, tanto quanto possível, diversificada e aprofundada. Contudo, não é a proposta central promover um estudo de caso.

Objetiva-se trazer à discussão alguns aspectos que informam os princípios da liberdade de expressão e o da liberdade religiosa, especialmente em um contexto de conflito. Para tanto, não há dúvidas de que não basta uma análise sob a perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. É necessário também buscar subsídios em outras ciências ou disciplinas, como a sociologia e a psicologia.

Para melhor enfrentamento do tema, entende-se oportuna a segmentação do artigo em alguns módulos. Primeiro, vê-se como salutar a análise do humor enquanto uma das formas da liberdade de expressão, atentando-se para as suas razões históricas e a sua importância na formação e preservação do Estado Democrático de Direito. Em seguida, cabe estudar a liberdade religiosa, sobretudo como um direito fundamental que enseja a obrigação de respeito e de proteção. Também deve ser objeto de comentários a possibilidade de restrição das manifestações de humor em face da liberdade religiosa, ocasião, inclusive, na qual alguns argumentos eventualmente utilizados para questionar a legitimidade da tutela estatal da liberdade religiosa devem ser avaliados. Por fim, cumpre trazer algumas considerações sobre a necessidade de um equilíbrio nas manifestações de humor e, assim, devem ser colacionados alguns critérios, invocados por vezes pela jurisprudência e doutrina, com vistas a possibilitar, tanto quanto possível, um exame objetivo sobre a determinação do direito preponderante em cada situação.

Destarte, o sucinto estudo pretende lançar luz sobre um tema que envolve relevantes direitos fundamentais, identificados no cotidiano da sociedade e, portanto, não somente com repercussão teórica, mas prática, e que reflete o interesse de diversas ciências além do direito, tal como a sociologia e a psicologia.

## **O HUMOR COMO MANIFESTAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO**

A liberdade de expressão, que pode ser identificada por outras denominações, como liberdade de palavra ou liberdade de opinião, é definida por Edilsom Farias<sup>1</sup> como a “difusão de pensamentos, ideias, opiniões, crenças, juízos de valor, fatos ou notícias na sociedade”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos consagra em seu art. 19 que a liberdade de expressão representa “o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por qualquer meio de expressão”. A seu turno, o art. 13.1, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto n. 678/92, com redação semelhante ao art. 19.2,

---

<sup>1</sup> FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004, p. 52.

do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/92, determina que a liberdade de expressão “compreende a liberdade de buscar, receber e difundir informações e ideias de toda natureza, sem consideração de fronteiras, verbalmente ou por escrito, ou em forma impressa ou artística, ou por qualquer outro processo de sua escolha”.

Além desses instrumentos internacionais, o direito à liberdade de expressão, no Brasil, é garantido pela Constituição da República, em seu art. 5º, IX, quando estipula que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Outros dispositivos ainda garantem formas específicas de liberdades de expressão, como a liberdade de informação (art. 5º, XIV), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI), a liberdade de crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII) e a liberdade de ensino (art. 206, II). Segundo Waldir Alves,<sup>2</sup> “tudo para garantir o direito de a pessoa poder externar seus pensamentos, quer no âmbito de sua intimidade, de sua privacidade ou até de sua posição pública no espaço social”.

Existe uma razão histórica, no Brasil, para que a liberdade de expressão tenha espaço destacado no Texto Constitucional. Para Luis Roberto Barroso, na medida em que uma Constituição reflete tanto uma reação ao passado e um compromisso para o futuro, a Constituição de 1988 propôs justamente restaurar o Estado Democrático de Direito com a superação do modelo autoritário então vigente por mais de duas décadas. Neste contexto, as liberdades públicas, nas quais inclui a liberdade de expressão, foram uma preocupação constante do Constituinte.<sup>3</sup>

Aliás, a ênfase dada à liberdade de expressão não se restringe à circunstância da previsão de um número elástico de dispositivos dirigidos, direta ou indiretamente, a garanti-la. Buscou-se também vedar qualquer chance de retrocesso na matéria a partir da classificação dos direitos fundamentais, inclusive os direitos de liberdade, como cláusulas pétreas, na esteira do art. 60, § 4º, IV, da Constituição da República.<sup>4</sup>

Porém, válido anotar que esse direito à liberdade de expressão, segundo a Corte Interamericana de Direitos Humanos, enfeixa uma dimensão individual e uma dimensão coletiva. A individual protege o direito dos indivíduos de “manifestar publicamente ideias de qualquer índole e o direito de utilizar todos os meios lícitos para disseminá-los amplamente, em prol do enriquecimento do

---

<sup>2</sup> ALVES, Waldir. As manifestações públicas e as liberdades de expressão e de reunião. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 847-892, ago. 2015.

<sup>3</sup> BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 790 p. 129-152, ago. 2001.

<sup>4</sup> LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, n. 132, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

acervo de informações e conhecimentos da humanidade”. Por sua vez, a coletiva “garante a terceiros o direito de receber informações e ideias alheias”.<sup>5</sup>

Outra classificação sugere a distinção entre a perspectiva subjetiva e a objetiva. A primeira reúne as teorias que proclamam a liberdade de expressão como valor indispensável para a tutela da dignidade humana e do livre desenvolvimento da personalidade. E a segunda congrega as teorias que identificam a liberdade de expressão como valor nuclear para a proteção do regime democrático, na medida em que permite a participação dos cidadãos no debate político.<sup>6</sup>

Importante registrar que esse vínculo entre o direito de liberdade de expressão e o Estado Democrático de Direito representa uma relação de interdependência na qual um não subsiste sem o outro.<sup>7</sup> Isso significa que a liberdade de expressão constitui um dos pilares da democracia<sup>8</sup> ou um elemento essencial do Estado Democrático de Direito.<sup>9</sup>

Ora, não há dúvidas que a liberdade de discussão e de crítica dos atos governamentais, inclusive em um contexto humorístico, garantem a normalidade do regime democrático, coibindo a ação deletéria dos ditadores e corruptos,<sup>10</sup> contribuindo para a evolução dos costumes públicos<sup>11</sup> a partir do controle social.<sup>12</sup>

Ademais, não se olvidando que a tolerância é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, a defesa da liberdade de expressão torna-se providência incontornável. Em outras palavras, o exercício da tolerância, próprio do Estado Democrático de Direito, pressupõe abertura para a manifestação de pensamento e opinião,<sup>13</sup> pois, do contrário, não há contraditório e não se permite a instalação de um diálogo entre distintas posições e aspirações presentes na sociedade.<sup>14</sup>

---

<sup>5</sup> RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 88-104, mar. 2011.

<sup>6</sup> FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 64.

<sup>7</sup> MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 35-36.

<sup>8</sup> RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 88-104.

<sup>9</sup> MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*, p. 45.

<sup>10</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 307.

<sup>11</sup> LIMBORÇO, Lauro. O direito de crítica e a lei de imprensa. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 667-671, ago. 2011.

<sup>12</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 307.

<sup>13</sup> ALVES, Waldir. As manifestações públicas e as liberdades de expressão e de reunião, p. 847-892.

<sup>14</sup> CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. Liberdade de expressão religiosa e autodeterminação democrática. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Método, Cesupa, 2014, p. 350-352.

Posto isso, deve-se esclarecer que o humor, em linhas gerais, insere-se neste contexto de liberdade de expressão, isto é, balizado pelo Estado Democrático de Direito. E a charge, como uma espécie também de manifestação artística, é inserida na categoria de liberdade de expressão. A respeito, não é demasiado lembrar que o art. 5º, IX, da Constituição, protege especificamente a liberdade de expressão da atividade intelectual e artística.

## A LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO DE RESPEITO E PROTEÇÃO

É certo que há uma dificuldade para conceituar religião, eis que embora as crenças, de modo geral, possuam por lastro a fé e estejam alicerçadas em dogmas não verificáveis empiricamente, são extremamente diversificadas.<sup>15</sup>

Até mesmo para escapar das armadilhas de um pensamento culturalmente tendencioso, o sociólogo Anthony Giddens,<sup>16</sup> a partir do exame da diversidade de crenças, propõe responder, primeiramente, o que não é religião. Pondera que religião não pode ser vista como monoteísmo, pois a maioria das religiões professam várias divindades. Também não pode ser identificada como preceitos morais que controlam o comportamento de seus fiéis, na medida em que a ideia de que os deuses estão interessados no modo como nos comportamos na Terra é estranha a muitas crenças, a exemplo da experiência da Grécia antiga. Ainda sugere que religião não está necessariamente preocupada em explicar a transformação do mundo. Por fim, afirma que religião não representa obrigatoriamente o sobrenatural, embora inserido em um universo que transcende o universo dos sentidos, lembrando o caso do confucionismo que não se preocupa com a descoberta de verdades, mas versa sobre a aceitação da harmonia natural do mundo.

Neste panorama, o autor<sup>17</sup> alude como características comuns a todas as religiões e, portanto, elementos para uma conceituação, o envolvimento de “um conjunto de símbolos, que invocam sentimentos de reverência ou de temor, e estão ligadas a rituais ou cerimoniais (como os serviços religiosos) dos quais participa uma comunidade de fiéis”.

Todavia, cabe advertir que a sociologia não se presta a responder sobre se uma religião é, ou não, verdadeira, mas somente a analisá-la como um fenômeno social. No caso, como a única instituição presente nas sociedades que não se baseia somente em necessidades físicas do ser humano.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> FUNZINGER, Rodrigo. As margens de estígio: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. *Ciências Penais*, v. 17, p. 317-334, jul./dez. 2012.

<sup>16</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 427.

<sup>17</sup> GIDDENS, Anthony. *Sociologia*, p. 427.

<sup>18</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 181.

Já sob o ponto de vista jurídico, os diplomas internacionais e a Constituição não se preocupam em definir religião, mas, sim, em organizar um sistema de proteção da liberdade independentemente da religião. Para Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>19</sup> inclusive, “a proteção das opiniões e cultos de expressão religiosa” sempre figurou em posição privilegiada nas “agendas nacionais e supranacionais em matéria de direitos humanos e fundamentais”, a exemplo do que ocorre no âmbito do direito constitucional positivo nacional.

O art. 18, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, reconhece a prerrogativa das pessoas à liberdade de religião, pontuando que ela implica a “liberdade de mudar de religião ou de credo, assim como a liberdade de manifestar a sua religião ou credo, sozinho ou em comunidade com outros, quer em público ou em privado, através do ensino, prática, culto e rituais”. E o art. 12, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, tal como o art. 18, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consagram com maior detalhamento o direito à liberdade religiosa,<sup>20</sup> reproduzindo as prerrogativas descritas no art. 18, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, e também determinando a excepcionalidade de sua restrição a situações necessárias para proteger outros bens igualmente relevantes, e reconhecendo o direito à educação religiosa de acordo com as convicções familiares.

Outrossim, a Constituição vigente, sem seu art. 5º, VII e VIII, encarta, respectivamente, a previsão de “prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva” e, em regra, a proibição de privação de direitos “por motivo de crença religiosa”. Por sua vez, o art. 5º, VI,<sup>21</sup> consagra a liberdade religiosa como um direito fundamental sob três aspectos, vale dizer, a liberdade de crença, de culto e de organização religiosa.<sup>22-23</sup>

O que se extrai é que a liberdade de religião possui como característica central a liberdade de escolha da pessoa. Primeiro, a liberdade da fé ou crença,<sup>24</sup> que pode ser positiva ou negativa. Positiva no sentido de liberdade de “incorporar o direito quanto a crer naquilo que melhor atenda às necessidades espirituais do

---

<sup>19</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 829-845, ago. 2015.

<sup>20</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, p. 829-845.

<sup>21</sup> Art. 5º (...) VI – é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.

<sup>22</sup> CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. Liberdade de expressão religiosa e autodeterminação democrática, p. 348.

<sup>23</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 28.

<sup>24</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEVER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 985-994, ago. 2015.

ser humano”, independentemente de se tratar, ou não, de uma divindade. E negativa no sentido de poder não acreditar em nada, o que traduz vertentes como o agnosticismo, o ateísmo ou o ceticismo.<sup>25</sup> Porém, como a prática religiosa é ínsita a qualquer crença, essa liberdade alcança também os cultos e, por consequência, a organização religiosa. De fato, não há como garantir a liberdade religiosa sem garantir a liberdade de culto e de organização de igrejas ou templos, haja vista que representam a exteriorização daquela.<sup>26</sup> A realização de culto demanda elevada organização, como na forma de celebração, na competência para ministrar e na administração dos recursos e materiais.<sup>27</sup>

Essas três perspectivas da liberdade religiosa são, inclusive, consideradas direitos humanos, posto que “incorporam à pessoa humana pelo mero e simples fato da condição de ser humano”, não existindo nenhuma exigência para que o indivíduo tenha acesso pleno a esses direitos, cujo desrespeito importa até mesmo desacato à sua dignidade.<sup>28</sup>

Paulo Sanches Campos,<sup>29</sup> no entanto, alerta que o Estado “pode exigir determinados comportamentos de organização, por meio das leis ordinárias, com vistas à apuração de responsabilidades por eventuais atos ilícitos, fiscais e tributários”. O que não se admite é que o Estado “interfira em aspectos éticos dessa organização, impondo-lhe regras que se tornem incompatíveis com as crenças da igreja”.

Entretanto, identifica-se que a liberdade religiosa se relaciona com dois valores relevantes, importa dizer, a igualdade e a tolerância. Quanto à primeira, cabe recordar que, em uma sociedade que preza a isonomia, a prática religiosa deve ser livre. Ou seja, deve reconhecer o direito a toda pessoa, sem exceção, seja brasileiro, estrangeiro residente no país ou mesmo turista, de ter uma religião, mais de uma ou nenhuma.<sup>30</sup> Inclusive, a laicidade do Estado amplia a liberdade religiosa a partir do tratamento isonômico das diversas religiões.<sup>31</sup> A seu turno, a tolerância é uma atitude de reconhecimento dos direitos universais da

<sup>25</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, p. 29-30.

<sup>26</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEVER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, p. 985-994.

<sup>27</sup> CAMPOS, Paulo Sanches. As associações no novo Código Civil e a liberdade de religião. *Revista dos Tribunais*, v. 819, p. 77-85, jan. 2004.

<sup>28</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, p. 76 e 113-114.

<sup>29</sup> CAMPOS, Paulo Sanches. As associações no novo Código Civil e a liberdade de religião, p. 77-85.

<sup>30</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. Minorias religiosas e o direito à liberdade religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 584 e 592-593.

<sup>31</sup> CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. Liberdade de expressão religiosa e autodeterminação democrática. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Direito e desenvolvimento*, p. 348-350.

pessoa humana, especialmente as liberdades públicas do outro.<sup>32</sup> Destarte, a tolerância significa a atitude de respeito que as pessoas devem cultivar uns para com os outros em uma sociedade pluralista.<sup>33</sup>

Entretanto, existem dificuldades para a prevalência da tolerância. A primeira consubstancia-se no fato de a tolerância ser exigida justamente em um ambiente em que, ao menos num primeiro instante, identificou-se uma resistência de tolerar algo.<sup>34</sup> A segunda surge no contexto de um conflito entre a liberdade religiosa e outra liberdade igualmente relevante. Esse conflito, aliás, pode ocorrer entre duas liberdades religiosas, especialmente quando uma religião propaga um dogma de que ela é a única correta e que as pessoas que dela não comungam são infiéis ou pecadores.<sup>35</sup>

Sob outra ótica, pode-se afirmar que a tolerância e a igualdade são valores fortemente vinculados, na medida em que, conforme recorda Jónatas Eduardo Mendes,<sup>36</sup> a tolerância pressupõe um “contexto de igualdade e reciprocidade”.

Apresentados esses aspectos que informam o direito à liberdade religiosa compete expor que ele, a exemplo dos demais direitos fundamentais, exterioriza-se por meio de deveres, que podem ser de três dimensões principais, quais sejam, dever de respeitar, dever de proteger e dever de promover.<sup>37</sup>

Gilmar Ferreira Mendes ensina que os direitos fundamentais, na sua concepção tradicional, são direitos de defesa, pois destinados a tutelar determinados posicionamentos subjetivos em face de uma possível intervenção do Estado. Todavia, muitas vezes a simples abstenção não é suficiente para garantir o pleno exercício da liberdade, ocasião em que o Poder Público deve fornecer prestações positivas, que podem ser de natureza normativa ou mesmo material.<sup>38</sup> Em outros termos, a fruição do direito da liberdade religiosa não é garantida, por vezes, somente com o respeito do Estado a esse direito subjetivo do indivíduo, mas, sim, demanda a sua atuação efetiva, seja protegendo ou, ainda, promovendo ou realizando o direito por meio de condutas ou prestações positivas.

---

<sup>32</sup> BERTOLO, Patrícia Batista; ROCHA, Carlos Odon Lopes da. O princípio da tolerância como sustentáculo da democracia e dos direitos humanos. *Revista Virtual da AGU*, ano VIII, n. 77, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

<sup>33</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*. Coimbra: Coimbra Editora, 1996, p. 256.

<sup>34</sup> MINHOTO, Antonio Cleso Baeta. Tolerância, religiões afro-brasileiras e evangélicas: minoria versus minoria. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*, p. 615.

<sup>35</sup> FUNZINGER, Rodrigo. As margens de estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião, p. 317-334.

<sup>36</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 257.

<sup>37</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 255-269.

<sup>38</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002, p. 199-205.



Com efeito, diante de situações concretas, nas quais vislumbrada uma possível violação ou afronta ao direito subjetivo do indivíduo ou de uma coletividade à liberdade religiosa, cabe ao Estado adotar medidas concretas de proteção do direito subjetivo. Isso porque, segundo Ingo Wolfgang Sarlet,<sup>39</sup> o conteúdo da liberdade religiosa possui “sentido amplo”, ou seja, tanto de direito de defesa quanto de direito a prestações. E essa obrigação existe, segundo Jorge Reis Novais,<sup>40</sup> porque o Estado, “assumindo o monopólio do uso da força coercitiva legítima, fica obrigado à proteção geral da vida, segurança, bem-estar, liberdade e propriedade dos particulares”.

Priscila Formigheri Feldens e Fernando Tonet<sup>41</sup> utilizam a terminologia “Estado colaborador” ao mencionarem que a liberdade religiosa não consiste somente em o Estado não impor uma religião ou não impedir alguém de professar uma crença, mas, também, do Estado propiciar ao indivíduo ou à coletividade seguir uma determinada religião.

Jónatas Eduardo Mendes Machado<sup>42</sup> bem sintetiza ao dizer que o direito à liberdade religiosa constitui um direito subjetivo, eis que acionável por seus titulares diante dos poderes públicos. E complementa, consignando que “ao Estado é exigível a realização daquelas prestações positivas e negativas, fácticas e normativas, que sejam necessárias para garantir o exercício sem perturbações do direito à liberdade religiosa”.

Salienta-se, de outro lado, que, não obstante seja o Estado o principal destinatário vinculado às normas de direitos fundamentais, os deveres relativos à liberdade religiosa também se projetam sobre as relações privadas.<sup>43</sup> Desse modo, ainda que originariamente os direitos fundamentais tenham sido concebidos como direitos de defesa da pessoa em face do Estado, a evolução tanto da sociedade quanto do próprio Estado conduziu à ampliação dessa concepção, passando a se reconhecer “força irradiante” dos direitos fundamentais até mesmo na esfera das relações privadas, com vistas a se garantir a ampla eficácia de tais direitos.<sup>44</sup>

---

<sup>39</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, p. 829-845.

<sup>40</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*, p. 259.

<sup>41</sup> FELDENS, Priscila Formigheri; TONET, Fernando. Intolerância religiosa: limites à liberdade de expressão diante da jurisprudência. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, Chapecó, v. 14, n. 1, p. 127-148, jan./jun. 2013.

<sup>42</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 252-254.

<sup>43</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, p. 829-845.

<sup>44</sup> KLOSTER, Ângelo Márcio. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Virtual da AGU*, ano X, n. 98, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

De fato, restringir a força normativa de valores constitucionais a partir da vinculação apenas do Estado pode resultar grave prejuízo, razão pela qual ela deve se estender à totalidade dos indivíduos e das forças integrantes da sociedade, que protagonizam múltiplas relações de natureza privada.<sup>45</sup>

Essa tese, conhecida como eficácia horizontal dos direitos fundamentais, foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal inicialmente, de modo expresso, por ocasião do julgamento do RE n. 201.819.<sup>46</sup> No acórdão foi destacado que, como as violações a direitos fundamentais não se limitam às relações entre o cidadão e o Estado, mas abrange também relações privadas, os “direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados”.

Nesta esteira, em síntese, tem-se que o direito à liberdade religiosa repercute nas relações do indivíduo com o Estado e com outros indivíduos. A liberdade religiosa impõe um dever de respeito nas relações privadas e um dever de respeito e proteção pelo Estado.

### **A POSSÍVEL RESTRIÇÃO DAS CHARGES DE HUMOR EM FACE DA LIBERDADE RELIGIOSA**

Válido salientar que a Constituição da República sinaliza se tratarem de institutos distintos a censura e a restrição. Isso significa que, diferentemente da restrição, a censura nunca é cabível para fins de limitar a liberdade de expressão.

O art. 5º, IX, é expresso ao prever que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. O mesmo se vislumbra no § 2º, do art. 220, que é peremptório ao determinar que “é vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística”. Todavia, o *caput* do mesmo art. 220 ressalva que a “manifestação de pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão restrição, observado o disposto nesta Constituição”. Neste plano, é possível observar a utilização de terminologia distinta. Enquanto os dois primeiros dispositivos transcritos vedam a “censura”, o último consagra a possibilidade de “restrição” da liberdade de expressão, “observado o disposto nesta Constituição”, o que autoriza a intelecção de que a restrição constitui gênero e a censura uma de suas espécies.

---

<sup>45</sup> MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. *Liberdade religiosa numa comunidade constitucional inclusiva*, p. 252-254.

<sup>46</sup> Rel. Min. Ellen Gracie. Rel. para o Acórdão Min. Gilmar Mendes. 2ª T. Julgamento em 11/10/2005. DJ de 27/10/2006. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 10/02/2016.

Por isso, e considerando que para hermenêutica jurídica a norma não traz palavras inúteis, Victor Campos Clement Leahy<sup>47</sup> defende uma diferença de conceitos de restrição e censura. Esta, como sendo uma “espécie de restrição prévia e arbitrária, sem garantias processuais, com parâmetros vagos, imprecisos e subjetivos” que “não se harmoniza com o Estado Democrático de Direito em nenhuma circunstância, seja qual for a origem do ato (administrativo, judicial ou legislativo)”. E, aquela, como sendo uma definição “mais abrangente, incluindo medidas prévias e a posterior”, podendo ser, conforme situação específica, legítimas ou ilegítimas. O autor, inclusive, lembra que a restrição pode se efetivar por meio de determinação ou previsão expressamente inserta no Texto Constitucional, como, por exemplo, a do art. 220, § 4º,<sup>48</sup> e a do art. 221, IV,<sup>49</sup> como também pela utilização da técnica da ponderação com outros preceitos constitucionais a partir de casos concretos.

Gilmar Ferreira Mendes<sup>50</sup> ratifica esse posicionamento, pontuando que o Texto Constitucional não exclui a possibilidade da limitação da liberdade de expressão, pois justamente estipula, em seu art. 220, que o seu exercício deve ocorrer com observância do disposto na Constituição. Afirma, ainda, que outra não poderia ser a posição da Constituição, sob pena de outros valores igualmente significativos serem esvaziados.

Doutro pórtico, é cabível afirmar que, em tese, a liberdade religiosa pode entrar em conflito com a liberdade de expressão, inclusive na sua modalidade artística, como se constata, algumas vezes, por exemplo, no caso de charges ofensivas ou lesivas a determinadas orientações ou práticas religiosas.<sup>51</sup>

No possível controle ou limitação das charges, como espécie de forma de expressão, em face da liberdade religiosa, apenas excepcionalmente é possível a adoção do mecanismo da restrição prévia da veiculação. Sobre isso, João Paulo Capelotti<sup>52</sup> aduz que a restrição prévia é descabida, haja vista que a avaliação do humor reclama o exame de minúcias atinentes, inclusive, a época ou contexto em que produzido. Para ele, a sátira, seja quanto ao seu conteúdo ou forma, não

<sup>47</sup> LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos.

<sup>48</sup> Art. 220 § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

<sup>49</sup> Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios: (...) IV – respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

<sup>50</sup> MENDES, Gilmar Ferreira. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 479-486, ago. 2015.

<sup>51</sup> SARLET, Ingo Wolfgang, Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988, p. 829-845.

<sup>52</sup> CAPELOTTI, João Paulo. Direito ao humor e responsabilidade civil: o humor entre a crítica social e o dano. *Revista dos Tribunais*, v. 939, p. 19, jan. 2014.

pode ser alvo de vedação apriorística. Defende, conseqüentemente, a responsabilização posterior, se o caso. No mesmo sentido, Luis Roberto Barroso<sup>53</sup> alerta que a restrição prévia de uma publicação ou divulgação constitui medida radical e excepcional, não prevista explicitamente na Constituição, que elimina a liberdade de expressão. Na mesma esteira, recorda da possibilidade de se buscar, em caso de abuso nas charges, a recomposição civil e a aplicação de penalidade, além do exercício do direito de resposta.

Contudo, o art. 13.5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, com redação semelhante ao art. 20, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto n. 592/92, estabelece expressamente que “a lei deve proibir toda propaganda a favor da guerra, bem como toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência”. São hipóteses, portanto, aptas a serem proibidas, “*a priori* e de modo absoluto”.<sup>54</sup>

Neste diapasão, as restrições prévias às charges de humor devem ser adotadas em casos excepcionais, ao passo que as responsabilidades ulteriores por excessos ou violação à liberdade religiosa são, a princípio, legítimas.<sup>55</sup>

Posto isso, por fundamental, deve-se investigar a legitimidade de alguns argumentos favoráveis à liberdade irrestrita das manifestações de humor, exteriorizadas por charges, mesmo no caso de conflito com a liberdade religiosa.

### A limitação da liberdade de humor

O humor, tal como a literatura, versa sobre indistintos assuntos. E, apesar de “lutar permanentemente para que nenhuma proibição ou controle possa atingir suas produções”,<sup>56</sup> não prospera a alegação de que as charges não possuem limites, posto que nenhum direito é absoluto e o humor, enquanto forma de liberdade de expressão, não foge a esta regra.<sup>57</sup>

João Paulo Capelotti<sup>58</sup> lembra que se atribui ao humorista alemão Kurt Tucholsky a máxima de que “A sátira pode tudo” (*Satyre darf alles*). Mas, de

---

<sup>53</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 735-778, ago. 2011.

<sup>54</sup> RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 88-104.

<sup>55</sup> LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos.

<sup>56</sup> POSSENTI, Sírio. *Humor, língua e discurso*. São Paulo: Contexto, 2013, p. 175.

<sup>57</sup> RODRIGUES JR, Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 88-104.

<sup>58</sup> CAPELOTTI, João Paulo. Direito ao humor e responsabilidade civil: o humor entre a crítica social e o dano, p. 19.

outro lado, logo adverte que “a jurisprudência, e antes dela, o bom senso, mostram que não”. E complementa, ponderando que “indenizações elevadas, reações negativas de setores da opinião pública e mesmo o ostracismo são algumas mostras de que nem sempre o potencial transgressor do riso é pertinente e bem aceito, ou, para o que interessa ao direito, lícito”.

De fato, tanto o art. 13.2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, quanto o art. 19.3, Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consagram a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, notadamente para preservar a reputação das demais pessoas e para proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral pública. Além disso, não é possível aceitar a ausência de limites às manifestações de humor, haja vista a imposição de parâmetros ou restrições pela dignidade humana, valor exigido em qualquer relação interpessoal. Não há, portanto, como admitir que o direito à liberdade de humor possa se sobrepor à dignidade humana.<sup>59</sup> Enfim, nenhum direito é absoluto e, por isso, o seu exercício deve se dar mediante o respeito ao direito dos outros indivíduos, titulares também de liberdades públicas de igual importância constitucional, sendo tal convivência harmoniosa proposição lógica para a vida em sociedade.<sup>60</sup>

## O Estado Laico e a proteção religiosa

Existem diversos modelos de relação entre Estado e Igreja,<sup>61</sup> podendo se destacar ao menos a união, a confusão e a separação. A união implementa-se a partir da preferência estatal por uma determinada crença. Na confusão não se sabe sequer onde começa e termina o Estado e a Igreja, pois constituem uma única instituição, na qual a autoridade estatal é também a autoridade eclesiástica e não há opção da sociedade por outro segmento religioso. Por derradeiro, na separação, como a própria denominação sinaliza, Estado e Igreja não se confundem, inexistindo uma religião oficial ou mesmo privilégios ou subvenções a determinada Igreja.<sup>62</sup>

O Brasil é um país laico, no qual vigora o modelo de separação entre Estado e Igreja. Sobre isso, o art. 19, I, da Constituição, não deixa dúvidas ao proibir os entes públicos de “estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes

---

<sup>59</sup> BRANDÃO, Lucas Trombetta. Dignidade da pessoa humana: um princípio fundamental. *Revista Virtual da AGU*, ano VIII, n. 77, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

<sup>60</sup> SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. Anotações sobre limites e restrições aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, n. 133, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

<sup>61</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEVER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, p. 985-994.

<sup>62</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*, p. 35-36.

o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.

Esse caráter laico informa que o Estado se mantém indiferente às diversas crenças, neutro, não promovendo distinções, quer para beneficiá-las ou prejudicá-las.<sup>63</sup> Contudo, não inibe a possibilidade de o Estado ter em sua Constituição a liberdade religiosa como um direito fundamental. Assim, o Brasil, além de não impor restrição ou tratamento discriminatório a nenhuma crença, consagra em sua Constituição, expressamente, a liberdade religiosa.<sup>64</sup>

Nesse sentido, a circunstância do Estado ser laico não autoriza em nenhum momento o desrespeito ou a violação da liberdade religiosa pelos membros da sociedade.<sup>65</sup> Também não isenta o Estado de promover a proteção desse direito público subjetivo dos indivíduos.

### A religião como aspecto cultural

Oportuno rememorar que o art. 5º, X, da Constituição, proclama que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”. Não divergindo, o art. 13.2, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e o art. 19.3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, consagram a possibilidade de limitação da liberdade de expressão, notadamente para preservar a reputação das demais pessoas.

Neste plano, cabe o registro de que é recorrente na ciência jurídica a referência a conflitos entre a liberdade de expressão e direitos da personalidade, apontando-se, inclusive, a existência de “uma inevitável tensão na relação”.<sup>66</sup>

Todavia, os direitos de personalidade formam uma categoria *sui generis* de direitos, inexistindo, por consequência, uma definição jurídica sedimentada ou uma classificação uníssona a respeito.<sup>67</sup> E para a psicologia não é diferente. Existe razoável dúvida sobre a classificação da opção e prática religiosa como um direito da personalidade, na medida em que, segundo o psicólogo Jacob A.

---

<sup>63</sup> BASTOS, Celso Ribeiro; MEVER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, p. 985-994.

<sup>64</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e a relação como o terrorismo. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*. v. 8, p. 1.089-1.127, ago. 2015.

<sup>65</sup> GONÇALVES, Antonio Baptista. Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e a relação como o terrorismo, p. 1.089-1.127.

<sup>66</sup> MENDES, Gilmar Ferreira Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem, p. 479-486.

<sup>67</sup> LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 27, p. 201-222, jul./set. 2006.

Belzen,<sup>68</sup> “a religiosidade (...) é um fenômeno constituído culturalmente” ou “inteiramente determinado pela cultura”. No mesmo sentido, Gordon Mathews<sup>69</sup> lembra que, apesar de a antropologia não determinar categoricamente o que se pode entender por cultura, há o pressuposto comum a todos de que ela representa “unidades coesas”, o que alcançaria, na visão do antropólogo, “o estatuto de religião”.

Entretanto, não é plausível admitir a impossibilidade da proteção da liberdade de religião diante de uma relação de conflito com a liberdade de expressão contida em charges simplesmente por, eventualmente, a psicologia e a antropologia considerá-la um aspecto essencialmente cultural (e, não, da personalidade). Primeiro, porque, apesar de divergências, festejado segmento da doutrina jurídica, liderado por Limongi R. França,<sup>70</sup> classifica os direitos de personalidade, a partir de sua natureza dominante, em três aspectos, vale dizer, direito à integridade física, à integridade intelectual e à integridade moral, situando a liberdade religiosa neste último. Antônio Cezar Lima da Fonseca,<sup>71</sup> repercutindo essa classificação, também esclarece que o direito à liberdade em geral representa os direitos à integridade moral. No entanto, a hipótese inversa admite a intervenção do Estado, ou seja, o abuso da liberdade religiosa, que ocasiona a fragilização de outros direitos de similar estatura constitucional, enseja controle. Sobre isso, Maria Costa Neves Machado<sup>72</sup> recorda que “as manifestações culturais, inclusive relacionadas à religião, encontram-se limitadas na esfera internacional pelo respeito aos direitos humanos”. Aldir Guedes Soriano<sup>73</sup> ratifica que a liberdade religiosa “não pode servir de escudo protetivo, para dar guarida a atividades ilícitas ou atos que atentem contra a incolumidade pública, a moral e os bons costumes. A liberdade religiosa não é um direito absoluto. Existe uma relativização, um limite à liberdade religiosa”. Outrossim, mesmo que eventualmente a psicologia e a antropologia situem a religiosidade, preponderantemente, no campo da cultura, isso não inibe o dever de respeito dos indivíduos e o dever de respeito e a proteção do Estado. Estevão de Rezende Martins<sup>74</sup> até mesmo defende que “é inegável que

<sup>68</sup> BELZEN, Jacob. A. Psicologia cultural: uma abordagem hermenêutica ao estudo da religião. Tradução de André Muniz de Moura. *Multitextos*, ano 1, n. 2, Rio de Janeiro: PUC Rio, 2012. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20921/20921.PDF>>. Acesso em: 09/02/2016.

<sup>69</sup> MATHEWS, Gordon. *Global culture/individual identity*; London/New York: Routledge, 2000, p. 3 *apud* MARTINS, Estevão de Rezende. *Cultura e poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 44.

<sup>70</sup> FRANÇA, R. Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Doutrinas Essenciais de Direito Civil*, v. 3, p. 653, out. 2010.

<sup>71</sup> FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 715, p. 36-55, maio 1995.

<sup>72</sup> MACHADO, Maria Costa Neves. *Diferença cultural*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014, p. 202.

<sup>73</sup> SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 38.

<sup>74</sup> MARTINS, Estevão de Rezende. *Cultura e poder*, p. 45.

a referência cultural desempenha um papel determinante nos processos pessoais”. E, ainda que se defenda que isso não repercute no direito de personalidade, é crível que a liberdade religiosa possui elevado valor, seja para o homem, a sociedade ou o direito, o que legitima a sua tutela. Ivan de Oliveira Silva<sup>75</sup> até mesmo defende que “a opção religiosa identifica pessoas e visões de mundo” e que “não é incomum encontrarmos sujeitos e comunidades traçarem seus projetos existenciais a partir da vivência religiosa em que se encontram inseridos”. Por fim, reitera-se que a liberdade de expressão, tal como a liberdade religiosa, é um direito fundamental, o que, por si só, determina a incidência, na espécie, do princípio da convivência das liberdades, “pelo que não se permite que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias”.<sup>76</sup>

### O humor como meio de ofensa

Eventual alegação de que o humor contido em charge não ofende e, por isso, não pode ser objeto de controle para a proteção de direitos fundamentais, não se sustenta.

Para a psiquiatra Marie-France Hirigoyen,<sup>77</sup> uma das formas mais frequentes de assédio moral são os ataques à dignidade, na qual se inserem condutas de ridicularização, como rir de deficiências ou do físico da vítima, imitar ou caricaturizar a pessoa assediada e rir de suas origens ou nacionalidade. Heinz Leymann<sup>78</sup> também elenca como situações ofensivas caracterizadoras de assédio moral, dentre outras, “ridicularizar a vítima”, “fazer brincadeiras acerca de alguma deficiência do ofendido”, zombar da vida privada do assediado”, e “chamar a vítima com palavras obscenas ou outras expressões degradantes”. Aliás, os dois autores não divergem que o ataque ou crítica à crença ou convicção religiosa também se configura assédio moral.

Reginald Delmar Hintz Felker<sup>79</sup> chama atenção para a ilegitimidade da conduta ridicularizadora e dos gracejos imoderados, que, segundo opina, podem afetar a sensibilidade de que é dotado o ser humano.

---

<sup>75</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. Minorias religiosas e o direito à liberdade religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*, p. 584.

<sup>76</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 112.

<sup>77</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: o direito à indenização pelos maus-tratos e humilhações sofridos no ambiente de trabalho, p. 32 *apud* THOME, Candy Florencio. *O assédio moral nas relações de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 48.

<sup>78</sup> LYMAN, Heinz. Mobbing. Psychoterror am Arbeitsplatz und wie man sich dagegen wehren kann. Hamburgo: Rororo Aktuell, 2002, p. 33-34 *apud* THOME, Candy Florencio. *O assédio moral nas relações de emprego*, p. 49-50.

<sup>79</sup> FELKER, Reginald Delmar Hintz. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010, p. 123.



Na Apelação n. 422.149, da 11ª Câmara do TACrim-SP,<sup>80</sup> restou alertado que “não é admissível que, por amor à pilhéria, se tolere que alguém se divirta à custa da reputação ou decoro alheio. Uma coisa é gracejar, outra é ridicularizar”. O julgado ainda adverte peremptoriamente que “o ridículo é uma arma terrível. Uma piada malévola pode destruir toda uma reputação”. Já na ementa do voto vencido do Des. Linneu Carvalho na Apelação n. 117.411-4/9-00, do TJ-SP, ressaltou-se que “não é porque os quadros de programa humorístico de televisão sejam escritos com espírito pândego que estejam subtraídos da possibilidade de causar lesões morais”. E se concluiu: “retratar pessoas de modo caricaturado, e por vezes grosseiro, pode configurar eventual abuso de direito”.<sup>81</sup>

Em suma, a sátira propagada por charges pode, eventualmente, diante de suas características, configurar ofensa apta a ser tutelada pelo Estado.

### O indivíduo como sujeito passivo da ofensa

Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho<sup>82</sup> lembra que, geralmente, os ordenamentos jurídicos protegem a pessoa ofendida, sancionando a conduta prejudicial e possibilitando a reparação civil do dano. Não obstante, nem sempre as charges ofensivas à liberdade religiosa se dirigem um sujeito determinado, um cidadão, atingindo, por vezes, os fundamentos ou a doutrina de uma religião ou, ainda, uma figura, entidade ou líder religioso, como Jesus Cristo, Maomé ou Buda. Isto é, em muitas vezes, não se trata de dano individual, mas de um “abalo institucional”, em detrimento de toda a sociedade.

Quando as charges ofensivas não se dirigem a cidadãos específicos, mas vulneram preceitos ou entidades de uma religião, configura-se uma violação a direito difuso. E, nesta situação, a tutela estatal de proteção, consistente normalmente na reprimenda da conduta e na imposição de penalidade de natureza pecuniária, não pode beneficiar apenas um cidadão.

Especificamente na reparação financeira do direito difuso, não se admite o enriquecimento apenas da parte autora.<sup>83</sup> Na medida em que o interesse é difuso, as indenizações devem reverter para toda a coletividade afetada, razão pela qual o meio de tutela adequado é a ação civil pública,<sup>84</sup> no qual o produto financeiro

---

<sup>80</sup> Rel. Juiz Sidnei Beneti, sessão de 23.6.1986. Acórdão extraído de CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade e dano moral. *Revista LTr*: Legislação do trabalho, ano 59, n. 3, p. 342-347, mar. 1995.

<sup>81</sup> Rel. Des. Cezar Peluso, 2ª Câmara de Dir. Privado, sessão de 4.4.2000. Ementa extraída de STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004, p. 874.

<sup>82</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 108-109.

<sup>83</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil*. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p. 240.

<sup>84</sup> CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*, p. 109.

da condenação é revertido a um fundo destinado à proteção do interesse difuso. E os recursos desse fundo, segundo bem lembra Vitor Fernandes Gonçalves,<sup>85</sup> são empregados em diferentes medidas, como a promoção de eventos educativos, na edição de material informativo ou, ainda, na modernização de órgãos públicos responsáveis pela execução de políticas atinentes à defesa do interesse difuso.

A respeito, Ivan de Oliveira Silva<sup>86</sup> destaca a situação dos grupos religiosos minoritários, atentando que “no âmbito da tutela coletiva, registramos que todos os legitimados para a tutela dos direitos e interesses transindividuais (mais conhecidos pela expressão Direitos difusos e coletivos) têm poder/dever de atuarem em favor das minorias religiosas”.

Aliás, essa tutela cível não inibe, eventualmente, a persecução penal em situações extremas de discriminação religiosa, na esteira do art. 1º, da Lei n. 7.716/89,<sup>87</sup> combinado com o art. 208, do Código Penal.<sup>88</sup>

Todavia, cumpre anotar que, em regra, somente o Judiciário pode promover o controle da liberdade de expressão. É que, embora a Constituição reconheça a possibilidade de limitação administrativa das liberdades públicas em caso de flagrante delito ou prisão em flagrante, a liberdade de expressão possui natureza complexa e demanda interpretação subjetiva e aprofundada. Desse modo, em casos, por exemplo, de homicídio ou roubo, o policial está habilitado a realizar a prisão em flagrante dado o caráter objetivo da avaliação do cenário. Situação que não se repete na “tarefa de avaliar, subjetivamente, se uma música é ofensiva à pessoa ou à moral pública, se uma obra de arte subverte os padrões culturais da sociedade, se uma *charge* é caluniosa...”<sup>89</sup>

Em complemento, interessante ressaltar que a liberdade religiosa, enquanto interesse difuso, demanda proteção, haja vista, especialmente, o seu status posicional na sociedade. Podemos dizer que, para a sociologia, a religião é uma importante categoria social, que atrela uma pluralidade de pessoas a uma unidade social.<sup>90</sup> Assim, a religião geralmente não apenas constitui um valor elevado na perspectiva individual de cada cidadão, mas repercute na consideração externa

---

<sup>85</sup> GONÇALVES, Vitor Fernandes. *A punição na responsabilidade civil*, p. 240.

<sup>86</sup> SILVA, Ivan de Oliveira. Minorias religiosas e o direito à liberdade religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*, p. 595.

<sup>87</sup> Art. 1º Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.

<sup>88</sup> Art. 208. Escarnecer de alguém publicamente, por motivo de crença ou função religiosa; impedir ou perturbar cerimônia ou prática de culto religioso; vilipendiar publicamente ato ou objeto de culto religioso: Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

<sup>89</sup> SZTAJNBERG, Deborah; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O controle jurisdicional da liberdade de expressão: ver, ouvir e decidir depois. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, p. 177, jul. 2012.

<sup>90</sup> LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*, p. 101-102 e 107-108.

que incide sobre o grupo social. Ou seja, a ofensa rogada por meio de charges a uma determinada religião repercute no conceito que a sociedade tem em relação aos seus seguidores ou fiéis, uma vez que a opção religiosa representa relevante categoria social que identifica a posição de um cidadão.

## OS CRITÉRIOS DE RESTRIÇÃO PARA AS CHARGES EM FACE DA PROTEÇÃO DA LIBERDADE RELIGIOSA

Como cediço, “nenhum direito é absoluto e o direito à liberdade de expressão não foge a esta regra”.<sup>91</sup> Assim, em caso de eventual colisão entre uma charge, enquanto manifestação da liberdade de expressão, e outro princípio ou direito fundamental, tal como os direitos de personalidade e a liberdade religiosa, cabe ao intérprete constitucional resolvê-lo por meio da técnica da ponderação de normas, valores ou interesses, e, não, por critérios tradicionais de solução de conflitos, como o hierárquico, o temporal e o da especialização.<sup>92</sup>

Ao utilizar a ponderação entre os direitos e princípios em conflito, o operador do direito deverá “fazer concessões recíprocas entre as pretensões em disputa, preservando o máximo possível do conteúdo de cada uma” e “em situações extremas, precisará escolher qual direito irá prevalecer e qual será circunstancialmente sacrificado, devendo fundamentar racionalmente a adequação constitucional de sua decisão”.<sup>93</sup>

Robert Alexy<sup>94</sup> explica que suscitada técnica da ponderação integra um princípio mais amplo, no caso, o princípio da proporcionalidade. Em continuação, esclarece que o princípio da proporcionalidade consiste de três preceitos parciais, isto é, a idoneidade, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Anota ainda que os direitos fundamentais se consubstanciam em “mandamentos de otimização”, ou seja, ordens de realização tanto quanto possível em face das condições fáticas e jurídicas. Neste cenário, ele ressalta que a idoneidade e a necessidade se relacionam às possibilidades fáticas. Enquanto a idoneidade “exclui o emprego de meios que prejudiquem a realização de, pelo menos, um princípio, sem, pelo menos, fomentar um dos princípios ou objetivos, cuja

---

<sup>91</sup> RODRIGUES JR, Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 88-104.

<sup>92</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa, p. 735-778.

<sup>93</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa, p. 735-778.

<sup>94</sup> ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 915-928, ago. 2011.

realização eles devem servir”, a necessidade pede, de dois meios, que, em geral, fomentam igualmente bem um princípio, optar por aquele que menos intensamente intervém no outro princípio. Já a proporcionalidade em sentido estrito, que se refere à otimização das possibilidades jurídicas, informa que “quanto mais alto é o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio, tanto maior deve ser a importância do cumprimento do outro”.

No âmbito da aplicação desta técnica da ponderação, válido salientar a existência de prestigiada corrente que defende um posicionamento hierárquico destacado para alguns direitos fundamentais. Trata-se da doutrina da posição preferencial, adotada pela Suprema Corte norte-americana, que preconiza duas noções centrais. A primeira, de que “é a natureza do Direito Fundamental que o conduz ao topo da hierarquia, e não a natureza da privação que se lhe impõe”. E a segunda determina que a circunstância de um direito estar em posição preferencial não o torna sinônimo de total intangibilidade ou absolutização, sujeitando-se, portanto, também a restrições, ainda que em um grau menor.<sup>95</sup>

Neste plano, Luis Roberto Barroso<sup>96</sup> defende que as liberdades de informação e de expressão, por fundamentarem o exercício de outras liberdades, ostentam, em tese, posição de preferência. Mas o autor adverte que não se trata de superioridade em relação a outros direitos individualmente considerados.

No Brasil, chama-se a atenção para o julgamento do STF, na ADPF n. 130,<sup>97</sup> no qual se declarou como não recepcionado pela Constituição vigente todo o conjunto de dispositivos da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67). O acórdão, após conceber a liberdade de manifestação de pensamento, de informação e de expressão em sentido amplo, com vistas a abarcar inclusive a produção artística, enfatizou que “os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos”.

Miguel Reale Júnior<sup>98</sup> destaca o fato de o Relator, o Ministro Carlos Britto, até mesmo ter defendido em seu voto “a primazia ou precedência das liberdades de pensamento e de expressão sobre quaisquer outros direitos”, apontando “que sequer podem ser consideradas (...) normas, princípios, como mandatos de

---

<sup>95</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-368, abr./jun. 2005.

<sup>96</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa, p. 735-778.

<sup>97</sup> Rel. Min. Carlos Britto, Pleno, DJe 6.11.2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605411>>. Acesso em: 10/02/2016.

<sup>98</sup> REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.

otimização, nos termos de Alexy, pois tem posição superior, em uma hierarquia axiológica, primazia político-filosófica”.

A seu turno, Victor Campos Clement Leahy<sup>99</sup> informa que a doutrina nacional, em sua maioria, também insere a manifestação artística na categoria de liberdade de expressão, mas que Dimitri Dimoulis e Dimitris Christopoulos<sup>100</sup> sugerem um tratamento diferenciado ou ainda mais privilegiado, significa dizer, “a arte teria formas e justificativas de exercício diferentes das demais espécies de manifestação, sendo que os artistas demandariam uma liberdade quase absoluta, em contraste com os demais titulares da liberdade de expressão”.

Transportando para o campo do humor, esse viés artístico, identificado nas charges, teria proteção diferenciada, a exemplo do previsto no Projeto de Lei n. 1.219/2015,<sup>101</sup> de proposição do Deputado Leonardo Quintão, que instituiria o “Estatuto Jurídico da Liberdade Religiosa”, mas que foi objeto de “requerimento de retirada de proposição de iniciativa individual” em 29/10/2015: “Art. 43, (...) § 2º Considera-se discriminatória a criação e divulgação pelos meios de comunicação, de estereótipos negativos e preconceitos contra qualquer grupo religioso, ressalvada a liberdade de expressão do humor, nos limites da lei”.

Entretanto, na prática, não se trata de tarefa fácil determinar a melhor solução a partir desse exercício de ponderação, especialmente quando os direitos em conflitos são a liberdade de expressão, representada pelas charges, e a liberdade religiosa, como direito de proteção.

Ora, apesar de que o direito à livre manifestação, fundamento das charges, é objeto de prestígio na doutrina e jurisprudência, não se pode perder de vista que a liberdade religiosa também o é, inclusive por representar igualmente uma modalidade de liberdade de pensamento.

Na doutrina da posição preferencial comentada alhures, a Suprema Corte norte-americana classifica também a liberdade de crença e de culto, assim como os direitos das minorias religiosas, como direitos preferenciais.<sup>102</sup>

Diante do panorama descrito, forçoso reconhecer que, embora a posição de destaque ocupada pela liberdade de expressão, ela também é objeto de embates

---

<sup>99</sup> LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos.

<sup>100</sup> DIMOULIS, Dimitri; CHRISTOPOULOS, Dimitris. O direito de ofender. Sobre os limites da liberdade de expressão artística. *Revista Brasileira de Estados Constitucionais*, Belo Horizonte, v. 3, n. 10, p. 51, abr./jun. 2009 *apud* LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos.

<sup>101</sup> Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=1214968>>. Acesso em: 13/02/2016.

<sup>102</sup> MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, p. 346-368.

jurídicos,<sup>103</sup> razão pela qual a solução de cada conflito deve variar conforme as circunstâncias do caso concreto, com vistas sempre a tutelar o bem-estar geral da sociedade.<sup>104</sup>

Ademais, em um patamar de conflito principiológico não é possível fixar uma regra global de decisão,<sup>105</sup> pois a aplicação da técnica da ponderação, por si só, não garante a segurança jurídica na avaliação de qual direito deve prevalecer em determinada situação. Alguns critérios, portanto, devem ser considerados para que se alcance, tanto quanto possível, um exame objetivo.

### A tipificação penal da conduta

Um primeiro critério para determinar a prevalência, ou não, do direito à livre manifestação das charges é a circunstância dela atrair, ou não, uma tipificação penal.

Edilsom Farias<sup>106</sup> leciona que a liberdade de expressão deve se compatibilizar com restrições tácitas estabelecidas pelo legislador, com base em direitos e valores constitucionais contrapostos. Trata-se de uma necessária homenagem à harmonização do sistema. Na mesma direção, Bruno Miragem<sup>107</sup> utiliza a terminologia “pertinência jurídica” para atacar as críticas que propagam juízos discriminatórios ou reações ilícitas.

Sobre o tema, emblemático o acórdão proferido no bojo do HC n. 82.424, no qual o STF entendeu que situações extremas, aptas a caracterizar discriminação racial, o que inclui a discriminação por opção de credo, não são albergadas pelo direito à liberdade de expressão, posto que mencionado direito “não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal”.<sup>108</sup>

### O equilíbrio das expressões ou desenhos contidos na charge

O segundo critério é a utilização de expressões adequadas à manifestação do pensamento. As charges devem, portanto, evitar “epítetos pejorativos ou de

---

<sup>103</sup> SZTAJNBERG, Deborah; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O controle jurisdicional da liberdade de expressão: ver, ouvir e decidir depois, p. 177.

<sup>104</sup> RODRIGUES JR., Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, p. 88-104.

<sup>105</sup> FUNZINGER, Rodrigo. As margens de estígio: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião, p. 317-334.

<sup>106</sup> FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 269-271.

<sup>107</sup> MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*, p. 258.

<sup>108</sup> STF. Rel. Min. Moreira Alves. Pleno. Sessão de 17.9.2003. DJ 19.3.2004. Disponível em: <<http://reidir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052>>. Acesso em: 13/02/2016.

mera sacadilhas, que em nada contribuem para o exercício da liberdade de expressão de humor”.<sup>109</sup> Fala-se, com esteio no art. 187, do Código Civil,<sup>110</sup> sobre uma cláusula de bons costumes aplicada na interpretação constitucional.<sup>111</sup>

Não se quer dizer que o Estado deve avaliar se o humor contido na charge é popular ou inteligente,<sup>112</sup> refinado ou escrachado, mas, sim, que algumas expressões ou desenhos podem conter nítido ânimo injuriante. Por vezes, expressões e desenhos em charges objetivam somente denegrir uma tradição ou ridicularizar uma entidade sagrada de uma religião, dissociado de qualquer contexto fático ou social para alicerçar um tom crítico ou de humor.

O STJ, no REsp. 801.109,<sup>113</sup> esclareceu que a liberdade de expressão, que compreende o direito de informação e crítica, por não ser absoluta, possui, como uma de suas limitações, “a vedação de veiculação de crítica jornalística com intuito de difamar, injuriar ou caluniar a pessoas (*animus injuriandi vel diffamandi*)”.

Oportuno o registro de que, para a teoria da personalidade desenvolvida por Abraham Maslow, nominada teoria holístico-dinâmica, uma das características marcantes das pessoas autorrealizadoras, é o senso de humor filosófico e não hostil. Para o psicólogo, “as pessoas saudáveis acham pouca graça em piadas depreciativas”, isto é, do humor ou comédia essencialmente hostil, sexual ou escatológico, onde “a risada em geral é obtida às custas de alguém”.<sup>114</sup>

## A função social da informação ou opinião veiculada na charge

Um terceiro critério que pode subsidiar a avaliação de uma possível proteção da sátira da charge é a presença de uma função social. Isso significa, uma charge cujo conteúdo visa difundir o riso, sem desprezar, no entanto, uma reflexão de

<sup>109</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M. Cruz. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*. Madrid: Civitas, 1999, p. 285-303; ZACCARIA, Roberto. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*. Padova: Cedam, 1999, p. 72-79; CARMONA SALGADO, Concepción. *Libertad de expresión e información y sus límites*. Madrid: Edersa, 1991, p. 132-136 *apud* FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 253.

<sup>110</sup> Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

<sup>111</sup> MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo código de processo civil e a lei de imprensa*, p. 296-298.

<sup>112</sup> (...) Não cabe aos Tribunais dizer se o humor praticado é ‘popular’ ou ‘inteligente’, porquanto à crítica artística não se destina o exercício da atividade jurisdicional. (...). STJ. Resp 736015. Rel. Min. Nancy Andighi. Sessão de 16.6.2005. DJ 1.7.2005. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=humor+e+inteligente&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 13/02/2016.

<sup>113</sup> Rel. Min. Raul Araújo, 4ª Turma, Sessão 12/6/2012, DJe 12/3/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=801109&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12/02/2016.

<sup>114</sup> FEIST, Jess; FEIST, Gregory J. *Teorias da personalidade*. Tradução de Ivan Pedro Ferreira Santos, Cecília Mattos e Wilson Crestani. São Paulo: McGraw-Hill, 2008, p. 273 e 293.

alguma questão ou fato político, social, econômico ou cultural. Sob outra ótica, trata-se da materialização da transposição do interesse público da notícia para o campo específico do humor.<sup>115</sup>

Com efeito, a relevância social da informação ou da opinião que se extrai da charge pode constituir um importante elemento para justificar o direito à liberdade de expressão. Isso se reforça diante do interesse público na divulgação de temas de interesse da sociedade.

### A condição do sujeito objeto da charge

Um quarto aspecto que também pode refletir no grau de proteção da liberdade da charge é a condição da pessoa ou do organismo retratado, haja vista que sobre alguns recaem um maior interesse público. Personalidades públicas “devem estar dispostos a um grau menor de privacidade, sem que isso signifique autorização para invasões grosseiras e ofensivas da intimidade”.<sup>116</sup>

O STF, por ocasião do julgamento da ADI 4.451 MC-REF,<sup>117</sup> assentou que os “programas humorísticos, charges e modo caricatural de por em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de ‘imprensa’”. E a liberdade dessas atividades assegura “o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero, contundente, sarcástico, irônico ou irreverente, especialmente contra as autoridades e aparelhos de Estado”.

Verifica-se, assim, que esse critério se aproxima do anterior, uma vez que a relevância social da informação ou da opinião exposta na charge pode ser medida tanto em relação ao seu conteúdo quanto pelo caráter público das pessoas a que se refere.<sup>118</sup>

Em complemento, deve-se informar que esse aspecto que aborda a diferença entre a personalidade pública e a estritamente privada da pessoa ou organismo objeto da charge atinge não somente as pessoas ocupantes de cargos públicos, como os políticos, mas também as pessoas notórias, como os artistas, esportistas ou pessoas que atuam na área de entretenimento.<sup>119</sup> Trata-se de um conceito

---

<sup>115</sup> CAPELOTTI, João Paulo. Direito ao humor e responsabilidade civil: o humor entre a crítica social e o dano, p. 19.

<sup>116</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 760.

<sup>117</sup> Rel. Min. Ayres Britto, Sessão de 2.9.2010. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2613221>>. Acesso em: 13/02/2006.

<sup>118</sup> LLAMAZARES CALZADILLA, M. Cruz. *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, p. 285-303; ZACCARIA, Roberto. *Diritto dell'informazione e della comunicazione*, p. 72-79; CARMONA SALGADO, Concepción, p. 132-136 *apud* FARIAS, Edilson. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*, p. 253.

<sup>119</sup> BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa, v. 2, p. 735-778.



amplo de personalidade pública.<sup>120</sup> E, neste contexto, o grau de proteção das charges direcionadas a retratar situações relativas à religiosidade, pode variar conforme as características da pessoa ou do organismo enfocado. Charges de políticos ligados a igrejas devem, por isso, a primeira vista, sofrer menor restrição que o humor direcionado à religiosidade de pessoas comuns.

### A veracidade das informações utilizadas na charge

Segundo Antonio Jeová Santos,<sup>121</sup> a dignidade humana não é violada quando “o direito à liberdade de pensamento goza de primazia desde que o pensamento exteriorizado seja verdadeiro, isento de influências, apresentado em linguagem correta e com moderação”.

Todavia, a veracidade das informações utilizadas na charge complementa também o critério da “função social”, citado alhures, eis que, enquanto a função social outorga razoabilidade à divulgação, a veracidade da informação sobre a qual é produzida a charge materializa a boa-fé de seu autor.

Na apreciação do REsp 1.297.567,<sup>122</sup> o STJ, após alertar que a liberdade de informação deve estar atenta ao dever de veracidade e que nem toda informação verdadeira é relevante para o convívio em sociedade, consignou que “a honra e a imagem dos cidadãos não são violados quando se divulgam informações verdadeiras e fidedignas a seu respeito e que, além disso, são de interesse público”.

De fato, a veracidade das informações constitui um dos mais importantes critérios<sup>123</sup> para aferir a legitimidade da charge, já que não parece plausível defender a liberdade de manifestação de uma charge que se utiliza de um fato inverídico (sem indicar essa circunstância), provocando um dano à imagem de alguma pessoa ou entidade.

### CONCLUSÃO

O estudo da limitação das charges pela liberdade religiosa insere-se no debate do conflito entre a liberdade de expressão, como direito de respeito, e a liberdade religiosa, como direito de respeito e de proteção.

---

<sup>120</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 760.

<sup>121</sup> SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*, p. 308.

<sup>122</sup> Rel. Min. Nancy Andrighi, 3ª Turma, Sessão de 23.4.2013. *DJe* 2.5.2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1297567&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 12/02/2016.

<sup>123</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*, p. 755.

Ainda que se reconheça a importância de todas as formas de liberdade de expressão para o Estado Democrático de Direito e para a manutenção das demais modalidades de liberdades, prepondera o entendimento de que nenhum direito fundamental é absoluto, especialmente pela necessidade de se compatibilizar o seu exercício com outros valores e princípios albergados pela Constituição. E o humor realizado por meio das charges não se afasta desse contexto, haja vista se tratar também de uma forma de manifestação artística ou de pensamento e, portanto, uma categoria de liberdade de expressão.

Por sua vez, a liberdade religiosa, que possui como característica central a liberdade de escolha da pessoa, seja para incorporar uma crença ou, eventualmente, não seguir nenhuma religião, constitui também um relevante princípio previsto na Constituição, o que importa no dever de respeito dos demais indivíduos nas relações privadas e o dever de proteção pelo Estado.

Neste cenário, não se sustentam algumas afirmações que almejam desqualificar a possibilidade da limitação da liberdade de expressão em face da necessidade de se proteger a liberdade religiosa, como: “o Estado laico impõe um dever de omissão”; “a natureza cultural da religião descaracteriza o dano”; “o humor nunca é ofensivo”; e “o fato da charge não versar sobre um cidadão, mas sobre um valor ou entidade religiosa, subtrai a possibilidade de tutela do Estado”.

Todavia, a aplicação da técnica da ponderação para solucionar conflitos entre a liberdade de expressão, representada pela charge, e a liberdade religiosa, não garante a segurança jurídica na avaliação de qual direito deve prevalecer em determinada situação. Alguns critérios, assim, podem ser considerados para que se alcance, tanto quanto possível, um exame objetivo ou menos subjetivo. Por exemplo: a eventual tipificação penal da conduta, o equilíbrio das expressões ou desenhos contidos na charge, a função social da informação ou opinião veiculada na charge, a condição do sujeito objeto da charge e a veracidade das informações utilizadas na charge.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, ponderação e racionalidade. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 1, p. 915-928, ago. 2011.

ALVES, Waldir. As manifestações públicas e as liberdades de expressão e de reunião. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 847-892, ago. 2015.

BARROSO, Luis Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 735-778, ago. 2011.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão, censura e controle da programação de televisão na Constituição de 1988. *Revista dos Tribunais*, v. 790, p. 129-152, ago. 2001.

BASTOS, Celso Ribeiro; MEYER-PFLUG, Samantha. Do direito fundamental à liberdade de consciência e de crença. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 985-994, ago. 2015.

BELZEN, Jacob. A. *Psicologia Cultural: uma abordagem hermenêutica ao estudo da religião*. Tradução de André Muniz de Moura. Multitextos, ano 1, n. 2, Rio de Janeiro: PUC Rio, 2012. Disponível em: <<http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/20921/20921.PDF>>. Acesso em: 09/02/2016.

BERTOLO, Patrícia Batista; ROCHA, Carlos Odon Lopes da. O princípio da tolerância como sustentáculo da democracia e dos direitos humanos. *Revista Virtual da AGU*, ano VIII, n. 77, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

BRANDÃO, Lucas Trombetta. Dignidade da pessoa humana: um princípio fundamental. *Revista Virtual da AGU*, ano VIII, n. 77, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

CAMPOS, Paulo Sanches. As associações no novo código civil e a liberdade de religião. *Revista dos Tribunais*, v. 819, p. 77-85, jan. 2004.

CAPELOTTI, João Paulo. Direito ao humor e responsabilidade civil: o humor entre a crítica social e o dano. *Revista dos Tribunais*, v. 939, p. 19, jan. 2014.

CARVALHO, Luiz Gustavo Grandinetti Castanho de. *Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHAVES, Antônio. Direitos da personalidade e dano moral. *Revista LTr: Legislação do trabalho*, ano 59, n. 3, p. 342-347, mar. 1995.

CICHOVSKI, Patrícia Blagitz. Liberdade de expressão religiosa e autodeterminação democrática. In: DIAS, Jean Carlos; GOMES, Marcus Alan de Melo (Coord.). *Direito e desenvolvimento*. São Paulo: Método, Cesupa, 2014.

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. *Novo tratado de responsabilidade civil*. São Paulo: Atlas, 2015.

FARIAS, Edilsom. *Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional*. São Paulo: RT, 2004.

FEIST, Jess; FEIST, Gregory J. *Teorias da personalidade*. Tradução de Ivan Pedro Ferreira Santos, Cecília Mattos e Wilson Crestani. São Paulo: McGraw-Hill, 2008.

FELDENS, Priscila Formigheri; TONET, Fernando. Intolerância religiosa: limites à liberdade de expressão diante da jurisprudência. *Espaço Jurídico: Journal of Law [EJLL]*, Chapecó, v. 14, n. 1, p. 127-148, jan./jun. 2013.

FELKER, Reginald Delmar Hintz. *O dano moral, o assédio moral e o assédio sexual nas relações de trabalho: doutrina, jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2010.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. Anotações aos direitos da personalidade. *Revista dos Tribunais*, v. 715, p. 36-55, maio 1995.

FRANÇA, R. Limongi. Direitos da personalidade: coordenadas fundamentais. *Doutrinas Essenciais de Direito civil*, v. 3, p. 653, out. 2010.

FUNZINGER, Rodrigo. As margens de estige: o direito penal e a limitação dos crimes de ódio relacionados à religião. *Ciências Penais*, v. 17, p. 317-334, jul./dez. 2012.

GIDDENS, Anthony. *Sociologia*. 4. ed. Tradução de Sandra Regina Netz. Porto Alegre: Artmed, 2005.

GONÇALVES, Antonio Baptista. Os direitos e garantias fundamentais atinentes à intolerância religiosa e a relação como o terrorismo. *Doutrinas essenciais de direito constitucional*. v. 8, p. 1.089-1.127, ago. 2015.

GONÇALVES, Vitor Fernandes. A punição na responsabilidade civil. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

KLOSTER, Ângelo Márcio. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. *Revista Virtual da AGU*, ano X, n. 98, mar. 2008. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. *Sociologia geral*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

LEAHY, Victor Campos Clement. Liberdade de expressão e o controle dos filmes ofensivos. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, n. 132, fev. 2013.

LIMBORÇO, Lauro. O direito de crítica e a lei de imprensa. *Doutrinas Essenciais de Direitos Humanos*, v. 2, p. 667-671, ago. 2011.

LIXINSKI, Lucas. Considerações acerca da inserção dos direitos de personalidade no ordenamento privado brasileiro. *Revista de Direito Privado*, v. 27, p. 201-222, jul./set. 2006.

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

MACHADO, Maria Costa Neves. *Diferença cultural*. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. Hierarquização de direitos fundamentais: a doutrina da posição preferencial na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, v. 51, p. 346-368, abr./jun. 2005.

MARTINS, Estevão de Rezende. *Cultura e poder*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gonet. Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 479-486, ago. 2015.

MINHOTO, Antonio Cleso Baeta. Tolerância, religiões afro-brasileiras e evangélicos: minoria versus minoria. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

MIRAGEM, Bruno. *Responsabilidade civil da imprensa por dano à honra: o novo Código de Processo Civil e a lei de imprensa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

POSSENTI, Sírio. *Humor, língua e discurso*. São Paulo: Contexto, 2013.

REALE JÚNIOR, Miguel. Limites à liberdade de expressão. *Revista Brasileira de Ciências*

*Criminais*, v. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.

RODRIGUES JR, Edson Beas. Solucionando o conflito entre o direito de imagem e a liberdade de expressão: a contribuição da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista dos Tribunais*, v. 905, p. 88-104, mar. 2011.

SANTOS, Antonio Jeová. *Dano moral indenizável*. 4. ed. São Paulo: RT, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. Algumas notas sobre a liberdade religiosa na Constituição Federal de 1988. *Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional*, v. 8, p. 829-845, ago. 2015.

SILVA FILHO, Dermeval Rocha da. Anotações sobre limites e restrições aos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. *Revista Virtual da AGU*, ano XIII, n. 133, fev. 2013. Disponível em: <<http://www.agu.gov.br>>. Acesso em: 02/10/2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Proteção constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Ivan de Oliveira. Minorias religiosas e o direito à liberdade religiosa. In: FERRAZ, Carolina Valença; LEITE, Glauber Salomão (Coord.). *Direito à diversidade*. São Paulo: Atlas, 2015.

SORIANO, Aldir Guedes. *Liberdade religiosa no direito constitucional e internacional*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: RT, 2004.

SZTAJNBERG, Deborah; CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti. O controle jurisdicional da liberdade de expressão: ver, ouvir e decidir depois. *Revista de Direito Brasileira*, v. 3, p. 177, jul. 2012.

THOME, Candy Florencio. *O assédio moral nas relações de emprego*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2009.

Data de recebimento: 16/03/2016

Data de aprovação: 30/08/2016

# DIREITOS DAS MULHERES COMO INCLUSÃO SOCIAL DE MINORIAS A PARTIR DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## WOMEN'S RIGHTS AS SOCIAL INCLUSION OF MINORITIES FROM THE GENERAL THEORY OF FUNDAMENTAL RIGHTS

*Emmanuella Magro Denora\**

*Edinilson Donisete Machado\*\**

### RESUMO

O presente artigo, por meio de doutrina especializada, traz as balizas da teoria geral dos direitos fundamentais, a partir de sua conceituação, caracterização, interpretação moderna e consequente divisão didática, utilizando-se metodologicamente de bibliografia especializada para justificar e amparar a argumentação do tema, conduzindo à promoção das conclusões aqui apresentadas pontualmente. Busca-se situar, a partir da teoria geral, matérias específicas envolvendo a fundamentalidade da observância em direitos de minorias, a fim de realizar uma inclusão social pela perspectiva de gênero, especificamente quanto às mulheres. Conclui-se que a necessária inclusão das mulheres como minoria de gênero por meio de políticas públicas são essenciais caracterizadoras da dignidade humana, princípio fundamental dos Estados democráticos de Direito e fomentadores do necessário equilíbrio entre igualdade e liberdade materialmente.

---

\* Mestranda no Programa de Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná (Uenp) – 2016-2017. Advogada militante inscrita na OAB-PR n. 48.394. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2008). Pós-graduada em Direito do Estado pela Universidade Estadual de Londrina (UEL – 2009). Professora de Direito Constitucional, Direito Processual Penal e Direito Penal. Pesquisadora sobre Direitos Humanos e questões de gênero. denora.adv@gmail.com.

\*\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2006). Atualmente é professor titular do Centro Universitário Eurípides de Marília (Univem) e da Universidade Estadual Norte do Paraná (Uenp), na graduação e na pós-graduação *Stricto Sensu*. No Univem é coordenador do curso de graduação em Direito e coordenador dos Programas *Lato Sensu* em Direito. edinilson\_machado@uol.com.br.

**Palavras-chave:** Teoria geral dos direitos fundamentais; Direitos fundamentais da mulher; Direitos das mulheres.

#### ABSTRACT

This article, through specialized doctrine, brings the beacons of the general theory of fundamental rights, from its conceptualization, characterization, modern interpretation and consequent didactic division, using methodologically professional literature to justify and support the argument of the theme, leading to the promotion of the findings presented here on time. Seeks to place, from the general theory, specific matters involving the fundamentality of compliance on minority rights to social inclusion through gender perspective, specifically as women. We conclude that the necessary inclusion of women as gender minority through public policies are essential characterizing human dignity, fundamental principle of democratic states of law and instigators of the necessary balance between equality and freedom materially.

**Keywords:** General theory of fundamental rights; Fundamental rights of women; Women's rights.

#### INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, restou clara à comunidade internacional, diante das atrocidades e desqualificação do ser humano promovida pelo regime nazifascista, a necessidade de se determinar, por meio de acordos entre os povos, o reconhecimento e a reconstrução de valores humanitários como paradigma e referencial ético para orientá-los naquilo que veio a ser chamado de “direito internacional dos direitos humanos”. Acreditou-se que, em decorrência de tais atos, uma parcela das violações cometidas a partir da Alemanha do período bélico poderia ter sido prevenida se houvesse um efetivo sistema internacional protetivo de direitos considerados basilares para a condição da vida humana.<sup>1</sup> No Brasil, o assunto veio à tona com maior fôlego após a democratização – a partir de 1985 –, em um processo de transição lenta e gradual em um cenário de consolidação democrática, que culminou com a Constituição da República em 1988.<sup>2</sup>

Deste modo, aquilo que internacionalmente se intitulou como direitos humanos, internamente veio a ser conhecido como direitos fundamentais, naquilo que se reproduziu nos dispositivos constitucionais, bem como naquilo que se recebe domesticamente,<sup>3</sup> e estes guardando uma posição de destaque

<sup>1</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 30.

<sup>2</sup> PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 379.

<sup>3</sup> Os direitos humanos firmados em tratados internacionais, quando recepcionados pela lei doméstica, passam a integrar o corpo do que chamamos de direitos fundamentais. Há discussão doutrinária a fim de estabelecer a mesma hierarquia normativa quanto à forma de recepção:

dentro de nosso constitucionalismo, fazendo parte das cláusulas pétreas, limitadoras materialmente de modificação constitucional (artigo 60 § 4º e incisos da Constituição da República).

Assim, a teoria geral dos direitos fundamentais guarda uma relação intrínseca com a argumentação dos direitos humanos, bem como acolhe similaridades conceituais, guarda características em comum e, em sua construção histórica e em dimensões, dá-se em concomitância, posto equivalentes.

Neste artigo, explora-se a teoria geral dos direitos fundamentais, a partir da perspectiva tupiniquim, desde a mudança de paradigma ocorrida após 1988, que estabeleceu um viés humanitário e inclusivo de filtragem interpretativa a partir do reconhecimento fundamental da dignidade da pessoa humana. A partir da teoria geral, alocar-se-á a problemática da questão de gênero e de políticas públicas de inclusão de minorias; no caso específico, ações afirmativas de promoção de igualdade feminina como fator democratizante e fundada no respeito e no zelo pela dignidade da pessoa humana.

## NOÇÃO CONCEITUAL

Primeiro, esclareçamos a divergência doutrinária que envolve a terminologia direitos humanos e direitos fundamentais: estes são a alocação no direito constitucional pátrio daquelas definições advindas sobretudo por meio de tratados internacionais após a Segunda Guerra Mundial, quando se pautou o necessário reconhecimento e a consequente declaração de direitos que seriam inatos da condição humana e, a partir de tais, garantidores também da existência humana. Portanto, há uma pequena diferença no plano de validade e positivação desses direitos, em que os direitos humanos possuem caráter supranacional.

Bonavides observa que a expressão “direitos fundamentais” tradicionalmente se dá a partir dos publicistas alemães, enquanto a terminologia “direitos humanos” e “direitos do homem” são encontradas entre doutrinadores anglo-americanos e latinos. Manifesta-se ainda no sentido de que o anseio dos direitos fundamentais é de “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana”.<sup>4</sup> Seriam, então, os direitos fundamentais todos os direitos ou garantias assim definidos constitucionalmente.

É pacífico que, tão logo, os direitos fundamentais são os direitos humanos constitucionalmente reconhecidos e que abarcam os grupos de direitos e deveres

---

se em quórum de emenda (como entende o Supremo Tribunal Federal, nos termos do artigo 5º, § 3º da CF) ou se automaticamente e tão logo ratificados, por força do artigo 5º §§ 1º e 2º, já alcançando hierarquia de norma constitucional, de aplicabilidade imediata (PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, 2003, p. 44-48).

<sup>4</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 574.



individuais e coletivos; direitos sociais; direitos de nacionalidade; direitos políticos; e partidos políticos. São imprescindíveis para que se materialize a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental que permite a ideia de igualdade global.

Não obstante a construção dos direitos fundamentais se dê com a progressão civilizatória, o marco teórico que funda a determinação globalmente aceita, subdividindo-os em períodos de enfoque vem como proposto por Karel Vasak,<sup>5</sup> a partir do reconhecimento de tais no pós-guerra, que tomou emprestado a lógica da divisão do lema da Revolução Francesa – *Liberté, Égalité, Fraternité* –, determinando-a como marco histórico dos direitos fundamentais de primeira geração, tratando-se de revolução iluminista, com argumentos essencialmente burgueses quanto à liberdade; evoluindo à segunda geração, a partir das conquistas sociais motivadas pelas teorias marxistas; e, posteriormente, à Segunda Guerra Mundial, a noção de que determinadas ações humanas seriam além das fronteiras do indivíduo ou de seu Estado, concluindo-se pela terceira geração. Importante observar que direitos e garantias fundamentais, ainda que estejam arrolados em conjunto em nossa Constituição, possuem em comum o direito que o determina, de modo a ser o direito fundamental em si declaratório, e a garantia fundamental o meio assecuratório deste direito.<sup>6</sup> Os chamados “remédios constitucionais” são gêneros da espécie garantias, e não serão objetos deste artigo.

Quanto à aplicabilidade, é comum na literatura que os direitos fundamentais democráticos e individuais têm aplicabilidade imediata por força do artigo 5º, §1º da Constituição, enquanto os direitos sociais e alguns de terceira dimensão, mesmo por suas características e necessidade de norma integradora, possuem eficácia limitada e aplicabilidade indireta, ainda que a própria Constituição tenha disponibilizado meios para compensar eventuais descumprimentos do Legislativo e do Executivo nesse sentido – os “remédios constitucionais”, mais especificamente, neste caso, dois deles: a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), regulamentada pela Lei n. 12.063/2009, e o Mandado de Injunção (MI), previsto no corpo do artigo 5º, LXXI.

De toda sorte, é a partir da noção de direitos fundamentais que se constrói o arcabouço a caber o exercício da cidadania, e a partir do reconhecimento fundado na dignidade da pessoa humana, que implica a própria fundamentalidade, em necessária integração de todos esses direitos que se retroalimentam, a fim de solidificar globalmente seu conceito, e que a globalização política, que ora se desenvolve, radica-se na teoria dos direitos fundamentais. A única verdadeiramente que interessa aos povos da periferia. Globalizar direitos fundamentais

---

<sup>5</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 577.

<sup>6</sup> BARBOSA, Rui. *Apud* SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 360.

equivale a universalizá-los no campo institucional, para humanizar e legitimar um conceito de libertação.<sup>7</sup>

Sequencialmente, ao tratar da globalização destes direitos e ao observar sua universalidade e indivisibilidade, cabe-nos focar naquilo que os caracteriza.

### Funções dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais não são direitos meramente declaratórios. Provenientes de conquistas acrescidas historicamente, refletem também uma função a que se prestam a ser, sobretudo por sua condição de especialíssima proteção global.

Isto exposto, Canotilho<sup>8</sup> estabelece quatro funções dos direitos fundamentais, a saber: (a) função de defesa ou de liberdade; (b) função de prestação social; (c) função de proteção perante terceiros; e (d) função de não discriminação.

Quanto à **função de defesa ou de liberdade**, coloca-os sob dupla perspectiva: por um lado, em um (a1) plano jurídico-objetivo, implicam em normas de competência negativa para os poderes públicos, a fim de não ter ingerência na esfera privada do indivíduo; por outro, em um (a2) plano jurídico-subjetivo, que trata da possibilidade de exercício positivo dos direitos fundamentais, em liberdade positiva, e de se exigir omissões do poder público a fim de evitar agressões por parte do Estado em liberdade negativa.

Da **função de prestação social**, cuida justamente da promoção pelo Estado de saúde, educação e segurança social, associada a três núcleos problemáticos dos direitos sociais, econômicos e culturais: (b1) dos direitos sociais originários, cujo direito advém diretamente da norma constitucional à prestação; (b2) dos direitos sociais derivados, que implicam no Brasil a serem as chamadas normas programáticas, que devolvem, à esfera jurídica, a exigência de atuação legislativa para que se concretize a norma prevista constitucionalmente; e (b3) das políticas sociais ativas, que questiona no que tange às normas de direitos fundamentais sociais sobre o quanto se vincula aos poderes públicos o fazimento de instituições, serviços e prestações. Conclui que, ainda que aos dois primeiros caiba discussão, ao terceiro é claro e límpido que, em sede constitucional portuguesa (que guarda aqui equivalência com a brasileira), é imposto políticas públicas socialmente ativas vinculadas ao Executivo.

No que se refere à **função de proteção perante terceiros**, é quando a Constituição se manifesta impondo ao Estado o dever de proteger direitos dos indivíduos

---

<sup>7</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 585.

<sup>8</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 383-386.

das agressões de outros indivíduos (estes também protegidos pela mesma esfera de direitos), o que se caracteriza em proteção do direito à vida, de inviolabilidade domiciliar, de proteção de dados e associativa. É um local que o Estado ocupa para proteger as relações *a priori* privadas, de modo a adotar medidas positivas para tanto. Abordaremos adiante no que se refere à eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas, ao cuidar da teoria da eficácia horizontal e da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais.

E, por fim, quanto à **função de não discriminação**, observa o autor que tal tem como base o princípio da igualdade e nos direitos de igualdade específicos previstos constitucionalmente. Abordada sobretudo no Direito norte-americano, cuida de estabelecer ao Estado que trata dos seus de modo fundamentalmente igual, alargando a cúpula protetiva e de alcance da igualdade. Aqui cabe o fomento por meio de ações afirmativas, que diferenciam a fim de compensar desigualdades históricas de oportunidades. Ou seja: é por meio da percepção da diferença que se estabelece parâmetros de igualdade.

## DIMENSÕES DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Desde que declarados como direitos humanos e reconhecido de tal forma a serem identificáveis nas constituições anteriores, até a apoteose de fundamentabilidade que se encontra na Constituição de 1988, o termo “geração” passou a não comportar o significado preciso do que ele vem a ser, e a autêntica mutação histórica que perfaz a caracterização e determina o ser pelos direitos fundamentais compreendida dentro da teoria constitucional de tradição ocidental, bastando o reconhecimento de três dimensões.

Tradicionalmente, cuidou de chamar a cada momento como “geração” de direitos fundamentais. Modernamente defende-se a utilização da terminologia “dimensão” em substituição a “geração”, uma vez que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo de complementaridade, e não de alternância. É questão eminentemente terminológica que em conteúdo se equivalem. Todavia, a partir da modificação do termo é possível uma precisão maior, posto que demonstra o permanente processo de expansão, cumulação e fortalecimento que de essência dos direitos fundamentais, e não equivocadamente uma interpretação sugerindo esgotamento.<sup>9</sup> Pacificamente temos então as três dimensões apontadas sob o espectro do lema da Revolução Francesa, construídos e agrupados a partir de suas máximas, tendo então os direitos fundamentais se manifestando pelas dimensões sucessivamente, implicando em um processo cumulativo e qualitativo, que visa nova

---

<sup>9</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2015, p. 45.

universalidade, material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII.<sup>10</sup>

Ao estabelecer uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais da Constituição Alemã, Alexy<sup>11</sup> a concebe a partir do que chama de teoria integradora, visando “um sistema de enunciados gerais de direitos fundamentais, corretos ou verdadeiros, ordenados da forma mais clara possível” com o escopo de, por meio de uma compreensão tridimensional dos direitos fundamentais, eles encontrem sua segurança racional e científica. Portanto, comunica as três dimensões da dogmática jurídica, identificada como dimensão analítica, dimensão empírica e dimensão normativa<sup>12</sup> para que, combinadas, quedem-se como condição necessária de racionalidade da ciência jurídica como disciplina prática.<sup>13</sup>

No direito pátrio, já se fala em novas dimensões que abarcariam direitos agrupados nas anteriores, de modo a cuidá-los com maior zelo e profundidade argumentativa, a condicioná-los a partir do paradigma da fundamentalidade, que se atribui historicamente sobre tais e que serão analisados na sequência, apontando suas especificidades.

## Direitos fundamentais de primeira dimensão

Os direitos da primeira dimensão são os direitos da liberdade. Também chamados de “direitos do ser: direitos civis e políticos”, que correspondem à fase inaugural do constitucionalismo ocidental, constatados historicamente a partir da transição do absolutismo monárquico ao Estado Liberal, em que a burguesia afasta o Estado. Ditos ainda por “direitos negativos”, em que o Estado não pode intervir na liberdade e na autonomia do indivíduo, que os opõe ao Estado, como direitos de resistência.

Sarlet<sup>14</sup> diz que se tratam dos direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei, posteriormente complementados por um leque de liberdades, incluindo as denominadas liberdades de expressão coletiva (liberdades de expressão,

---

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 577.

<sup>11</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 39.

<sup>12</sup> A dimensão analítica seria a dissecção sistemático-conceitual do direito vigente (conceitos elementares, construções jurídicas, estrutura do sistema jurídico e fundamentação); a dimensão empírica da dogmática jurídica cuida do conhecimento do direito positivo válido e quanto à aplicação das premissas na argumentação jurídica. Esta dimensão objetiva além do conceito do direito e da validade da norma positivada, onde cabe atuação interpretativa dos tribunais constitucionais; por fim, a terceira dimensão é normativa, que cumula em si o direito positivo e a carga axiológica deixada em aberto pelo material normativo pelo material normativo pré-determinado (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 33-36).

<sup>13</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, p. 37.

<sup>14</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 47.

imprensa, manifestação, reunião, associação etc.) e pelos direitos de participação política, revelando, de tal sorte, a íntima correlação entre os direitos fundamentais e a democracia. São essencialmente (mas não somente) os dispositivos arrolados nos incisos do artigo 5º, e artigos 14 a 16 da Constituição da República.

### Direitos fundamentais de segunda dimensão

Os direitos fundamentais de primeira dimensão se posicionam historicamente a partir das revoluções burguesas, de cunho liberal político e também de cunho liberal econômico. Ocorre que o liberalismo econômico demonstrou na prática que a mão invisível do mercado tende a seguir o dinheiro e acumular-se a partir daí, criando um abismo econômico possibilitante de um ambiente propício para insurgências políticas visando melhorias em “direitos do ter”. Deste modo, os direitos fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais, econômicos e culturais, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, no que se refere ao lema “igualdade”. São presentes no século XX do mesmo modo como os de primeira dimensão se fizeram representar no século anterior, com a característica de serem considerados direitos prestacionais, posto que, “positivos”, em que o Estado, anteriormente minimizado, passa a ter deveres atuantes e garantidores.

Bonavides observa que esses direitos foram inicialmente objeto de uma formulação especulativa em esferas filosóficas e políticas de acentuado cunho ideológico; uma vez proclamados nas declarações solenes das Constituições marxistas e também de maneira clássica no constitucionalismo da socialdemocracia (e de Weimar, sobretudo), dominaram por inteiro as Constituições do segundo pós-guerra.<sup>15</sup> Por sua natureza prestacional positiva, atravessaram por um período de baixa normatividade e, posteriormente, como incluso na Constituição tupiniquim, o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais passa a ser também estendido a tais, onde antes se justificava seu não cumprimento por carência ou limitação essencial de meios e recursos (a chamada “reserva do possível”), que deixou de ser a escusa política a partir do entendimento que são direitos obrigatórios para o poder público e limitações orçamentárias não são justificadoras de seu não fazimento. Logo, a partir desta dimensão, a liberdade é garantida pelo Estado, que promove materialmente condições de igualdade. São facilmente identificáveis no artigo 6º da Constituição da República.

Presentes em sede Constitucional, já previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos (1948), que exclui o antigo revezamento discursivo antes havido, refletidor da polarização da Guerra Fria, e que por ora salientavam o discurso liberal da cidadania (característicos da primeira dimensão), ora o

---

<sup>15</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 578

discurso social (característicos desta), implicando em estabelecer equivalência entre os valores da liberdade e da igualdade, prevendo que tais direitos se implicam, que não há liberdade sem igualdade e não há igualdade sem liberdade, atribuindo aos direitos humanos o caráter de unidade indivisível, inter-relacionada e interdependente, afirmando Hector Gros Espiell,<sup>16</sup> que somente o reconhecimento integral de todos esses direitos, por meio de direitos econômicos, sociais e culturais, efetiva-se a liberdade em sua real significação: eles se retroalimentam e são interdependentes para serem plenos.

### Direitos fundamentais de terceira dimensão

Os direitos fundamentais de terceira dimensão são vislumbrados a partir de um cenário em que a comunidade global passa a sofrer alterações enquanto sociedade de massa, pelo crescente desenvolvimento tecnológico e científico, e que também passa a desnudar questões inéditas no campo econômico-social. O ser humano passa a ser inserido em uma coletividade que possui direitos de solidariedade ou direitos de “fraternidade”. O sujeito é o direito, a partir da percepção dos direitos transindividuais, que possuem elevado grau de humanismo e universalidade, caracterizando-se também pelos direitos difusos e coletivos, a partir de noções coletivas ou indetermináveis, identificando os direitos do consumidor, o direito ao meio ambiente e qualidade de vida, direito à autodeterminação dos povos, direito de comunicação, direito ao desenvolvimento, direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e do direito à paz<sup>17</sup> – que posteriormente Bonavides posiciona como direito de quinta dimensão,<sup>18</sup> a fim de dar a devida atenção ao tema.

Direitos que possuam traços que ultrapassem a esfera do sujeito e mesmo do Estado cabem na noção de terceira dimensão com o escopo de divisibilidade solidária.

### Demais dimensões e seus fundamentos

A divisão clássica dos direitos fundamentais/humanos, como aceita internacionalmente, é cabível em sua totalidade protetiva – dos direitos civis e políticos, passando pelos direitos sociais alcançando os transindividuais de modo a se auto implicarem.

Porém, constatou-se que a globalização, e de certo modo o alcance normativo irrestrito advindo dos tratados, que submetem a uma relativização da soberania dos Estados pelo compromisso gerado com a comunidade

<sup>16</sup> Apud PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*, 2003, p. 93.

<sup>17</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 48-50.

<sup>18</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 583-585.

internacional, estabelecidos a partir da Constituição de 1988, sujeitariam a observar em nível de cuidado e importância histórica, alguns direitos (e consequentes garantias).

Conforme Bonavides, a globalização política como norma jurídica introduz a quarta dimensão, derradeira fase de institucionalização do Estado Social. São direitos da quarta geração o direito à democracia, à informação e ao pluralismo.<sup>19</sup>

Fernando de Brito Alves<sup>20</sup> a fim de sedimentar a proposição da democracia como um direito fundamental em definição e adequação conceitual à necessidade de países de modernidade tardia, situados periféricamente às doutrinas euro-americanas e que são tomadas por base para a construção fundamental das estruturas de representação política – defende que, do ponto de vista político, a democracia contemporânea é apta a subverter a lógica do sistema de classe e assegurar um conjunto de instituições com verdadeiro potencial emancipatório, sendo a democracia contemporânea que demarca, em amplo contexto, as garantias institucionais que tornam aptas a ocorrência de direitos fundamentais, sendo a própria democracia um direito fundamental. Alega também que é possível contrapor a filosofia da libertação de Dussel, à filosofia de Rawls e Dworkin, porque a filosofia da libertação constitui uma espécie de interpretação abrangente e complexa a partir das perspectivas dos oprimidos, com caráter pragmático contrário às práticas de opressão e exclusão.<sup>21</sup> Considera, por fim, o Estado como um novíssimo movimento social pelo protagonismo no que tange à inclusão de minorias e grupos vulneráveis, ainda que o protagonismo venha a ser da sociedade civil e dos movimentos sociais.<sup>22</sup>

Ainda quanto aos direitos fundamentais de quarta dimensão, Bobbio<sup>23</sup> observa que tal seria decorrente dos avanços no campo de engenharia genética, os chamando “direitos da nova geração”, e que todos nascem dos perigos à vida, à liberdade e à segurança, provenientes do progresso tecnológico.

Quanto à quinta dimensão trazida por Bonavides,<sup>24</sup> afirma que o **direito à paz**, outrora alocado nos direitos de terceira dimensão, caindo em um injusto esquecimento dentre tantos outros também importantes, deve ser concebido em destaque porque cuida em ser condição indispensável ao progresso humano, sendo axioma da democracia participativa em um supremo direito da humanidade.

---

<sup>19</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 585-586

<sup>20</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.

<sup>21</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*, p. 121.

<sup>22</sup> ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*, p. 323.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 209-212.

<sup>24</sup> BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*, p. 594-609.

Em outro aspecto, Zulmar Fachin situa uma quinta dimensão que diz respeito ao cuidado, à compaixão e ao amor por todas as formas de vida, que passa a compreender o indivíduo como integrante do cosmos.<sup>25</sup>

Ao se referir sobre os direitos humanos em uma perspectiva atual, Bobbio<sup>26</sup> fundamenta que a **paz perpétua** só pode ser perseguida por uma democratização progressiva do sistema internacional e que essa democratização não pode estar separada da gradual e cada vez mais efetiva proteção dos direitos humanos acima de cada um dos Estados. Direitos humanos, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos humanos reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia, sem esta não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos que surgem entre os indivíduos, entre grupos e entre as grandes coletividades tradicionalmente indóceis e tendencialmente autocráticas que são os Estados.

De toda sorte que os direitos fundamentais se constroem conforme a humanidade percebe as condições necessárias para subsistir, em que há o reconhecimento da necessidade da fundamentalidade para tanto, dessa forma desenvolve-se um complexo agregativo de direitos, a fim de respeito da dignidade e inclusão da pessoa humana, porquanto paulatinamente nos grupos de minorias históricas.

## DIREITOS FUNDAMENTAIS PELA PERSPECTIVA FEMINISTA

Problematizar a questão da necessidade de um direito das mulheres em um momento histórico em que a discriminação em função de gênero encontra-se de modo já homogeneizado socialmente, em que determinadas práticas de exclusão passam a ser tomadas como “naturais” diante da culturalização da exclusão, demonstra sua determinante que é necessária por meio do paradigma da inclusão, por ações afirmativas, posto que pela própria estrutura do Direito tradicionalmente reconhecido, a partir do conceito de igualdade formal e igualdade material, fomenta-se a distinção naturalizada: “Tal como a igualdade perante a lei introduzida pela Revolução Francesa veio proibir que pobres e ricos dormissem debaixo das pontes, também nos dias de hoje a igualdade perante a Lei não impede práticas discriminatórias”.<sup>27</sup> Ou seja: formalmente, a igualdade é estabelecida, mas a norma em sua matéria atinge sensivelmente ao grupo para quem ela se destina a excluir, mantendo-se a estrutura de dominação<sup>28</sup> que o Direito toma para si como sistemática.

<sup>25</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008, p. 206.

<sup>26</sup> BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*, p. 203.

<sup>27</sup> DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993, p. 4.

<sup>28</sup> Pierre Bourdier, que direciona seus estudos nas relações sociais de dominação, passa a perceber que a reprodução sistemática de inferioridade da mulher em ambiente doméstico passa a se reproduzir em esfera pública, sendo assim o androcentrismo por meio também de legislação, que ratifica e as prescrições e proscricções do patriarcado privado como se público fosse, com a finalidade de gerir e regulamentar a existência quotidiana da unidade doméstica (BOURDIER, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012, p. 105).



Desde a filosofia grega, patamar da racionalidade jurídica atual, é legítimo tão somente o discurso masculino, de exclusão da diferença, sendo, inclusive, Aristóteles um de seus atores fundamentais, tenda a mulher como falha da natureza (uma mulher inteligente seria um fato contranatural), reservando aos homens as características quanto ao belo, à força e à inteligência, e quanto à mulher, como fraqueza da natureza, só restando a elas a reclusão em casa, convivendo com os escravos e animais no universo de infraestrutura (*Oikos* = de administração da vida, ambiente do lar), e da vida *Zoé* (vida viva, para procriação), associando o corpo da mulher ao corpo de escravos e animais.<sup>29</sup>

A construção misógina caminha a partir da história da humanidade, corroborada pelas ciências, colocando as mulheres como indivíduos de subcategoria, cuja mudança paradigmática nesse sentido vem com Simone de Beauvoir,<sup>30</sup> que desestrutura a “natureza feminina” e observa a questão de secundarização da mulher, cujo giro epistemológico trazido resgata a conceituação de mulher ao longo da história, afirmando que elas são marcadas pelo sexo, uma vez que consideradas secundárias na cultura, na condição de não sujeito, porque objeto dentro da história, que constrói a mulher, daí sua célebre frase: “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”, que questiona o lugar do destino biológico como fundamento para a afirmação da existência de uma natureza feminina; e, ao afirmar essa frase, deixa clara a construção do gênero como não essencial, mas histórico.

Por óbvio, tais questionamentos e busca ampla por direitos e espaço desembocam em reflexo objetivamente no ordenamento jurídico, que, com sua sistematização, passa a ser o mediador adequado e importante na consecução de novos direitos de ótica constitucional, a ser entendido como inclusivo, heterogêneo, pluralista e aberto à criação, reprodução e desenvolvimento de meios a fim de redução de significativas discrepâncias sociais. Por meio de uma teoria de justiça pelos interesses igualitários do Direito, propõe repensá-lo como posto a partir das constatações sistemáticas de sê-lo toda uma ordem voltada a fim de regulamentar e educar os não dominantes. Repensar e rever o sistema de Direito com alteridade significa repensar e rever seu próprio sentido de ser, enquanto fomentador de um sistema hegemônico de reprodução de desigualdade para exercício de poder.

Democracia e direitos fundamentais caminham juntos e se comunicam, e àquela importa reconhecer a necessária inclusão de todos os sujeitos, não somente da maioria, portanto também às mulheres, qualitativamente uma minoria, é necessário o reconhecimento de sua igualdade formal e material a partir de sua

---

<sup>29</sup> Curso ministrado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Marcia Tiburi em aulas online, no curso Filosofia Feminista. TIBURI, Marcia. *Curso de filosofia feminista*: aula 3. Acesso pago pelo site <<http://espacorevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>>.

<sup>30</sup> BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 3. ed., v 1 e v 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.

diferenciação inata e característica pela fundamentalidade específica de direitos que tal grupo necessita a ser disposto. É o Direito enquanto normativo que deve propor o respeito ao outro, àquele que não goza historicamente dos benefícios de classe dominante; e o Direito para ser justiça deve propor respeito e promover por meio de si<sup>31</sup> meios para que o outro (minorias quanto a orientação sexual, identidade de gênero, raça, crenças etc.) emancipe-se democraticamente e encontre satisfação de igualdade e oportunidades.

No que se refere às mulheres, importa reconhecer que alguns dos clássicos direitos fundamentais da primeira dimensão (assim como alguns da segunda) são revitalizados de modo especial em face das novas formas de agressão aos valores tradicionais e consensualmente incorporados ao patrimônio jurídico da liberdade, da igualdade, da vida e da dignidade da pessoa humana.<sup>32</sup> Nesse sentido, à guisa de exemplificação prática, a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) posiciona declaradamente a violência contra a mulher como uma violação de direitos humanos, logo, fundamentais (artigo 6º), e mais recentemente a inclusão de feminicídio no rol de crimes hediondos passou a voltar a atenção para essa específica necessidade de tutela pelo direito, que é a violência de gênero, que existe em razão da condição de gênero, de “inferioridade” cultural e social e exercício de dominação por parte da estrutura patriarcal.

Desta forma, uma perspectiva feminista do direito parte na noção teórica de se perceber que o direito é patriarcal, que se exerce pela hegemonia cultural masculina que se prescreve aquilo que as mulheres são ou deveriam ser, e reflete a realidade dos homens e a realidade das mulheres (cumulativamente e destas subsidiariamente), sempre na perspectiva do homem. O Direito constitui uma enorme parcela da hegemonia cultural dos homens;<sup>33</sup> e hegemonia cultural significa aceitar uma visão da realidade específica de um grupo dominante, considerado normal no enquadramento da ordem natural das coisas, mesmo por quem, na realidade, lhe está subordinado. Assim Direito contribui para o *status quo*.<sup>34</sup>

Estabelecida a hierarquia, as mulheres e seus direitos surgem como algo “inferior” e em razão dos homens, para cumprir seus interesses, assim a estrutura sistemática jurídica posta e que também funciona para o cumprimento desses mesmos interesses. Ao perceber tal, não sem antes discutir sobre questões

---

<sup>31</sup> Nesse sentido, Eduardo Cambi reconhece a possibilidade do Judiciário como apto a intervir de maneira restrita e responsável na execução de políticas públicas, adotando os postulados normativos da coerência, integridade e reflexão, que permitem um certo grau de discricionariedade vinculada a ações afirmativas (CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalimento*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 271).

<sup>32</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 53.

<sup>33</sup> MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014, p. 109-122.

<sup>34</sup> DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*, p. 6.

fundamentais de igualdade, controle social do Estado aos interesses específicos das mulheres e equilíbrio entre efetivação de igualdade por ações afirmativas *versus* paternalismo de conveniência, bem como cuidar de compreender o movimento social que implica no feminismo e suas várias vertentes, é necessário tratar do direito das mulheres como ponto de vista jurídico e político, que compreender a situação das mulheres perante a lei é o objetivo epistemológico do estudo, e melhorar a situação das mulheres com a ajuda do Direito implica necessariamente o desenvolvimento do direito das mulheres com uma fundamentação mais ampla e diferente daquelas em que se baseia a legislação sobre discriminação sexual e seus possíveis reflexos em leis especiais.<sup>35</sup>

Ao tratar de direito das mulheres, necessariamente deve-se cuidar dos direitos fundamentais por meio desta perspectiva inclusiva que se busca em um sistema jurídico de igualdade efetivamente como fundamento principiológico constitucional, e não somente um sistema em que haja igualdade formal declarada, e nesta abrigue-se condições discriminatórias de fato utilizando-se do Direito em uma situação de discricionariedade negativa, buscando igualar a partir da diferença inata e tratar de um direito centrado na pessoa e suas específicas necessidades e particularidades. Exatamente neste ponto que o Direito, mediador necessário e útil, pode servir como aparato inclusivo, anti-hegemônico, heterônimo e plural, mormente na incorporação de novos direitos, que parte da urgência de uma perspectiva pelo diverso, onde caibam todos, para compreender a organização dos movimentos de minorias como proposta para uma satisfação social libertária e construtiva de direitos que transformam a realidade posta.

Deste modo, as conceituações fundamentais a serem utilizadas partem do viés democratizante e politicamente inclusivo a partir da constatação e consequente negação do Direito, como sistema estrutural de afirmação do *status quo*, e a partir da leitura substitutiva apresentada do Direito, como meio para satisfação de dignidade individual, como meio inclusivo na seara social e satisfação de políticas públicas, pela perspectiva feminista do Direito.

É função também do sistema de Justiça (como integrante da sociedade) promover a satisfação da vida digna fundada neste mesmo princípio.<sup>36</sup> Evidentemente, tal Justiça é sempre pensada a partir da noção da confirmação do Estado de Direito

---

<sup>35</sup> DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres*, p. 65.

<sup>36</sup> Declara Giacoia que: “É possível que o conceito de justiça tenha que enfrentar desafios ainda maiores, como o de compatibilizar-se com novas formas de conflitividade social, envolvendo grupos, massas e coletividades característica do mundo moderno – que encobrem o indivíduo em sua aspiração pessoal por vida digna.” In: GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*. Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em: 01/10/2015.

como democrático – aliás, todo e qualquer fundamento de inclusão apenas encontra escopo se em uma democracia.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, portanto, conclui-se que é a partir do estabelecimento global de conceitos inclusivos de direitos humanos e da necessária afirmação de se declará-los, garanti-los e promovê-los paulatinamente, a fim de racionalização da necessidade de garantia da vida humana digna, e então de sua internalização pelas constituições modernas – como é o caso da brasileira –, que se reserva claramente, em sua petrificação, um espaço nobre para tais direitos, vindos internamente a ser chamados de direitos fundamentais, e por este filtro, sua promoção a partir da ciência de necessária democratização dos espaços como meio de consolidação da inclusão a fim de proteção de minorias históricas. Os direitos fundamentais são assim chamados por serem gerados como resultado racional de situações de injustiça que atacaram bens percebidos como elementares da condição humana.

Naquilo que tange às mulheres, por sua especial condição de gênero, alijadas por uma cultura patriarcal em exercício, podem e devem ser sujeitas a fim da promoção de políticas públicas com o intuito de, por meio de ações afirmativas, desmistificar temas que às mulheres e suas liberdades civis são muito caros, mesmo por uma ausência de igualdade material. Os espaços ocupados hoje por esta minoria específica já são relativamente vastos, a comparar pelo início do século XX, mas as condições de desigualdade negativa deixam a desejar a completa inserção dos direitos fundamentais (sobretudo os de primeira e segunda dimensão), de modo pleno e efetivo a elas. Portanto, no que se refere às mulheres, considerando o Estado como novíssimo movimento social e promotor de políticas públicas e ações afirmativas de inclusão, é também seu papel possibilitar que as estruturas do patriarcado como regra cessem de oprimi-las, considerando o grupo em especificidade e seus direitos blindados pela especial proteção como direitos fundamentais.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.
- BEAUVOIR, Simone. *O segundo sexo*. 3. ed., v. 1 e v. 2. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2016.
- BOBBIO, Norberto. *Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Ciência política*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BOUDIER, Pierre. *A dominação masculina*. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

DAHL, Tove Stang. *O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista*. Lisboa: Fundação Caloust Gulbenkian, 1993.

FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Método, 2008

GIACOIA, Gilberto. Justiça e dignidade. *Revista Argumenta*. Jacarezinho, PR, n. 2, p. 11-31, fev. 2013. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86/86>>. Acesso em: 01/10/2015.

MIGUEL, Luis Felipe; BIROLI, Flávia. *Feminismo e política*. São Paulo: Boitempo, 2014.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

PIOVESAN, Flavia. *Temas de direitos humanos*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 12. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 35. ed. rev. São Paulo: Malheiros, 2013.

TIBURI, Marcia. *Curso de filosofia feminista: aula 3*. Acesso pago pelo site <<http://espa-corevistacult.edools.com/curso/filosofia-feminista-por-marcia-tiburi>>.

Data de recebimento: 29/10/2016

Data de aprovação: 03/03/2017

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, COERÊNCIA E INTEGRIDADE: CONTRIBUIÇÕES PARA O PENSAMENTO DE UM PODER JUDICIÁRIO DEMOCRÁTICO

## JUDICIAL REVIEW, COHERENCE AND INTEGRITY: CONTRIBUTIONS FOR THINKING A DEMOCRATIC JUDICIARY POWER

**Rafael Fonseca Ferreira\***

**Rômulo Gubert de Mello Brum\*\***

### RESUMO

O presente trabalho, ao colocar em evidência a importância desempenhada pela jurisdição no contexto constitucional brasileiro hodierno, enfoca problema da necessidade de controle da subjetividade do intérprete na aplicação do Direito. Discordando da proposta calcada em uma abordagem eminentemente metodológica para a parametrização da interpretação, o texto advoga que a Súmula Vinculante deve ser entendida sob um prisma hermenêutico, superando a noção de subsunção do caso concreto à norma como meio de estabilização dos significados. Também são abordadas a concessão de eficácia *erga omnes* para decisões de controle difuso de constitucionalidade, mormente a partir da decisão do Mandando de Injunção 670 pelo Supremo Tribunal Federal, e os desafios que este julgado acaba trazendo para o pensamento da jurisdição constitucional no Brasil. Ao final, é feita a apreciação crítica das abordagens metodológicas para controle da decisão judicial, colocando em evidência que a ideia de subsunção reprimista do positivismo de cariz objetivista do século XIX, ao passo que a concessão de eficácia abstrata a decisões de jurisdição constitucional

---

\* Doutor e mestre em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos. Professor da Universidade Federal do Rio Grande – Furg nos cursos de graduação e mestrado em Direito e Justiça Social. Advogado. Pesquisa nas áreas de Constituição, Hermenêutica e Internacionalização do Direito. rafaelferreira@furg.br.

\*\* Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande. Áreas de interesse: Direitos Humanos, Direito Constitucional, Jurisdição Constitucional e Filosofia do Direito. romulo\_gmb2007@hotmail.com.

difusa levanta uma série de problemas que parecem difíceis de resolver, de modo que as decisões como a do Mandado de Injunção 670 permanecem isoladas na história do Supremo Tribunal Federal. O lastro teórico do artigo é desenvolvido a partir do diálogo entre a hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer e a virtude política de integridade de Ronald Dworkin. A abordagem empregada é a fenomenologia hermenêutica.

**Palavras-chave:** Constituição; Subsunção; Hermenêutica; Mandado de Injunção; Decisão Judicial.

#### ABSTRACT

This work, by highlighting the importance played by the contemporary Brazilian judicial review, focuses the problem of the need to control the interpreter's subjectivity in applying the Law. Disagreeing with the proposal based in an eminently methodological approach for setting the parameters of interpretation, the text argues that the Binding Precedent should be understood in a hermeneutic perspective, overcoming the notion of subsumption of the case to the rule as a mean of stabilizing the meanings. Is also addressed the granting of *erga omnes* efficacy to diffuse judicial review decisions, particularly from the decision of the Writ of Injunction 670 by the Supreme Court, and the challenges that this case has brought for thinking judicial review in Brazil. At the end, is made the critical assessment of methodological approaches to control the judicial decision, highlighting that the idea of subsumption is a re-instant of the objectivist positivism of the nineteenth century, while granting Abstract effect to diffuse judicial review raises a number of problems that seem difficult to solve, so decisions as the Writ of Injunction 670 remain isolated in the history of the Supreme Court. The theoretical basis of this article is developed from the dialogue between the philosophical hermeneutics of Hans-Georg Gadamer and the political virtue of integrity from Ronald Dworkin. The approach is phenomenological-hermeneutical.

**Keywords:** Constitution; Subsumption; Hermeneutics; Writ of Injunction; Judicial Decision.

#### INTRODUÇÃO

A promessa de refundação do Estado Democrático de Direito coloca a jurisdição constitucional brasileira como uma das medidas de transformação do *status quo* social impostas pela Constituição Federal de 1988. Logo, situar a atuação do Judiciário nesse marco significa ultrapassar a ideia de um simples “legislador negativo” para avançar no sentido de um projeto político e jurídico engajado com a afirmação e proteção dos direitos fundamentais tradicionalmente associados a uma prestação positiva do Estado.

A partir disso surge a necessidade de se pensar em um novo modelo de jurisdição pelo qual se torne possível efetivar o amplo espectro assumido pela

normatividade constitucional. Diversos foram os caminhos traçados pela comunidade jurídica para a construção desse paradigma, fazendo com que, diante das diferenças de jurisprudência, fossem desenvolvidos instrumentos normativos voltados para a estabilização das decisões judiciais. A Súmula Vinculante, já incorporada pelo ordenamento, é um dos principais exemplos. Também a dificuldade de convergência da comunidade jurídica, no sentido de uma estabilização, talvez tenha “forçado” o Supremo Tribunal Federal a modificar sua compreensão de eficácia interpartes no controle difuso, especialmente após os votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação 4.335-5/AC, momento em que se discutiu na Corte o reconhecimento de eficácia *erga omnes* à decisão sua tomada no *Habeas Corpus* 82.959, quando declarou inconstitucional o § 1º, art. 2º da Lei n. 8.072/1990, a partir de uma suposta mutação constitucional do art. 52, X, da Constituição Federal. Entendimento semelhante também fora endossado quando do julgamento do Mandado de Injunção 670, oportunidade na qual, além de rever seu posicionamento anterior ao fazer uma leitura concretista do remédio constitucional e possibilitar a aplicação da lei de greve da iniciativa privada aos servidores públicos civis, concedeu o Supremo Tribunal Federal eficácia abstrata a sua decisão.

No entanto, tanto as Súmulas Vinculantes quanto a concessão de eficácia *erga omnes* à jurisdição difusa de constitucionalidade podem não surtir o resultado almejado, sobretudo quando compreendidas, de modo a se tornarem incapazes de se comprometer com o “acerto” da decisão, senão com a facilitação pragmática da prestação jurisdicional. Com efeito, a insatisfação da comunidade jurídica não se deve ao meio, mas com a profundidade filosófico-jurídica da decisão. Uma decisão equivocada não pode prosperar de maneira acrítica, pois sua ilegitimidade não produz o necessário diálogo entre a atividade jurisdicional e uma moralidade política substancial capaz de emprestar fundamento válido ao Direito.

Assim, a pergunta colocada caminha no sentido de se saber se os mecanismos de estabilização das decisões judiciais por meio da Súmula Vinculante e da abstrativização do controle difuso de constitucionalidade podem ser hermeneuticamente válidos para garantir a coerência e integridade do Direito, ou se atuariam somente como mecanismos pragmáticos de engessamento e/ou utilitarização da prestação jurisdicional. A discussão ganha relevo atualmente em virtude da promulgação do novo código de processo civil, cujo art. 926 dispõe deverem os tribunais uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. É a partir desta tríade conceitual trazida no bojo do novo diploma processual que este trabalho se movimenta para trazer à baila os elementos conformadores de um paradigma teórico apto a apontar o caminho pelo qual se possa pensar em um exercício democrático da jurisdição, que reflita o compromisso da comunidade política brasileira de considerar todos seus membros como dignos de igual consideração e respeito e, ao mesmo tempo, livre de qualquer espécie de engessamento jurisprudencial.



A primeira parte do artigo se encaminha para uma compreensão das propostas apresentadas e representadas pelo mecanismo da Súmula Vinculante e pela concessão de eficácia *erga omnes* às decisões do Supremo Tribunal Federal em sede de controle de constitucionalidade concreto como meios de manutenção da estabilidade, coerência e integridade de jurisprudência no Brasil. Em um segundo momento, desenvolve-se a explicitação dos marcos teóricos pelos quais se é possível pensar em coerência e integridade no Direito brasileiro a partir dos trabalhos desenvolvidos especialmente por Ronald Dworkin<sup>1</sup> mediados pela hermenêutica filosófica de Hans-Georg Gadamer<sup>2</sup> e as aproximações feitas entre essas duas perspectivas por Lenio Streck.<sup>3</sup> O último item deste artigo visa fornecer uma percepção crítica acerca do exercício da jurisdição a partir da articulação entre os dois tópicos anteriores, mostrando como a subsunção repristina a ambição objetivista do positivismo do século XIX e também apontando as dificuldades suscitadas pelo julgamento do Mandado de Injunção 670.

Em breve síntese, o caminho tomado ao longo da reflexão proposta baseia-se na filosofia hermenêutica construída a partir da obra “Ser e Tempo” de Martin Heidegger,<sup>4</sup> responsável por operar na filosofia aquilo que Streck<sup>5</sup> entende como giro ontológico-linguístico, pois a partir deste marco se procura recuperar no pensamento filosófico ocidental aquilo que a aristotélica-tomística e a modernidade acabaram ocultando: a questão do ser. Consonante a este desenvolvimento, situa-se também Hans-Georg Gadamer a partir de sua hermenêutica filosófica desenvolvida mormente nos dois volumes de sua obra *Verdade e método*.<sup>6</sup> A virada filosófica posta por ambos os autores alemães significará para a tradição reconhecer que o sujeito somente tem acesso ao mundo na medida em que possui uma compreensão prévia sobre este e a qual o método lógico-analítico não consegue chegar, de maneira que a enunciação assertórica-predicativa somente é possível na medida em que se interpreta algo que se antecipa à subjetividade.<sup>7</sup> Essa é a virada proporcionada pela hermenêutica no campo do

---

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

<sup>2</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

<sup>4</sup> HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo*. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005. v. 1.

<sup>5</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 16.

<sup>6</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, 1997; GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método II: complementos e índice*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edusf, 2011.

<sup>7</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipuc. 2010, p. 19.

conhecimento a partir da segunda metade do século XX, com importantes implicações para o Direito como ciência interpretativa.<sup>8</sup>

Nesta esteira, a hermenêutica filosófica e a filosofia hermenêutica se estabelecem criticamente em oposição ao positivismo, corrente filosófica proponente de uma metodologia de apreensão da realidade e a qual vinha se consolidando desde o século XIX. A hermenêutica, portanto, visa constituir uma alternativa no campo do conhecimento diante das insuficiências imputadas às perspectivas metodológicas estruturantes como modo de acesso ao mundo, pois ela se desenvolverá preocupada com o existencial humano, ou como o sujeito articula sua experiência para compreender.<sup>9</sup>

### PROTAGONISMO JUDICIAL E ESTABILIDADE DA JURISPRUDÊNCIA NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O fato de a Constituição Federal brasileira ter estabelecido um projeto voltado para a transformação do *status quo* inegavelmente consistiu em um dos principais fatores que contribuíram para que o Judiciário brasileiro passasse a assumir um papel protagonista na atual conjuntura em virtude da judicialização da política, já que tem sido cada vez mais frequente o deslocamento do centro de decisão dos Poderes representativos (Legislativo e Executivo) em direção aos tribunais na busca pela efetivação da normatividade Constitucional. A sociedade brasileira é, assim, herdeira das promessas de liberdade, igualdade e fraternidade da modernidade,<sup>10</sup> as quais, embora tenham procurado nortear as discussões políticas nos últimos séculos, terminaram também acumulando um passivo evidenciado pela desigualdade e concentração de renda mesmo nos momentos de maior crescimento econômico de um país no qual jamais houve a efetivação de um Estado de bem-estar social.

Paralelamente a isso, o esgotamento de um modelo de conhecimento – o positivismo jurídico –, quer em sua vertente objetivista (representada pela exegese na França e a jurisprudência dos conceitos na Alemanha) quer em sua perspectiva normativista (representada por Kelsen), fez com que a comunidade brasileira passasse a buscar alternativas ao modelo até então dominante de fazer e compreender o Direito. Em tal cenário começou a ganhar corpo e importância o papel desempenhado pelos princípios no âmago dos debates acerca do desempenho da

<sup>8</sup> STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 10.

<sup>9</sup> KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 40 et seq.

<sup>10</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011, p. 6.

jurisdição de modo a, de um lado, controlar a subjetividade do intérprete, e, de outro, firmar um compromisso de transformação social a partir de uma legalidade constitucional.

O controle hermenêutico da atividade do juiz se apresenta como fundamental frente a tal contexto, pois a consolidação de um sistema jurídico democrático, que aproxima a validade de sua legitimidade na medida em que possui um estofamento moral, não pode ser relativizado por meio de uma compreensão subjetivista do juiz sobre as atribuições do Direito, sob pena de se consolidar aquilo que Ingeborg Maus<sup>11</sup> entendeu ser um Judiciário como superego da sociedade, criando uma relação de dependência popular com os tribunais que passariam a ocupar espaços os quais deveriam ser preenchidos pela participação cidadã no campo político.<sup>12</sup> Com efeito, o debate acerca do protagonismo judicial e da busca pela estabilidade, coerência e integridade das decisões passa pelo enfrentamento do problema da subjetividade do intérprete<sup>13</sup> e, portanto, pela própria mudança do modelo de compreensão do Direito. Em última análise, trata-se de um problema de hermenêutica, especialmente a partir de como ela é compreendida filosoficamente por Gadamer, como será aprofundado nos tópicos subsequentes.

Não obstante a aproximação desenvolvida entre a hermenêutica filosófica e o Direito proposta por este trabalho, uma abordagem para a solução do problema da subjetividade frequentemente mencionada pela doutrina brasileira é o recurso a uma metodologia de controle da racionalidade judicial. Luís Roberto Barroso,<sup>14</sup> por exemplo, aponta que, na resolução de hipóteses as quais a descrição fática do caso concreto levado a julgamento se adequa ao enunciado do texto normativo, a simples subsunção será o caminho apto a dirimir qualquer dúvida sobre a aplicação do Direito. Todavia, assume o autor que os enunciados

---

<sup>11</sup> MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: Cebrap, 2000, p. 190.

<sup>12</sup> Deve-se atentar que Maus também entende haver uma separação entre moral e Direito que inclusive a leva a uma má compreensão da obra dworkiniana, a qual é acusada pela autora de disfarçar, sobre pretexto de um argumento moral, um fundamento decisório exógeno ao sistema jurídico. Como se verá adiante, Dworkin aposta em uma fundamentação jurídica a partir de uma moral institucional, capaz de obrigar a comunidade política assumir compromissos com seus integrantes de modo a tratá-los como dignos de igual consideração e respeito, obrigando os juízes em cada decisão a operar uma reconstrução hermenêutica do Direito ao estabelecerem critérios não relativistas de decisão. Destarte, não deixa de ter validade a crítica de Maus quando direcionada às teorias que tentam aproximar moral e Direito a partir de uma filosofia com base na ruptura entre mundos teórico e prático. Cf., MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”, p. 186-187; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 136 et seq.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013b, p. 47.

<sup>14</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 381 et seq.

jurídicos são dotados de uma textura aberta, de modo que nem sempre é possível um consenso acerca de qual seja a correta aplicação da norma. Essas hipóteses, denominadas *hard cases*, são “situações para as quais não existe uma solução acabada no ordenamento jurídico. Ela precisa ser construída argumentativamente, por não resultar do mero enquadramento do fato à norma”.<sup>15</sup>

O controle da decisão judicial por meio de um método (subsunção) é, sem dúvidas, uma das maneiras mais difundidas pelo qual se consegue enxergar a operacionalidade das chamadas Súmulas Vinculantes. Pois, nos dizeres do próprio Barroso, “a Súmula Vinculante permite a enunciação objetiva da tese jurídica a ser aplicada a todas as hipóteses que envolvam questão idêntica”.<sup>16</sup> Sob esta ótica, a Súmula Vinculante se torna um mecanismo de resolução de controvérsias na aplicação do Direito (*hard cases*), pois fornece ao julgador uma resposta, por um enunciado normativo elaborado pelo Supremo Tribunal Federal, antes mesmo de a pergunta ser apresentada pelo caso concreto. Todavia, embora pretenda-se facilitar o trabalho do intérprete, evitando a necessidade de uma construção argumentativa para cada decisão tomada em casos idênticos, além de uniformizar e estabilizar quantitativamente a jurisprudência, em tal abordagem fica de fora aquilo que Dworkin diz ser o caráter interpretativo do Direito.<sup>17</sup> Quer dizer: as súmulas, tal como a legislação, também precisam ser interpretadas. Consequentemente, voltará o problema da controvérsia diante de sua interpretação frente a infinidade de situações fáticas que são levadas cotidianamente até o Judiciário. Logo, parece problemático, para dizer o mínimo, o recurso a uma uniformização da jurisprudência somente a partir da normatividade de um enunciado.

Como será possível constatar com maior profundidade no decorrer deste trabalho, tal ambição de objetividade não se sustenta porque a interpretação não é passível de ser fixada somente por meio de um enunciado. O intérprete não acopla simplesmente um significado dado de antemão pelo texto a um caso concreto, como pretendiam as vertentes objetivistas do positivismo jurídico. A atribuição de sentido não prescinde da faticidade para se realizar, por isso não surpreende a quantidade de Reclamações levadas ao Supremo Tribunal Federal questionando justamente a aplicação ou não de determinadas Súmulas Vinculantes a situações que, embora possam ser enquadradas no enunciado sumular, possuem peculiaridades que tornam controversa a mera subsunção do fato à norma.<sup>18</sup> Não se trata de defender aqui qualquer espécie de casuismo, mas mostrar

---

<sup>15</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 382.

<sup>16</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 102.

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 109.

<sup>18</sup> Levando-se em consideração somente a Súmula Vinculante n. 11, é possível constatar que diversas foram as reclamações levadas até o Supremo Tribunal Federal questionando a legitimidade do uso de algemas nas mais variadas hipóteses, de modo que a Corte vem construindo a

que o que torna possível a coerência e a integridade do Direito é o respeito pela tradição (hermenêutica), fazendo com que cada decisão implique a retomada de um diálogo do juiz com a história institucional de sua comunidade no intuito de resgatar o conteúdo da moralidade política subjacente a afirmação de seus respectivos princípios ao longo do tempo. Por tal motivo é que não assiste razão aos que criticam a Súmula Vinculante de n. 11, que dispõe sobre o uso de algemas, sob a alegação de que ela seria redigida por meio de expressões demasiadamente vagas.<sup>19</sup>

Veja-se que, no caso da “súmula das algemas”, o verbete sumular preconizou prudência no manejo de dito “instrumento”, contando com o contributo de responsabilidade futura do intérprete que tiver diante de si semelhante impasse. Como se trata de um enunciado, este somente alcançará sentido em face de uma situação concreta ou de uma sucessão de casos concretos, mediante os quais devemos construir uma tradição de casos concretos que darão sentido aos (vazios) enunciados. Dito de outro modo, se a SV 11 (Súmula Vinculante n. 11) aponta, de forma geral, para a exigência de prudência no uso das algemas e consequente respeito aos direitos fundamentais, é necessário verificar, em cada “algação”, o cabimento ou não do enunciado. O importante é que, em cada súmula, exsurtem princípios com o fito de concretizar a Constituição. Para sermos mais claros: de efetivo, a SV 11 veio para retirar a “discricionariedade” – para não falar em outra coisa – da subjetividade do “algemador”. Da SV 11 deve ser extraído o seguinte princípio: “algemas são excepcionais e mesmo seu uso deve preservar os direitos fundamentais do acusado”.<sup>20</sup>

Portanto, as Súmulas Vinculantes podem ser um importante instrumento de harmonização da jurisprudência, desde que reconhecidas as limitações e possibilidades de seus enunciados. Não há um sentido que é extraído diretamente do texto para ser aplicado a um caso concreto, são as peculiaridades destes é que determinam a aplicabilidade ou não dos enunciados normativos.

---

partir da discussão dos casos concretos a efetiva abrangência do referido enunciado sumular. Ilustrativamente, e sem a pretensão de avaliar a correição de tais decisões, cabe referir que já se entendeu: ser justificado o uso de algemas no réu quando a sala de audiências conta com somente um policial, sob a alegação de proteção da integridade física dos presentes (Reclamação n. 8.712/RJ); a simples autorização, por parte do juiz, para o uso de algemas, deixando à discricionariedade policial a utilização ou não do mecanismo, não constitui ofensa à Súmula Vinculante n. 11 (Reclamação n. 7.814/RJ); ser lícito o uso de algemas para a transferência de presos tendo em consideração o pequeno efetivo da polícia local (Agravo Regimental na Reclamação 8.409/MG).

<sup>19</sup> Súmula Vinculante n. 11: “Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 678.

Ao lado das Súmulas Vinculantes, e também com a finalidade de estabilizar a jurisprudência, vêm sendo discutidas no Supremo Tribunal Federal possibilidade de se atribuir efeitos *erga omnes* a decisões proferidas em sede de controle difuso de constitucionalidade. A hipótese, deve-se reconhecer, embora tenha começado a se fortalecer a partir dos votos dos ministros Gilmar Mendes e Eros Roberto Grau no julgamento da Reclamação 4.335/AC, também vem compondo a discussão dos membros da Corte em outras oportunidades. Caso emblemático nesse sentido foi o julgamento do Mandado de Injunção 670, quando o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento radicalmente distinto daquele que vinha usualmente consolidando acerca de sua competência sobre remédio constitucional. Na ocasião, assentou-se que o Mandado de Injunção é meio apto a concretizar direitos fundamentais ainda carentes da necessária regulamentação por parte do Estado por conta da inércia ou morosidade dos Poderes políticos. No caso em comento, foram estendidos os efeitos da Lei n. 7.783/1989 (a qual dispõe sobre o direito de greve dos empregados da iniciativa privada) para os servidores públicos civis, concedendo-se ainda eficácia abstrata à decisão.

Inicialmente deve ser chamada a atenção para a finalidade atribuída pela própria Constituição Federal ao Mandado de Injunção em seu art. 5º, inc. LXXI, pois a preocupação existente desde o processo constituinte era com a efetivação dos direitos fundamentais, historicamente negligenciados no Brasil, mormente naquilo que dizia respeito àqueles que necessitavam de uma regulamentação ou atividade prestacional do Estado.<sup>21</sup> Logo, o objetivo era evitar que determinadas situações políticas viessem a pôr em cheque a força normativa da Constituição.<sup>22</sup> Desse modo, o instituto dispensa uma maior regulamentação legal para seu exercício,<sup>23</sup> pois o entendimento contrário levaria ao paradoxo de um *writ* que visa contornar a omissão do legislador prejudicial a um direito fundamental, mas que não tem aplicação em virtude da inércia do próprio poder político.<sup>24</sup>

---

<sup>21</sup> CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 515.

<sup>22</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 137 e et seq.

<sup>23</sup> Vale referir que somente em junho de 2016 o Mandado de Injunção passou a ter disciplina legal própria. Antes da Lei n. 13.300/2016, o art. 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/1990 era expresso no sentido de estender a disciplina jurídica do Mandado de Segurança ao Mandado de Injunção. O que se quis referir com a assertiva no corpo de texto é que mesmo que não houvesse nenhuma regulação legal deste remédio constitucional, já havia o entendimento, por parte do próprio Supremo Tribunal Federal, no sentido de reconhecer a auto aplicabilidade do *writ* (veja-se, para tanto, o Mandado de Injunção n. 107), além de o próprio § 1º do art. 5º da Constituição Federal determinar que os direitos e garantias fundamentais nela previstos tem aplicabilidade imediata.

<sup>24</sup> TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*.

Todavia, por se tratar o Mandado de Injunção de um remédio constitucional particular ao Direito brasileiro, sendo sua disciplina legal subsidiária à do Mandado de Segurança até a junho de 2016, quando foi promulgada a Lei n. 13.300/2016 que tratou especificamente daquele remédio constitucional, a delimitação de sua abrangência e efetividade é causa de controvérsia na comunidade jurídica. Nesse ponto, inicialmente era bastante influente entre os ministros do Supremo Tribunal Federal a concepção de o Mandado de Injunção ser equiparado à ação direta de inconstitucionalidade por omissão no que dizia respeito aos seus efeitos: a declaração da mora do legislador, esvaziando o remédio constitucional conforme ele se tornava inócuo frente à inércia do Legislativo.<sup>25</sup>

Em anos mais recentes, o constitucionalismo brasileiro tem discutido os efeitos das decisões em mandados de injunção utilizando os modelos das teorias concretistas e das não concretistas. As primeiras podem ser de três tipos: a concretista geral, em que, diante da ausência de norma regulamentadora, cabe ao Poder Judiciário suprir a lacuna; a concretista individual, quando a decisão judicial produz efeitos apenas para o impetrante; e, finalmente, a concretista intermediária, em que o Poder Judiciário informa a omissão ao órgão responsável, estabelece prazo para a elaboração da norma regulamentadora e só após a expiração esse prazo pode suprir a lacuna para o caso concreto. Sem efeitos *erga omnes*. A teoria não concretista não difere da tese da subsidiariedade, pois aqui cabe ao Judiciário apenas o reconhecimento da inércia do legislador e a consequente comunicação ao órgão competente sobre a necessidade de regulamentação.<sup>26</sup>

Calha então registrar a radical mudança de posicionamento manifesta no Mandado de Injunção 670, que não apenas supriu omissão do legislador como também emprestou eficácia *erga omnes* à decisão, entendimento endossado pelo ministro Gilmar Mendes em seu voto, que entendeu haver uma gradual evolução no entendimento do próprio Supremo Tribunal Federal sobre o remédio constitucional. Além disso, argumentou o ministro, a dificuldade em regulamentar o direito de greve dos servidores públicos civis pelo Legislativo se deve a um problema político: tanto a representação dos servidores quanto os governantes não veem com bons olhos a regulamentação da matéria por motivos que lhes são

---

2012. 100p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, p. 33.

<sup>25</sup> TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo mandado de injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p. 50 et seq. Também Luís Roberto Barroso entende que o Supremo Tribunal Federal esvaziou as potencialidades do Mandado de Injunção ao equipará-lo a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão, apenas declarando a mora do legislador. Cf. BARROSO, Luis Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 167.

<sup>26</sup> CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*, p. 520.

próprios. Tal fato faz com que os movimentos grevistas e as negociações pelo fim da greve sucedam-se de maneira heterodoxa, ambos sem nenhum amparo legal. Aduziu ainda que a inércia do próprio Poder Judiciário implica um fator de colaboração para a preservação desse quadro. Não obstante, a mudança de entendimento apresentada pelo acórdão do referido Mandado de Injunção foi a adoção da tese do concretismo geral ao suprir a lacuna legislativa por meio de uma decisão com efeitos abstratos.

Como é o exercício da greve um direito fundamental, pois essa é a perspectiva apontada pelo art. 37, inc. VII c/c art. 5º, § 1º, da Constituição Federal, o problema que se colocara no referido Mandado de Injunção para os ministros do Supremo Tribunal Federal dizia respeito a uma questão de princípio, uma vez que já não se pode falar em discricionariedade do legislador nessa quadra da história.<sup>27</sup> Dessa maneira, o alargamento da eficácia Lei n. 7.783/1989 para os servidores públicos civis é acertada. Mas em que medida efetivamente contribuem para a estabilidade, coerência e integridade do Direito à vinculação normativa dos entendimentos exarados pelo Supremo Tribunal Federal a partir da concessão de eficácia *erga omnes* no julgamento de contendas inter-partes é algo que merece ser problematizado. Apesar do Ministro Gilmar Mendes entender que o julgamento do Mandado de Injunção 670 consubstancia uma linha de evolução jurisprudencial que vinha ampliando a conformação do remédio constitucional,<sup>28</sup> o fato é que a referida decisão, ao lado dos Mandados de Injunção 708 e 712 (os quais também versavam sobre direito de greve dos servidores públicos civis), ainda se configura ocorrência destoante de suas antecessoras e sucessoras na história da Corte, de modo que, embora esta tenha passado a endossar uma perspectiva concretista acerca do Mandado de Injunção, a eficácia dos julgados tem sido restringida às partes de cada processo.<sup>29</sup>

---

<sup>27</sup> A compreensão concretista concreta do Mandado de Injunção é um fenômeno que vem sendo reconhecido pela doutrina brasileira. Luís Roberto Barroso aponta para uma paulatina mudança de entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca dos efeitos desse *writ*, o que vem se consubstanciando no reconhecimento de um caráter aditivo às respectivas decisões judiciais, não se restringindo mais ao mero reconhecimento da omissão inconstitucional por parte do Legislativo, mas também suprimindo, conforme as possibilidades do caso concreto, essa omissão para a satisfação do direito fundamental frustrado pela mora legislativa. Favorável a concessão de eficácia *erga omnes* às decisões de Mandado de Injunção, o autor então explica ter revisto seu posicionamento anterior, que via o remédio constitucional como algo desnecessário no Direito brasileiro, em face dessa nova orientação jurisprudencial adotada pela suprema corte, pois “a concentração da competência para apreciá-lo nos tribunais, sobretudo no STF, propicia a possibilidade de decisões em caráter geral, em benefício da isonomia”. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, p. 173.

<sup>28</sup> BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. Atual. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 1.380 et seq.

<sup>29</sup> Nesse sentido cumpre registrar o julgamento do Mandado de Injunção 721, de relatoria do ministro Marco Aurélio, quando se decidiu que a ausência de lei regulando o direito de aposentadoria



Assim, se por um lado se passou a superar a ideia de que no Mandado de Injunção cabia ao Judiciário apenas dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão do Poder Público responsável pela edição da norma reguladora do direito fundamental obstaculizado em prol de uma perspectiva que legitima o judiciário a suprir a omissão inconstitucional por meio de uma sentença aditiva; por outro, ainda é controversa a hipótese de emprestar eficácia abstrata às decisões tomadas no referido remédio constitucional entre os ministros do próprio Supremo Tribunal Federal. Pretende-se, a partir do tópico subsequentes deste trabalho, fornecer um maior substrato teórico para a discussão de tal medida em sede de controle concreto de constitucionalidade.

A contribuição decisiva para as ideias aqui defendidas pode ser encontrada na obra de Ronald Dworkin,<sup>30</sup> para quem o Direito é um fenômeno de caráter interpretativo e suas problematizações não podem ser resolvidas a partir da transposição “mecânica” de enunciados a situações concretas. Há um horizonte temporal em que se descortina o sentido, ou seja, este não está contido no próprio texto, atemporal e ahistoricamente, mas é atribuído pelo intérprete por meio da explicação do que foi por ele compreendido a partir do texto. Como se poderá perceber, essa atribuição de sentido se dá articuladamente com o caso concreto, pois não há interpretação “em tese”, o que inelutavelmente leva a constatação de que interpretar é também aplicar o Direito. Todavia, para se fazer possível um maior aprofundamento sobre estas questões e seu desdobramento quando confrontadas com o problema apontado por este trabalho, faz-se necessário repassar algumas premissas construídas pelo autor estadunidense e suas articulações com a hermenêutica filosófica. Termos em que se desenvolve o segundo tópico deste texto.

### **UMA PROPOSTA PARA PENSAR COERÊNCIA E INTEGRIDADE NO BRASIL: AS CONTRIBUIÇÕES DE RONALD DWORKIN E DA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA DE GADAMER**

Em sua obra *Levando os direitos a sério*, Ronald Dworkin tenta esclarecer que o modelo de regras responsável por definir o que é Direito no positivismo não é suficiente para dar conta de explicar e ao mesmo tempo justificar as práticas dos tribunais, especialmente estadunidenses.<sup>31</sup> Seriam, então, nos denominados “casos difíceis” onde se evidencia melhor o fato de os julgadores lançarem mão de argumentos que não se dão apenas a partir do “tudo ou nada” característico das

---

especial do servidor público implica a extensão da aplicação da Lei n. 8.213/1991 (que trata da aposentadoria dos trabalhadores em geral) para suprir a omissão inconstitucional e garantir o direito da parte impetrante.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 109.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 27 et seq.

regras, pois frequentemente se valem de outros tipos de pressupostos pelos quais há um direcionamento da discussão em um determinado sentido. Estes pressupostos podem se constituir em um argumento de política, definido como “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado”,<sup>32</sup> ou um argumento de princípio *strictu sensu*, entendido como “um padrão que deve ser observado, não por conta de promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma *exigência de justiça, equidade ou alguma outra dimensão da moralidade*”.<sup>33</sup>

Há, portanto, uma distinção que Dworkin entende ser de caráter lógico entre a operacionalidade das regras e dos princípios, já que aquelas são aplicáveis “à maneira tudo-ou-nada” enquanto estes possuem uma dimensão de peso ou importância, pois conduzem o desenvolvimento do raciocínio jurídico em uma determinada direção sem, contudo, serem considerados inválidos quando não prevalentes no confronto com outros princípios diante de uma situação concreta sob julgamento.<sup>34</sup>

O reconhecimento de princípios não significa, entretanto, que Dworkin entenda necessário o voluntarismo do juiz para colmatar as “lacunas” do Direito a partir da própria moralidade do julgador. Sem dúvida a principiologia dworkiniana é o modo pelo qual Direito e moral passam a ser cooriginários, na medida em que este padrão de argumento é responsável por inserir da seara jurídica questões de moralidade atinentes às virtudes políticas de justiça e equidade. Porém, a necessidade imposta de fazer com que a comunidade política trate seus integrantes como merecedores de um tratamento com igual dignidade e respeito,<sup>35</sup> impõe o entendimento desta como um ente personificado capaz de assumir projetos, compromissos e ideais junto aos seus membros,<sup>36</sup> o que se reflete em outra virtude política chamada por Dworkin como integridade, a qual se manifesta quando é exigido que o “Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios mesmo quando os cidadãos estão divididos quanto à natureza exata dos princípios de justiça e equidade corretos”.<sup>37</sup>

Dworkin ilustra o ideal da integridade refletido no Direito a partir da metáfora do romance em cadeia, pela qual os juízes são instruídos a identificar direitos e deveres partindo “do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade”.<sup>38</sup> A partir dela consideram-se como verdadeiras as

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36.

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 36 (grifo nosso).

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39-41.

<sup>35</sup> *Levando os direitos a sério*, p. 419.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 204.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 202.

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 271-272.

interpretações dos princípios conforme eles expressem a melhor interpretação construtiva das práticas jurídicas em um determinado Estado.

A metáfora do romance em cadeia funciona como tentativa de explicar a razão de todas as decisões precisarem encontrar respaldo em um todo coerente de princípios oriundos da moralidade política de uma comunidade. Por meio dessa metáfora, cada juiz é responsável por escrever um capítulo de uma obra coletiva, a qual evidentemente precisa evitar contradições e elementos os quais destoem dos demais sem nenhuma razão para tal, afinal, cada romancista recebe a obra já em grande medida desenvolvida, precisando escrever sua parte com base nesse material dado de antemão e, ao mesmo tempo, estabelecer elementos capazes de serem resgatados posteriormente por outros autores. Isso porque a recuperação histórica do Direito a partir da integridade não significa uma apropriação ingênua do passado, na medida em que é o presente o que determina as perguntas pelas quais devem buscar as respostas os intérpretes, de maneira que não se repristinam teses e teorias já em desuso ou consideradas como superadas.<sup>39</sup> Disso se conclui que pela teorização dworkiniana não se faz uma aposta na discricionariedade judicial ou em respostas absolutas aos problemas do Direito.

Decidir casos controversos no Direito é mais ou menos como esse estranho exercício literário. (...). Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, de maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então.<sup>40</sup>

Pode-se dizer com Guest<sup>41</sup> que na construção da metáfora do romance em cadeia de Dworkin tem grande importância a dimensão do ajuste (*fit*), pelo qual se estabelecem limitações ao autor de um dos capítulos: os elementos do romance não podem ser livremente mudados ou transformados, sob pena de a obra deixar de ser um todo coerente. Ademais, é possível que duas ou mais perspectivas adequem-se igualmente bem aos elementos do romance em questão para a escrita de uma de suas partes. Nesse momento, os autores devem recorrer a um juízo acerca da própria substância do romance, de modo a tomar a escolha que o tornaria melhor a partir da perspectiva da moralidade política. Assim, para

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *O império do direito*, p. 273-276.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 238.

<sup>41</sup> GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010, p. 52 et seq.

Dworkin, uma devida compreensão sobre os diferentes valores componentes da comunidade política precisa ser tomada a partir de uma perspectiva unitária, ou seja, definições como a de liberdade, igualdade e democracia não podem ser consideradas isoladamente: deve o intérprete engajar-se na tarefa de formulá-las a partir de concepções que as unifiquem, preservando aquilo que há de bom em cada uma delas, de maneira que somente possam ser compreendidas quando apoiadas umas às outras.<sup>42</sup>

O que está em jogo, ao fim, é uma doutrina da responsabilidade política dos juízes, a qual “afirma que as autoridades políticas devem tomar somente as decisões políticas que possam justificar no âmbito de uma teoria política que também justifique as outras decisões que eles se propõem a tomar”.<sup>43</sup> O autor estadunidense então lança uma nova perspectiva sobre os direitos de cada cidadão: não a partir de regras dadas de antemão, mas por meio do pressuposto de que as pessoas possuem direitos quando algum “objetivo comum não configura uma justificativa suficiente para negar-lhes aquilo que, enquanto indivíduos, desejam ter ou fazer, ou quando não há uma justificativa suficiente para lhes impor uma perda ou dano”.<sup>44</sup> Logo, a noção de Estado de Direito é enriquecida pela confirmação de “que a justiça, no fim, é uma questão de direito individual, não, isoladamente, uma questão do bem público”.<sup>45</sup>

Em uma breve síntese, o que pode ser até aqui compreendido da abordagem de Dworkin é que o Direito diz respeito a uma questão de princípio, o que não significa deslocar o fenômeno jurídico da política, esta desempenha um papel importante no processo deliberativo, em que os argumentos finalísticos possuem grande relevo. Contudo, quando o intérprete está para julgar se alguém tem ou não direito a algo, ele deve realizar seu juízo por meio de argumentos de princípio e não por critérios teleológicos ou de “bem-comum”. O princípio implica, e isso é fundamental para o que se discute neste trabalho, que não é possível separar a aplicação da fundamentação. Os princípios, assim entendidos, são responsáveis pela concretização da regra.<sup>46</sup> Esta, como um enunciado abstrato, não pode ser aplicada sem o atravessamento de um elemento que recupere seu sentido dado pela temporalidade. Mesmo quando se estiver diante de um *easy case*, o enunciado da regra não possui em sentido “em si”, este somente faz sentido num horizonte temporal resgatado pela principiologia jurídica.

---

<sup>42</sup> MOTTA, José Francisco Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermeneuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 290p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, p. 24.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 137.

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. XV.

<sup>45</sup> DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 39.

<sup>46</sup> STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?*, p. 113.

Tal abordagem, aproxima-se, ademais, da hermenêutica filosófica de Gadamer,<sup>47</sup> pois para o filósofo alemão a compreensão de um texto pressupõe um projetar sentido, o qual vai sendo constantemente revisado pelo intérprete conforme ele avança pelo texto, de modo que projetos rivais vão sendo confrontados uns com os outros até o momento em que se estabelece uma univocidade de sentido, conquanto as concepções prévias do intérprete vão sendo substituídas por outras mais adequadas. Pode-se dizer com Stein,<sup>48</sup> pois, que há uma cumplicidade entre sujeito e objeto no conhecimento, uma vez que toda a interpretação se sucede por meio de uma estrutura prévia de sentido mediada pela linguagem, a qual dá acesso ao mundo ao sujeito.

Quem procura compreender está exposto ao erro de opiniões prévias, as quais não se confirmam nas próprias coisas. Elaborar projetos corretos e adequados às coisas, que como projetos são antecipações que apenas devem ser confirmadas “nas coisas”, tal é a tarefa constante da compreensão. Aqui não existe outra “objetividade” que a confirmação que uma opinião prévia obtém através de sua elaboração. (...) A compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade.<sup>49</sup>

Tal afirmação de Gadamer deixa bastante clara a relação entre sua semelhança com a ideia de romance em cadeia de Dworkin a partir da função exercida pelos princípios no Direito: eles são a maneira pela qual é possível o intérprete confrontar suas pré-compreensões com a tradição hermenêutica. A partir deles deve-se operar a reconstrução histórica-institucional do Direito na tentativa de formular uma teoria capaz de dialogar com as decisões tomadas no passado e ao mesmo tempo projetar a futura aplicação desses mesmos princípios como um todo íntegro e coerente, o que não implica apenas uma operação formal de ajuste entre várias decisões, mas um juízo substancial sobre a melhor maneira de ver a moralidade política.

Essa abordagem somente consegue ser devidamente apreendida quando se leva em consideração o “encurtamento hermenêutico” operado pela filosofia hermenêutica de Martin Heidegger, a qual consistiu em destruir a fundação entificadora da filosofia a partir da teologia e do “mundo natural”, uma vez que o

---

<sup>47</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 402.

<sup>48</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, p. 45 e et seq.

<sup>49</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método* – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica, p. 402-403.

conhecimento está desde sempre assentado em uma compreensão prévia do sujeito oriunda de suas vivências fáticas e a qual o caminho proposto pelo método lógico-analítico não consegue chegar.<sup>50</sup> Isto é, não há um ponto de neutralidade de alguém “que de repente faz uma proposição assertórica predicativa (...) não existe a racionalidade em estado puro, como ela é definida através do uso da linguagem, enquanto somos um ser capaz de enunciados assertóricos predicativos”.<sup>51</sup>

A grande contribuição dessa abordagem para o constitucionalismo brasileiro é colocar em evidência o projeto político instituído pela Constituição, a qual possui uma materialidade moral instituidora de compromissos entre o Estado e a sociedade. Sob esta ótica, exige-se de todos os graus de jurisdição o enfrentamento de uma moralidade política no momento de aplicação do Direito. Coerência e integridade, aqui, pressupõe-se mutuamente, de maneira que o caminho metodológico dá lugar a uma reconstrução hermenêutica das instituições e práticas de uma comunidade.

O que deve ser sumarizado a partir da abordagem realizada neste tópico é que, a partir de uma abordagem dworkiniana, torna-se imprescindível a recuperação de um horizonte histórico para a aplicação do Direito para além da centralidade do protagonismo do sujeito. A aposta do jusfilósofo americano, e também da hermenêutica filosófica da Gadamer, é a de que não há um enunciado com um sentido “em si”. Somente se tem acesso a algo por conta de uma estrutura pela qual não é possível acessar apenas pelo caminho da lógica, há sempre uma compreensão prévia que permite ter acesso ao mundo. E a partir da principiologia constitucional que se torna possível confrontar diferentes projetos acerca do Direito, até que se possa apanhar o fenômeno jurídico como algo íntegro e coerente, algo que não se consegue por meio de argumentos políticos por conta da contingência destes. Sem princípios perde-se a explicitação do elo entre a compreensão e a aplicação da norma, o que somente pode resultar em um *déficit* democrático responsável por inviabilizar o debate entre os sujeitos da comunidade. Essa é, sem dúvida, uma incontornável deficiência do caminho metodológico e a confirmação de que não é a partir de perspectivas objetificantes que se poderá chegar a uma devida compreensão sobre coerência e integridade jurídicas.

### **UM PROBLEMA ONTOLÓGICO: POR QUE O MÉTODO NÃO CONSEGUE DAR CONTA DO PROBLEMA DA SUBJETIVIDADE?**

Do que até aqui ficou exposto, algumas considerações podem ser feitas. A primeira delas diz respeito à insuficiência da subsunção como mecanismo de aplicação das Súmulas Vinculantes. A proposta de controlar a racionalidade do

---

<sup>50</sup> STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990, p. 9.

<sup>51</sup> STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*, p. 19.

sujeito por meio de uma metodologia não é nova. O positivismo jurídico exegético já procurava dotar-se de um conhecimento objetivo e, na esperança de elidir a subjetividade da interpretação, fazia um recorte do Direito de forma a deixá-lo limitado aos códigos. A racionalidade seria, assim, conduzida por uma série de operações sintáticas responsáveis por esclarecer as possibilidades significativas dos enunciados para só então se recorrer a uma subsunção do fato concreto à norma,<sup>52</sup> a qual se confundia com o texto. A realidade possível de ser regulada pelo Direito, portanto, era rigidamente delimitada pela textualidade legal.

Isso significava um esquecimento da diferença ontológica entre o ente (texto) e a norma (ser), pois havia a crença de que o texto contivesse um significado “em si”, de maneira que o raciocínio era estruturado apenas com o que era manifesto, sem se advertir, todavia, que a manifestação se sucedia através de um sentido dado por uma compreensão prévia. O resultado não poderia ser diferente: diante da insuficiência da subsunção em abarcar a realidade ôntica, tentava-se suplementá-la por meio dos princípios gerais do Direito, a analogia e a equidade, que por sua vez terminavam abrindo o campo jurídico ao subjetivismo, pois a analogia é apenas um tipo de dedução na qual a premissa menor, ao invés de constituir um juízo de identidade, é responsável por uma afirmação de semelhança relevante o suficiente para concluir pela aplicação da mesma regra ao fato,<sup>53</sup> sem que haja um “meta-método” responsável por controlar o mesmo juízo de semelhança.

Em que pese a subsunção ainda ser fortemente arraigada ao pensamento jurídico contemporâneo e se reconheça a insuficiência da sintática para buscar as respostas no Direito, a aposta na semântica significou uma ruptura estrutural entre regras e princípios, aqueles aplicáveis pelo “tudo-ou-nada” e estes entendidos como mandados de otimização.<sup>54</sup> E este é um ponto fundamental onde não se pode incorrer em confusões: embora Dworkin reconheça a diferença entre regras e princípios,<sup>55</sup> sua problematização não fica restrita a semântica, já que os princípios não possuem nenhuma significação nesse meio. Eles são, pois, a maneira pela qual o mundo prático é trazido para dentro do Direito, isto é, somente a partir deles é que se pode emprestar concretude à regra, pois direcionam a interpretação ao encontro das práticas, instituições e virtudes de uma comunidade política, resgatando a coerência e a integridade jurídicas. A temporalidade é trazida, ademais, para dentro do Direito, fazendo com que somente se possa compreender o ser (norma) do ente (texto) a partir da mediação principiológica

---

<sup>52</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 216 et. seq.

<sup>53</sup> BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito, p. 216 et seq.

<sup>54</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: HS, ano 7, n. 27, p. 96-97, 2013.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*, p. 39.

constitucional. O recurso a uma metodologia, portanto, não é apenas ontologicamente equivocado como também antidemocrático: ao tentar alicerçar o sentido a partir do método, não se fundamenta a decisão por meio do resgate da legitimidade das instituições, práticas e virtudes da comunidade política, mas do suposto controle metódico (e monológico) da racionalidade exercido pelo sujeito.

Tomando em conta tais considerações, nítido fica o problema das chamadas Súmulas Vinculantes: elas, tal como a legislação, precisam ser interpretadas. Não se pode aprisionar o sentido de um texto por meio de outro texto. Então assiste razão a Abboud e Streck quando inferem que os precedentes não devem ser normativos, eles são interpretativos, não fazem sentido quando tomados isoladamente, somente quando retomada a discussão que os ensejou para que possam ser aplicados em casos semelhantes.<sup>56</sup> A simples enunciação validada procedimentalmente não carrega consigo a bagagem conteudística necessária para que se possa resgatar a coerência e integridade do Direito<sup>57</sup> e, ao não se advertir da diferença ontológica, nada se acrescenta para a estabilização da jurisprudência com a “força normativa” concedida às súmulas.

Com os mesmos elementos da abordagem dworkiniana até aqui empreendida, também pode-se questionar a decisão tomada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do Mandado de Injunção 670. Se de um lado é correta a efetivação do direito fundamental à greve dos servidores públicos civis, de outro é bastante problemática a eficácia *erga omnes* dada à decisão. Ao conceder tal efeito, a Corte editou uma norma abstrata, a qual embora dê conta de diminuir consideravelmente a quantidade ações propostas com teor idêntico ou semelhante, levanta dificuldades em virtude das peculiaridades próprias do Mandado de Injunção. No caso em tela, se não houve a edição de uma lei que regule o exercício da greve por parte dos servidores públicos civis, diversas serão as questões que ainda precisarão ser resolvidas, pois podem envolver igualmente outros direitos de sujeitos alheios ao próprio movimento grevista. Ora, se a interpretação é a concretização do Direito, a atribuição de eficácia *erga omnes* à decisão pode ser um fator de engessamento, já que inúmeras peculiaridades precisam ser respondidas em cada caso concreto levado ao Supremo Tribunal Federal via Mandado de Injunção caso se queira exercer uma leitura concretista do instituto.

Aliás, fora das hipóteses em que o controle de constitucionalidade se dá de forma abstrata, somente por meio de uma Súmula Vinculante é possível conceder efeito *erga omnes* a um entendimento do Supremo Tribunal Federal, de modo que uma vez aceita a possibilidade de o mesmo efeito ser também conferido ao

---

<sup>56</sup> ABOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014, p. 112 e et seq.

<sup>57</sup> FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasiliis*, p. 113.



Mandado de Injunção chega-se a situação um tanto quanto excêntrica de se exigir um quórum qualificado para a primeira hipótese (além de repetidas decisões do tribunal em um mesmo sentido) e apenas maioria simples para a segunda. Ademais, não se pode inferir que seja o *writ* um mecanismo de controle abstrato de normas porque assim se estará criando uma duplicidade dentro da Constituição Federal, que já prevê a ação direta de inconstitucionalidade por omissão com essa atribuição.

Ora, o que impõe ao tribunal o reconhecimento de uma postura concretista quando confrontado com outros pedidos para suprir a omissão do legislador que impeça o exercício de um direito fundamental é a coerência e integridade do Direito. Somente a partir de tal perspectiva é possível garantir que todos os sujeitos de uma comunidade política sejam tratados com igual dignidade e respeito sem se recorrer a perspectivas que terminam por obnubilar a singularidade dos casos concretos levados até o judiciário. Aquilo que no Brasil ficou conhecido como abstrativização do controle de constitucionalidade difuso, portanto, incorre em problemas bastante semelhantes aos da Súmula Vinculante: não é a partir de uma tese firmada pelo tribunal que se consegue estabelecer a coerência e integridade jurídicas, estas se dão a partir da particularidade do caso concreto, mostrando-se na decisão que o modo pelo qual ele está sendo decidido encontra respaldo em uma interpretação que coloca o Direito em sua melhor luz, isto é, reflete uma comunidade política que assume o compromisso junto a seus membros de os reconhecer como dignos de igual consideração e respeito e a forma como isso se articula com as singularidades daquilo que está sendo julgado.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Do que ficou exposto, pode-se afirmar que é somente a partir de uma virada paradigmática no Direito que se pode pensar efetivamente em sua coerência e integridade. Uma abordagem metodológica termina por fragilizar a contribuição que os princípios constitucionais trouxeram para a teoria jurídica: é a partir deles que se pode construir intersubjetivamente um horizonte de sentido para um texto. Uma regra ou enunciado jurídico, por si só, não carrega consigo a substancialidade necessária para se autolegitimar a partir de uma subsunção. A exigência de coerência e integridade no Direito é, no fundo, uma questão de democracia, mormente em um país em que o judiciário, cada vez mais, é incitado a se manifestar sobre questões sensíveis à sociedade.

Por isso, a aposta em Súmulas Vinculantes deve ser vista com cautela, pois elas não podem significar o simples engessamento do exercício da jurisdição. Além do mais, abstrativização dos efeitos de decisões proferidas em casos concretos termina antes por fragilizar do que propriamente reforçar as virtudes de um Direito democrático. Tratar todos os membros da comunidade política como dignos

de igual consideração e respeito implica também em explicitar articulação da moralidade política com a singularidade do caso concreto, não apenas afirmar seu enquadramento ou não a um enunciado. O método não é uma garantia, e tampouco o caminho adequado para tal. Para se pensar em uma principiologia constitucional contemporaneamente, pois, é necessário que a comunidade jurídica reconheça a viragem paradigmática representada pelo giro ontológico linguístico, o que significa que, dentro da finitude humana, não é possível a construção de um conhecimento monológico, somente a partir do diálogo com a história, com o tempo é possível a construção de um saber, de um Direito, efetivamente democrático.

A abordagem metodológica, mormente a partir da subsunção, por somente alcançar a dimensão semântica da linguagem e pretender “colar” o enunciado a um fato concreto não consegue se aperceber do ciclo hermenêutico no qual está situado o sujeito. Em outras palavras, ela ignora o fato de que somente é possível compreender algo quando já se possui uma compreensão prévia do que é esse “algo”. Com a interpretação/aplicação do Direito não ocorre diferentemente: o jurista já antecipa um sentido conforme o fato concreto lhe seja apresentado. É com essa antecipação que a hermenêutica filosófica se preocupa com grande repercussão na seara jurídica, pois não será suficiente a mera menção a norma para que se tenha por fundamentada uma decisão, esta deverá, como se mostrou anteriormente, demonstrar a confrontação da pré-compreensão do intérprete com uma leitura que coloque as práticas históricas e institucionais de uma comunidade política em sua melhor luz. Tal é o que caracteriza a aplicação democrática do Direito.

Com tais referências é que se pode perceber a importância do Direito como integridade de Ronald Dworkin, pois sob tal leitura, os intérpretes são orientados a interpretar o Direito como se ele fosse um romance com vários autores, e como tal devem seus capítulos serem lidos como integrantes de um todo coerente e íntegro. Da mesma maneira que não pode a obra conter personagens, cenários e acontecimentos que não se encadeiem entre os capítulos, não pode o Direito possuir decisões que não se comuniquem ao longo de sua história, o que não significa a cristalização de determinado entendimento dentro do judiciário através da recuperação de decisões que já não encontram correspondência com o atual cenário político e cultural, mas sim uma leitura das formas as quais as práticas jurídicas do passado podem nos ajudar a compreender as do presente.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges; STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.
- BARROSO, Luís Roberto. *Controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Marcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CITTADINO, Gisele. Mandado de Injunção. In: AVRITZER, Leonardo et al (Org.). *Dimensões políticas da justiça*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA, Rafael Fonseca. (A) crítica recepção das teses alexyanas: o *locus* da discricionariedade judicial em *terrae brasilis*. In: *Direitos Fundamentais e Justiça*. Porto Alegre: HS, ano 7, n. 27 p. 87-114, 2013. Disponível em: <[http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF\\_Livre/25\\_Doutrina\\_Nacional\\_03.pdf](http://www.dfj.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/25_Doutrina_Nacional_03.pdf)>. Acesso em: 09/03/2016.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
- GADAMER, Hans Georg. *Verdade e método II – complementos e índice*. Petrópolis: Vozes; Bragança Paulista: Edusf, 2011.
- GUEST, Stephen. *Ronald Dworkin*. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- HEIDEGGER, Martin. *Ser e tempo I*. v. 1. Tradução de Márcia Sá Cavalcante Schuback. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.
- HESSE, Konrad. *Temas fundamentais de direito constitucional*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneas*. Tradução de Marcos Keel e Manuel Seca de Oliveira. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: *Novos Estudos*, n. 58. São Paulo: Cebrap, 2000. Disponível em: <<http://novosestudos.uol.com.br/v1/issues/view/92>>. Acesso em: 06/11/2014.
- MOTTA, José Francisco Borges. *Ronald Dworkin e a construção de uma teoria hermenêuticamente adequada da decisão jurídica democrática*. 2014. 290p. Tese (Doutorado em Direito) – Centro de Ciências Jurídica e Sociais, Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Para uma revolução democrática da justiça*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- STEIN, Ernildo. *Aproximações sobre hermenêutica*. 2. ed. Porto Alegre: Edipuc. 2010.
- STEIN, Ernildo. *Seis estudos sobre ser e tempo*. Petrópolis: Vozes, 1990.
- STEIN, Ernildo; STRECK, Lenio Luiz (Org.). *Hermenêutica e epistemologia: 50 anos de verdade e método*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 3. ed. São Paulo: RT, 2013b.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013a.

TURCHETTI, Débora Pereira. *A integração do direito brasileiro pelo Mandado de Injunção: perspectivas para o instituto no Brasil, em face da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*. 2012. 100p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte.

Data de recebimento: 31/05/2016

Data de aprovação: 18/08/2016

# NIETZSCHE E A IGUALDADE DA JUSTIÇA

## NIETZSCHE AND THE EQUALITY OF JUSTICE

Bruno Amaro Lacerda\*

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo expor a concepção de justiça de Friedrich Nietzsche. Para o pensador alemão, a decadência da civilização ocidental, expressa na anulação dos homens e dos povos mais fortes em benefício dos mais fracos, teve como responsável direto o cristianismo e sua falsa noção de igualdade. A religião do amor ao próximo, em sua visão, atuou historicamente enfraquecendo o poder, a força e as hierarquias sociais para pôr em seu lugar a ideia da igualdade universal, cuja consequência político-jurídica foi o nascimento dos “direitos iguais”, o mais claro sintoma de uma “moral de escravos” que não permite que ninguém se destaque no mundo. Para Nietzsche, urge deixar de lado essa falsa igualdade e adotar a “moral superior” do livre curso da potência, dos impulsos dionisíacos, de modo a encaminhar o homem em direção ao futuro, ao novo homem ou *Super homem*. Esta investigação, partindo do problema das relações entre o justo e o igual nos escritos nietzschianos, conclui que sua teoria da justiça não se baseia na paridade, mas na desigualdade e na imposição.

**Palavras-chave:** Nietzsche; Justiça; Igualdade.

### ABSTRACT

This paper aims to expose Friedrich Nietzsche's concept of justice. For the German philosopher, the decline of Western civilization, expressed in the abolition of the strongest men and people for the benefit of the weakest, it was Christianity's fault with their false notion of equality. The religion of love has acted historically weakening the power, strength and social hierarchies to put in place the idea of universal equality, whose political and legal consequence was the birth of “equal rights”, the most clear symptom of a “slave morality” that does not allow anyone to stand out in the world. For Nietzsche, it is urgent to abandon this false equality and adopt the morality of the will to power, of the Dionysian impulses to achieve the “new man” or *overman*. This research, based on the question of the relations between justice and equality in Nietzsche's texts, concludes that their justice is not parity, but inequality and domination.

**Keywords:** Nietzsche; Justice; Equality.

---

\* Doutor e mestre em Filosofia do Direito pela UFMG. Professor adjunto da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF). brunoamarolacerda@gmail.com.

## INTRODUÇÃO

Nos escritos de Friedrich Nietzsche, há diversas passagens que versam sobre a justiça e a igualdade. Embora com algumas variações, o tratamento do tema segue uma constante: a crítica contundente do filósofo às propostas igualitárias em voga na segunda metade do século XIX. Para Nietzsche, a igualdade pregada em sua época afasta-se das exigências da justiça e se aproxima perigosamente da injustiça, ganhando contornos de uma vingança arquitetada pelos mais fracos (os indivíduos e os povos “decadentes”) contra os homens superiores, que não temem seguir a vontade de potência.

Especialmente em seus últimos textos, a subversão da justiça tem como responsável direto o cristianismo, a religião da compaixão e do amor ao próximo. Ao proclamar a igualdade de todos os homens como filhos do mesmo Pai, o cristianismo preparou as bases para a total supressão das diferenças individuais. Exigindo que cada homem trocasse “tudo” (a vida no mundo) por “nada” (a promessa de uma vida eterna em “outro mundo”), possibilitou o aparecimento de ideias castradoras (como a dos “direitos iguais”) que vêm impedindo os “espíritos livres”, os homens dotados de uma “moral superior”, de se encaminhar livremente em direção ao futuro, cruzando a ponte rumo à superação, ao *Super homem*.

O objetivo deste artigo é expor a contribuição nietzschiana para o problema da “igualdade da justiça”, repleto de dificuldades desde, pelo menos, Aristóteles. Sabe-se que o justo se liga ao igual, mas de que modo? Devemos tratar todos como iguais e dar-lhes *o mesmo*? Ou a justiça exige diferenciações e, nesse sentido, requer que se trate o desigual *desigualmente*? Mas, sendo assim, *quando* isso deveria acontecer? *Quem* são os iguais e os desiguais?

Misturados a essas antigas questões estão os alvos mais imediatos de Nietzsche: o socialismo e o cristianismo. O primeiro, ao propor um igualitarismo radical, tem como consequência necessária a supressão da liberdade pela ascensão do despotismo? O segundo, com seus sacerdotes que parecem “tarântulas” vingativas, é um ferrão que inocula em todas as pessoas o veneno da inveja e do ressentimento sob a roupagem do “amor fraternal”?

A obra de Nietzsche traz elementos valiosos para uma reflexão sobre todas estas questões. Pode-se não concordar com os elementos centrais da sua filosofia, mas desprezá-la seria um equívoco. Na pior das hipóteses, seus escritos *fazem pensar*, nos tiram da zona de conforto e nos lançam em busca de argumentos para a sua refutação. Uma meditação sobre o tema da justiça em Nietzsche, nesse sentido, é uma tarefa desafiadora, da qual nenhum interessado na questão pode se esquivar.

## PODER, JUSTIÇA E LEI

Em *Humano, demasiado humano* – um de seus primeiros livros –, Nietzsche já manifestava seu desprezo pelos fracos e relativizava a perversidade dos fortes.

Recordando uma história do imperador Xerxes narrada por Heródoto, na qual o persa mandara esquarterar e expor o corpo do filho de um homem que tinha lhe pedido para não enviar todos os seus filhos à guerra, Nietzsche afirma que o fraco, em geral, tem uma ideia errada sobre a maldade do forte, pois *não há injustiça* quando a diferença entre os seres é muito grande, como quando se mata um mosquito sem remorso algum: “nesse caso o indivíduo é eliminado como um inseto irritante, ele se encontra baixo demais para que seja permitido provocar, em um conquistador do mundo, sentimentos que o aflijam por muito tempo”.<sup>1</sup>O homem cruel, portanto, não é tão cruel como pensa sua vítima; esta, na verdade, não avalia bem a distância que está do seu opressor, diante do qual é completamente irrelevante.

Na mesma obra, Nietzsche afirma que a justiça se originou das relações entre homens de poder igual, que negociavam e se ajustavam a partir das pretensões individuais. Assim, a *troca* é o início da justiça. Neste sentido, ela é reciprocidade e intercâmbio, não diferindo essencialmente da vingança. Pode-se, deste modo, dizer que o egoísmo ou o autointeresse está na origem da noção de justiça, que resulta de uma reflexão por meio da qual os indivíduos percebem que, se não se lesarem reciprocamente, poderão auferir uma utilidade pessoal. A ideia de que a justiça é uma ação *altruísta* é bem posterior e, para Nietzsche, reflete um esquecimento da noção originária.

Em *Genealogia da moral*, ele afirma que os sentimentos de obrigação e de culpa se originaram na relação pessoal primordial entre credor e devedor, quando pela primeira vez se pôde medir uma pessoa a partir de outra. Assim, em um primeiro sentido, a justiça pode ser identificada com a boa vontade oriunda dos entendimentos entre homens de poder igual (que negociavam e criavam ajustes entre si) e, nos casos de disparidade de poder, com a força, por meio da qual os mais fortes constrangiam os fracos à formação de compromissos e acordos. O rompimento desses vínculos, contudo, exigia sempre uma restauração da vontade, um retorno ao *status* anterior pela via da *compensação*. Era a justiça pensada como retaliação, como vingança privada.

Mas logo surgiu a percepção de que, além dos danos imediatos que as relações pessoais podiam provocar, havia também um dano mediato à sociedade, que se via reflexamente violada pelas ações dos seus integrantes e, principalmente, pela ameaça de “um prolongamento indefinido do conflito” com a consequente “multiplicação dos danos”.<sup>2</sup>Passa-se então a punir, a empregar o *castigo*, com o qual se devolvia o criminoso (o violador da ordem social) ao estado selvagem

---

<sup>1</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 63.

<sup>2</sup> WOTLING, Patrick. Quando a potência dá prova de espírito: origem e lógica da justiça segundo Nietzsche. *Cadernos Nietzsche*, v. 32, 2013, p. 211.

do qual até então ele estava protegido. Nesse momento de evolução dos costumes sociais, a punição era uma reação equivalente à declaração de guerra “perante o inimigo odiado, desarmado, prostrado, que perdeu não só qualquer direito e proteção, mas também qualquer esperança de graça”.<sup>3</sup>

Porém, com o aumento do poder da comunidade, deixou-se de atribuir grande importância ao castigo como ação *reparadora* dos desvios individuais, de modo que a ira coletiva já não podia mais ser livremente descarregada sobre o malfeitor. A partir de então, “ele é cuidadosamente defendido e abrigado pelo todo, protegido em especial da cólera dos que prejudicou diretamente”.<sup>4</sup>

Nietzsche se refere à passagem de uma justiça marcadamente punitiva, típica das sociedades que substituíram a vingança privada por uma vingança *pública*, às sociedades mais interessadas em *compor*, em resolver o conflito sem ter de *expurgar* o causador do dano e violador da ordem social. Nessas sociedades, fortalece-se a vontade de ver toda infração à ordem social como *resgatável*, “e assim *isolar*, ao menos em certa medida, o criminoso de seu ato – estes são os traços que marcaram cada vez mais nitidamente a evolução posterior do direito penal”.<sup>5</sup> Deste modo, observa que, quanto mais cresce o poder de uma comunidade, mais brando se torna seu direito penal; quanto mais esse poder é enfraquecido, mais o direito penal se endurece.

Percebe-se que, em qualquer lugar onde se exerça a justiça, há sempre um poder mais forte que subordina os poderes dos indivíduos ou grupos mais fracos, retirando-lhes a possibilidade de vingança privada (oriunda, como regra, do *ressentimento* contra os poderosos). Esse poder superior, quando se sente suficientemente forte, institui *leis* por meio das quais consegue “o oposto do que deseja a vingança”, desviando os sentimentos dos seus subordinados do dano imediato causado pelas ofensas para uma compreensão mais impessoal do *dano à coletividade*.

Disto se segue que, para Nietzsche, a justiça e a injustiça não existem *em si*, mas apenas a partir da instituição da lei.<sup>6</sup> Chamar ofensas e violências de ações “injustas” não tem sentido, pois é inconcebível pensar a vida sem qualquer forma de ofensa ou violência: “(...) a vida atua ofendendo, violentando, explorando, destruindo, não podendo sequer ser concebida sem esse caráter”.<sup>7</sup> Assim, de um ponto de vista biológico, o direito é sempre um estado de exceção, jamais a regra, pois qualquer ordem concebida como limitadora ou “harmonizadora” das vontades é necessariamente contrária à vontade de potência, é radicalmente *hostil à vida*.

---

<sup>3</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009, Segunda dissertação, p. 56.

<sup>4</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 56.

<sup>5</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 56.

<sup>6</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 59.

<sup>7</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 60.



Essas passagens mostram que, para o filósofo, a igualdade originária da justiça está ligada ao *poder* que os homens podem dispor na vida social. Em um primeiro momento da história, os homens de igual potência (como o credor e o devedor) ajustavam-se reciprocamente, *construindo* a partir da sua nivelção uma noção de justiça cuja função era preservar a relação que estabeleceram. Com o fortalecimento do poder social e o advento do Estado, essa equiparação tornou-se um atributo da lei, que passou a estabelecer a justiça a partir dos direitos de cada um. Assim, migrou-se de uma justiça construída pelas partes de uma relação concreta para uma justiça socialmente ordenada, mais impessoal e institucionalizada.

A questão fundamental, porém, é: com o desenvolvimento das sociedades, com seu avançar rumo à “modernidade” e ao “progresso”, as leis permaneceram protegendo a individualidade e as possibilidades de liberdade e afirmação dos homens no mundo? Ou, ao contrário, desligaram-se dessa igualdade inicial, construída e conquistada, para instituírem em seu lugar uma igualdade falsamente *dada*, violadora das necessidades do homem na vida?

## O CRISTIANISMO E A SUBVERSÃO DOS VALORES

Para Nietzsche, a ideia moderna de “progresso” incutiu na mente do homem a crença de que se caminha em direção à *humanidade*, à melhora moral gradativa dos seres humanos. Nada mais errôneo: a modernidade é o tempo da total *deterioração* do homem: “meu argumento é que todos os valores que agora resumem o desiderato supremo da humanidade são *valores de decadence*”.<sup>8</sup> Mas o que foi responsável por essa degradação, por essa “decadência”? O filósofo aponta para as religiões e, em especial, para o cristianismo.

A religião da compaixão, desde os seus primórdios, travou uma guerra contra os instintos humanos de conservação da vida pensada como crescimento, acumulação de forças e poder. Esta vida, a única que merece ser vivida pelo “tipo mais elevado de homem”, aquele que não se limita a seguir padrões ou normas fantasiosas de um mundo ilusório, mas que inventa sua virtude e “seu próprio imperativo categórico”, foi completamente tolhida pelos cristãos. Desde o princípio, eles tomaram partido de tudo o que é fraco e malgrado, transformando em “virtude” e em “dever” as ações mais baixas, contrárias aos instintos de conservação da vida forte. Em *Humano, demasiado humano*, Nietzsche afirma que o cristianismo aproveita-se de uma psicologia falsa, com base na mentira da necessidade de redenção e, desta maneira, afasta os homens da coragem, do prazer e do bem-estar perante a própria força. Mas, “percebendo a aberração do raciocínio e da imaginação, deixa-se de ser cristão”.<sup>9</sup>

<sup>8</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo: maldição ao cristianismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 2007, 6, p. 13.

<sup>9</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*, p. 97.

O conceito cristão de Deus, um Deus oposto à vontade de vida e à natureza, um Deus que se põe como “contradição da vida”,<sup>10</sup> constitui para Nietzsche uma das maiores corrupções teológicas já imaginadas. É o *niilismo* mais perverso, “o nada divinizado, a vontade de nada canonizada”.<sup>11</sup> Na verdade, o homem louco de *A gaia ciência* que, com sua lanterna, corre para o mercado e grita que “Deus está morto” e que “Nós o matamos”, está certo quando se pergunta *o que* devemos colocar em seu lugar.<sup>12</sup> Com a “morte de Deus”, isto é, com a sua *destituição*, caem os falsos valores cristãos e aparece a possibilidade de valores novos, ligados à vida e não mais à sua negação.

Mesmo entre as religiões (expressões máximas da *décadence*), o cristianismo se destaca negativamente. Quando comparado ao budismo, por exemplo, o cristianismo revela toda a sua falsidade. Enquanto aquele quer combater o *sofrimento* e, nesse sentido, está livre de falsas amarras morais, situando-se “além do bem e do mal”, este se volta contra o *pecado*, afirmando um “outro mundo”, em confronto com o qual este mundo é condenado como “mau” e “doente”.

Trata-se, diz Nietzsche, de um engodo: só existe este mundo no qual estamos, onde, caso se queira verdadeiramente viver, é preciso dizer “sim” à vida, aos seus instintos de conservação e afirmação. “Seguir a vida” é a moral “nobre”, “dos senhores”, muito diferente da moral “de escravos” ou “do ressentimento” que ele diagnostica na sociedade alemã da sua época. O ser vivo necessita, antes de tudo, da liberdade de ação, da expansão da sua força e do seu potencial: “A própria vida é vontade de potência”.<sup>13</sup> A “moral dos escravos” quer extirpar do homem sua *essência*, a busca pela *conservação da espécie*, que envolve ânsia de rapina e de domínio, ódio, satisfação com o mal alheio e com tudo aquilo que o cristianismo julga “mau” e “pecaminoso”.<sup>14</sup> A “religião da compaixão” despreza o fato de que a humanidade foi construída pelos espíritos fortes, que disseram “sim” às suas paixões e instintos; com isso, pretende rebaixar a todos, vilipendiando a nobreza e impedindo seu movimento ascendente da vida:

Para poder dizer Não a tudo o que constitui o movimento *ascendente* da vida, a tudo o que na Terra vingou, o poder, a beleza, a autoafirmação, o instinto do *ressentiment*, aqui tornado gênio, teve de inventar outro mundo, a partir do qual a *afirmação da vida* apareceu como o mau, como o condenável em si.<sup>15</sup>

<sup>10</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 23.

<sup>11</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 23.

<sup>12</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. São Paulo: Companhia das Letras, 2001, p. 147-148.

<sup>13</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do futuro. São Paulo: Hemus, 2001, p. 14.

<sup>14</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*, p. 51.

<sup>15</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 29-30.

É claro que não se pode pedir às ovelhas que não guardem rancor das grandes aves de rapina. A revolta dos fracos contra os fortes que se afirmam na imposição da vida não surpreende. Mas daí se pretender censurar as aves por elas pegarem ovelhas, há uma grande distância, pois elas simplesmente não têm como agir de outro modo. Afinal, *são* aves de rapina. O mesmo se dá com a vontade de potência no homem superior: “Exigir da força que *não* se expresse como força, que *não* seja um querer-dominar, um querer-vencer, um querer-subjugar, uma sede de inimigos, resistências e triunfos, é tão absurdo quanto exigir da fraqueza que se expresse como força”.<sup>16</sup> É o que fazem os cristãos: culpam os homens superiores pela sua superioridade, por se imporem perante aqueles que são mais fracos, reservando-lhes uma vingança futura, expressão máxima do ressentimento: o Juízo Final.

Ignoram que os melhores homens e povos são como as árvores: não podem dispensar os temporais, pois sem eles não têm como crescer. Ódio, dureza e violência não são ações pecaminosas; fazem parte das circunstâncias que favorecem o crescimento pessoal.<sup>17</sup> Valendo-se de outra comparação, Nietzsche mostra que os cristãos, ao reprimirem os instintos, afastaram o homem da animalidade e, com isso, prejudicaram sua natural disposição para a vida: “Receio que os animais vejam o homem como um semelhante que perigosamente perdeu a sábia razão animal”<sup>18</sup>.

Do cristianismo, portanto, deriva a moral rejeitada por Nietzsche, a moral que pretende *vingar-se* da vida, a moral que, a pretexto de “melhorar” os seres humanos, pretende na verdade extirpar-lhes a vitalidade. O cristianismo não passa de um “ardil para *sugar* a própria vida, torná-la anêmica. Moral como *vampirismo...*”.<sup>19</sup> Não dar ouvidos à Igreja, nesse sentido, é um imperativo do homem corajoso, do homem que não se prende a fantasias (como o “outro mundo”), mas que se põe em condições de enfrentar a realidade como ela é: o campo dos instintos, da inteligência, da superioridade, do corpo que não precisa da mentira da “salvação da alma”. Um homem que, doravante, não mais necessitará de muletas, de fantasias e mentiras, mas que se satisfará com a terra, convertendo-se no *novo homem*, no último homem. Como brada Zaratustra: “Vede, eu vos ensino o Super homem! O Super homem é o sentido da terra. Deixai a vossa vontade dizer: O Super homem *deve ser* o sentido da terra!”.<sup>20</sup> Este homem não

<sup>16</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*, p. 32-33.

<sup>17</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*, p. 69.

<sup>18</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*, p. 176-177.

<sup>19</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*: como alguém se torna o que é. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005, p. 116.

<sup>20</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014, p. 19.

quer aniquilar seus desejos e impulsos, mas dar-lhes vazão, em atenção à sua natureza *dionisíaca*: “– Fui compreendido? Dioniso *contra o crucificado*...”<sup>21</sup>

## A (DES)IGUALDADE DA JUSTIÇA

O cristianismo retira do homem a possibilidade de superioridade na medida em que postula a igualdade de todos como *filhos do mesmo Pai*: “Cada um é filho de Deus – Jesus não reivindica nada apenas para si – como filho de Deus cada um é igual ao outro”.<sup>22</sup> O sentimento aristocrático que Nietzsche tanto admira nas sociedades antigas foi minado pelos cristãos, com sua “mentira da igualdade de almas”, que terminou por gerar o “veneno da doutrina dos ‘direitos iguais para todos’”. No fundo, não passa de um ressentimento dos fracos contra tudo o que há de mais nobre no mundo. A “igualdade das almas perante Deus” é apenas um *pretexto* para os rancores dos baixos espíritos, “esse explosivo de conceito que afinal se tornou revolução, ideia moderna e princípio declinante de toda a organização social – é dinamite *cristã*”.<sup>23</sup>

A “igualdade perante Deus” aparece em *Além do bem e do mal* como um artifício dos homens pouco elevados, “não suficientemente aristocráticos para ver o abismo intransponível que separa o homem do homem”, inventado para dirigir os destinos da Europa e retirar dos espíritos superiores qualquer possibilidade de educação, convertendo-os em homens “diminuídos” e em “animais de rebanho”.<sup>24</sup>

O cristianismo, com isso, desloca o centro de gravidade da vida para o *nada*, com suas mentiras da imortalidade pessoal e da salvação dos humildes. Nietzsche resume: “O cristianismo é a revolta de tudo o que rasteja no chão contra aquilo que tem *altura*: o evangelho dos ‘pequenos’ *torna* pequeno...”<sup>25</sup> Torna pequeno porque, instituindo uma “igualdade” totalmente fantasiosa, impede que os mais fortes continuem prevalecendo sobre os mais fracos. Daí a admiração do filósofo pelo Código de Manu, legislação que instituiu o sistema indiano de castas existente até os seus dias e, mesmo mitigado, ainda hoje. A *desigualdade* das castas, sua *hierarquia*, é o que permite a sobrevivência daquela sociedade, possibilitando que tipos mais elevados possam *governar* os menos capazes. Afinal, se um direito é “um privilégio”, “a *desigualdade* dos direitos é a condição para que haja direitos”, de modo que “a injustiça não está jamais nos direitos desiguais, está na reivindicação de direitos ‘iguais’”.<sup>26</sup>

<sup>21</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo*: como alguém se torna o que é, p. 117.

<sup>22</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 36.

<sup>23</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 79.

<sup>24</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do futuro, p. 51.

<sup>25</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 51.

<sup>26</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo*: maldição ao cristianismo, p. 72.

Como aqueles que são desiguais por natureza podem possuir os mesmos direitos? Para Nietzsche, isso é a expressão mais aberrante da ausência de proporcionalidade, da falta de mensuração das desigualdades existentes. Dar o mesmo àqueles que merecem *quinhões diversos*? Isso não é justiça, mas injustiça. Em *Crepúsculo dos ídolos*, criticando Rousseau e os movimentos da revolução francesa por igualdade, ele afirma:

A doutrina da igualdade!...Mas não existe de modo algum veneno mais venenoso: pois ela parece predicada da própria justiça, ao passo que é o fim da justiça... O igual aos iguais, o desigual aos desiguais – isso seria o verdadeiro discurso da justiça: daí se segue, jamais igualar o desigual.<sup>27</sup>

Esta passagem deixa claro que Nietzsche interpreta a proporcionalidade da justiça (por meio da qual os iguais devem ser tratados igualmente e os desiguais desigualmente) como uma exigência ligada ao valor de cada homem como um ser de poder, capaz de se afirmar perante os demais pela força e pelo espírito. A sociedade não deveria “reconhecer” o valor do “humano” em todos os homens, pois esse valor não é algo dado, mas *conquistado* por aqueles que possuem coragem para seguir seus instintos de dominação, impondo aos demais sua superioridade. Atribuir aos fortes, aos espíritos verdadeiramente livres, os mesmos direitos destinados aos fracos, é a mais nefasta subversão da natureza, é a sobrevivência dos *menos adaptados*. Essa insensatez somente poderia ocorrer em uma sociedade da *décadence*, de exaltação dos fracos, resultado bem-sucedido da armadilha do cristianismo, a religião “antiariana por excelência”, ou, mencionando a subclasse indiana dos “intocáveis”, “a vitória dos valores Chandalas”,<sup>28</sup> que mede por um mesmo padrão (o do direito) aquilo que necessariamente deveria permanecer distinguido:

A “igualdade”, uma certa efetiva homogeneidade encontrada que termina por encontrar expressão na teoria dos “direitos iguais”, pertence essencialmente ao declínio: o abismo entre homem e homem, classe e classe, a multiplicidade de tipos, a vontade de ser si mesmo, de distinguir-se, isso que denomino *pathos da distância*, é próprio de toda época forte.<sup>29</sup>

Em *Assim falou Zaratustra*, relata-se a “caverna das tarântulas”, *parábola* usada pelo sábio que desceu das montanhas para guiar os homens em direção à superação, ao *Super homem*. Ela é dirigida aos “pregadores da igualdade” que estão escondidos como as aranhas, mas sempre dispostos a se vingar das suas vítimas com veneno. As tarântulas chamam de “justiça” sua vingança contra tudo

<sup>27</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*: como se filosofa com o martelo. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 92.

<sup>28</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*: como se filosofa com o martelo, p. 48.

<sup>29</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos*: como se filosofa com o martelo, p. 81.

o que é superior e poderoso, e prometem insultar todos os que não adoram a igualdade. Enquanto elas sustentam que “a ‘vontade de igualdade’ – que passa a vigorar, daqui em diante, com o nome de virtude; e contra tudo o que é poderoso nós elevaremos um clamor,”<sup>30</sup> Zaratustra protesta, pois não quer ser confundido com essas falsas sacerdotisas, pois a justiça *lhe* fala que os homens *não são iguais*.

A vida quer dirigir-se para o alto e não para baixo, diz o sábio. Quer abrir-se ao mundo, aos impulsos e, com isso, rejeitar as falsas promessas cristãs. O homem superior ou *Super homem* não quer, como as tarântulas, *esconder-se* furtivamente em cavernas para cultivar ressentimento e inveja como motores da sua vingança contra os espíritos realmente livres, mas elevar-se e superar-se sem buscar disfarces em palavras “virtuosas”: “Vós, sacerdotes da igualdade, a loucura tirânica de vossa impotência grita por ‘igualdade’: assim, a mais secreta ânsia de tirano disfarça-se em palavras de virtude”.<sup>31</sup> A igualdade desejada pelas aranhas é somente o fruto disfarçado da inveja que nutrem pelos mais fortes e, como tudo que se origina da perversidade, visa à supressão da liberdade, ao despotismo mascarado por “boas intenções”.

Nesse contexto de rejeição do igualitarismo supostamente preparado pelo cristianismo, devem ser compreendidas as críticas que Nietzsche faz ao socialismo. Esta doutrina não passa, para o filósofo, de um “irmão mais novo” do velho despotismo, do qual se pretende herdeiro, pois, para se realizar, necessita de um Estado *máximo*, uma “plenitude de poder estatal como até hoje somente o despotismo teve, e até mesmo supera o que houve no passado, por aspirar ao aniquilamento formal do indivíduo”<sup>32</sup>. A consequência disso é que, no socialismo, uma justiça como igualdade somente será possível entre os integrantes da classe dominante, isto é, entre aqueles que pertencerão ao *governo* socialista. Falar em “direitos iguais” ou em “tratamento igual” para a grande massa que restará subordinada aos novos déspotas não passa de uma ilusão, que não satisfará a cobiça que se disfarçou de justiça:

Por outro lado, *exigir* igualdade de direitos, como fazem os socialistas da casta subjugada, não é jamais produto da justiça, mas da cobiça. – Se alguém mostra pedaços de carne sangrenta a uma fera e depois os retira, até que afinal ruge: vocês acham que esse rugido significa justiça?<sup>33</sup>

O socialismo começa com a deterioração da aristocracia e a ascensão de uma burguesia sem berço. O trabalhador, daí em diante, enxerga o seu empregador como um “cão astuto e sanguessuga”, e, para Nietzsche, com razão, pois o “homem

<sup>30</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*, p. 135.

<sup>31</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*, p. 135.

<sup>32</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres, p. 231.

<sup>33</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano*: um livro para espíritos livres, p. 220.

vulgar” percebe que nobreza não é algo que se conquista facilmente, mas alguma coisa que se adquire ao longo de muito tempo. Olhando seu padrão, vê apenas baixaza e insignificância, o que lhe dá a ideia de que sua diferença em relação a ele é apenas de sorte ou acaso. É *este* o começo da ideia socialista.<sup>34</sup>

Pode-se dizer que, para Nietzsche, ao promover a ideia de que todos os homens são iguais, o cristianismo contribuiu para a derrocada paulatina dos valores verdadeiros, os valores da “terra”, do “corpo” e de tudo aquilo que se liga aos impulsos e instintos, nivelando, deste modo, todos os homens.<sup>35</sup> A principal consequência disso foi que os fracos começaram a não ver mais as reais diferenças que os separavam dos fortes. No caso das relações de trabalho, consideraram que a sua distância em relação aos seus superiores não era essencial, mas acidental, gerando a ideia errônea de que todas as hierarquias sociais ainda existentes deveriam desaparecer.

Essa proximidade entre cristianismo e socialismo aparece com mais clareza em uma passagem de *Além do bem e do mal*, na qual Nietzsche critica os “livres-pensadores” de sua época, espíritos “niveladores” e “escravos a serviço do gosto democrático”. Sua aspiração, diz o filósofo, é somente a felicidade do rebanho, e suas cantilenas, repetidas à exaustão, são “a igualdade de direitos” e “a compaixão pelo ser que sofre”.<sup>36</sup>

A “nova justiça que se faz necessária”,<sup>37</sup> portanto, não é o fim das diferenças de poder e a implantação de uma igualdade total, mas a compreensão do *Super homem* e das possibilidades de expansão da vontade de potência. Não é a compaixão, tampouco o sentimento altruísta, mas a máxima liberdade no mundo. A “nova justiça” é a justiça da desigualdade, a justiça originária, a velha justiça das sociedades arcaicas. Como observa um comentarista, “‘justiça’ designa, para Nietzsche, o fato mesmo de que existe uma hierarquia, e que ela deve ser observada”.<sup>38</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma primeira observação que se pode fazer é que as críticas de Nietzsche ao socialismo soam quase proféticas. De fato, quando se olha para as experiências socialistas do século XX, constata-se que, partindo de um discurso de justiça

---

<sup>34</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*, p. 84.

<sup>35</sup> Nietzsche sustenta que o cristianismo revelou pela primeira vez a igualdade em sentido “universal”, fato que as historiografias atuais dos direitos humanos também reconhecem. Confirma, por exemplo, as observações de FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna, Il Mulino: 2009, p. 26. A diferença é que, ao contrário dos teóricos contemporâneos, Nietzsche não louva, mas *culpa* o cristianismo pela falsidade e divulgação dessa revelação.

<sup>36</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal*: prelúdio de uma filosofia do futuro, p. 36.

<sup>37</sup> NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*, p. 195.

<sup>38</sup> FRANÇOIS, Arnaud. Les deux justices selon Nietzsche: un exemple d’inversion des valeurs. *Meta: research in hermeneutics, phenomenology and practical philosophy*, v. 1, n. 2, 2009, p. 313.

igualitária e de “aperfeiçoamento do homem”, todas terminaram no despotismo, na subjugação da grande massa por uma “elite” dominante.

A proximidade que o filósofo vê entre socialismo e cristianismo, no entanto, deve ser rechaçada, pois enquanto o primeiro propõe uma igualdade *material* a ser alcançada *no mundo*, ainda que pela via da supressão das liberdades dos detentores do capital, o segundo sustenta uma igualdade *ontológica* que assimila os homens por um ato criador, mas sem retirar-lhes a liberdade da vida.

Não se é obrigado a ser cristão. Mesmo que se considere o cristianismo “vampirismo”, é possível esquivar-se dos seus “ataques” e recusar-lhe adesão, ainda que intimamente. Como religião, o cristianismo aponta para um “bem” ao qual o homem pode ou não aderir, mas na esperança de que, caso o aceite, esse bem *maximizará* sua liberdade. Ademais, os cristãos não inventaram a noção de “livre-arbítrio” para *nos culpar*, como é dito em *Crepúsculo dos ídolos*, mas, com esta expressão, querem simplesmente indicar que cada indivíduo é capaz de escolher entre boas e más possibilidades e, nessa condição, responsabiliza-se pelo que voluntariamente assume.

Os homens cristãos, além disso, não devem ser iguais em capacidades, talentos ou força, como Nietzsche supõe. São, na verdade, iguais *em liberdade*; são igualmente *peçoas* e, assim, não estão submetidos exclusivamente aos instintos e impulsos. Entregar-se às pulsões não é o prelúdio de uma “moral de senhores”, como julga o filósofo, mas a maior das escravidões pensáveis: a total absorção do homem pela natureza.

Apesar disso, a tese nietzschiana de que a igualdade universal surge com o cristianismo está correta. Nas sociedades pré-cristãs, incluindo a Grécia clássica, a noção de “igual” é sempre restrita, valendo entre cidadãos, homens livres, chefes de clã, reis, mas nunca para o homem *como tal*. Nelas, portanto, não está ainda presente a ideia de que todos os seres humanos possuem um “valor absoluto” ou “dignidade” e, por isso, não podem ser aviltados, escravizados ou destruídos.

Com as ideias de “liberdade igual” e de “direitos naturais”, o mundo moderno provocou uma secularização da concepção cristã, com base em fundamentos não mais teológicos, mas políticos e filosóficos. Nietzsche não reconhece mérito algum nessas ideias porque vê o homem como um ser destituído de qualquer valor *dado*. Desse modo, não há possibilidade de reconhecimento de uma “dignidade igual” e de algo *devido* por justiça ao ser que se reconhece, pois isso seria admitir uma “justiça em si”, possibilidade rejeitada expressamente em *Genealogia da moral*.

Mas, se Nietzsche acerta ao ver no cristianismo a fonte primária da igualdade universal e dos direitos do homem, erra ao interpretar o valor destas ideias. A igualdade político-jurídica não é, como o filósofo sustenta, uma noção castradora e inibidora, mas a condição mesma da liberdade. O homem superior



apregoado em seus escritos pode ser alguém talentoso ou determinado, mas como poderá desenvolver suas potencialidades se, em todos os momentos, temer os outros homens? Se sua autonomia puder ser a qualquer instante vilipendiada? *Igualdade*, portanto, não significa a extinção do poder, nem das hierarquias, tampouco das desigualdades “existenciais” (de sexo, idade, origem etc.) que fazem com que cada pessoa seja única no mundo, mas simplesmente a garantia de que ninguém, *a priori*, é “mais livre” do que os demais. A igualdade social é uma pré-condição da liberdade, não a sua supressão.

Compare-se o mundo moderno com o universo arcaico admirado por Nietzsche: em qual deles se pode enxergar mais liberdade? O filósofo certamente responderia que na Antiguidade, quando pelo menos alguns, os espíritos superiores, podiam efetivamente gozá-la (à custa dos fracos), ao contrário da modernidade, onde todos se encontram plasmados em uma falsa igualdade que não permite que ninguém se destaque. Mas, olhando bem, Dioniso é realmente um modelo de superioridade e libertação? A “liberdade” dionisíaca pode mesmo garantir a elevação do espírito? Ou, ao contrário, conduz à animalização, à loucura, à perda da disposição de si, à *verdadeira* não diferenciação igualadora e supressora da *pessoa*, aproximando o homem tragicamente de *tudo o que é inferior*? Como sugere René Girard, talvez os textos de Nietzsche tenham de ser lidos à luz desta sentença de Heráclito: “Dioniso é a mesma coisa que Hades”<sup>39</sup>.

## REFERÊNCIAS

- FACCHI, Alessandra. *Breve storia dei diritti umani*. Bologna: Il Mulino, 2009.
- FRANÇOIS, Arnaud. Les deux justices selon Nietzsche: un exemple d’inversion des valeurs. *Meta: Research in Hermeneutics, Phenomenology and Practical Philosophy*, v. 1, n. 2, p. 302-319, 2009.
- GIRARD, René. *Eu via satanás cair do céu como um raio*. Lisboa: Piaget, 2002.
- NIETZSCHE, Friedrich. *A gaia ciência*. Tradução, notas e posfácio por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Além do bem e do mal: prelúdio de uma filosofia do futuro*. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Hemus, 2001.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Assim falou Zaratustra*. Tradução de Carlos Duarte e Anna Duarte. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Crepúsculo dos ídolos: como se filosofa com o martelo*. Tradução de Jorge Luiz Viesenteiner. Petrópolis: Vozes, 2014.
- NIETZSCHE, Friedrich. *Ecce homo: como alguém se torna o que é*. Tradução, notas e posfácio por Paulo César de Souza. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

---

<sup>39</sup> GIRARD, René. *Eu via satanás cair do céu como um raio*. Lisboa: Piaget, 2002, p. 153.

NIETZSCHE, Friedrich. *Genealogia da moral*. Tradução, notas e posfácio por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

NIETZSCHE, Friedrich. *Humano, demasiado humano: um livro para espíritos livres*. Tradução, notas e posfácio por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

NIETZSCHE, Friedrich. *O anticristo: maldição ao cristianismo*. Tradução, notas e posfácio por Paulo César de Souza. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

WOTLING, Patrick. Quando a potência dá prova de espírito: origem e lógica da justiça segundo Nietzsche. *Cadernos Nietzsche*, v. 32, p. 203-232, 2013.

Data de recebimento: 31/03/2016

Data de aprovação: 27/09/2016

# O DEVER DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO DIREITO PRIVADO: ANÁLISE CONCRETA

## THE DUTY OF PROTECTION TO THE FUNDAMENTAL RIGHTS IN PRIVATE LAW: CONCRETE ANALYSIS

*Iuri Bolesina\**

*Tamiris Alessandra Gervasoni\*\**

### RESUMO

Na lógica da constitucionalização do direito privado, dos aportes da fenomenologia hermenêutica, analisando-se um caso, na qual uma escola de ensino médio negava-se a efetuar a matrícula de aluno com deficiência em turma regular diante de condenação judicial que a obrigava a fazê-lo. Realizou-se o estudo teórico sobre a constitucionalização do direito privado no Brasil, abordando-se a teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais e o seu desenvolvimento pela jurisprudência. Ao final, analisou-se o caso, no qual a escola foi condenada a realizar a matrícula do aluno com base nos direitos fundamentais da igualdade e da educação, demonstrando-se que a leitura do direito privado à luz da legalidade constitucional, valendo-se de teorias, como o dever de proteção nas relações entre privadas foi determinante para a solução do caso, ao possibilitar a aplicação direta e imediata dos direitos fundamentais em prol do respeito, da proteção e da promoção da dignidade humana.

**Palavras-chave:** Direito privado constitucionalizado; Dever de proteção; Direitos fundamentais; Estudo de caso.

---

\* Doutorando e mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Especialista em Direito Civil pela Faculdade Meridional – Imed. Integrante do Grupo de Pesquisa “Intersecções jurídicas entre o público e o privado”, coordenado pelo pós-doutor Jorge Renato dos Reis, vinculado ao CNPq. Professor da faculdade de direito da Faculdade Meridional – Imed. iuribolesina@gmail.com.

\*\* Mestranda com Bolsa Capes Prosup em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – Unisc. Graduada pela mesma instituição. Integrante do Grupo de Pesquisa “Direito, Cidadania e Políticas Públicas”, coordenado pela Professora pós-doutora em Direito Marli Marlene Moraes da Costa. tamirisgervasoni@gmail.com.

### ABSTRACT

In the logic of constitutionalization of private law, of the hermeneutic phenomenology contributions by analyzing a case in which a high school refused to effect the registration of disabled students in regular class before judicial condemnation that forced her to do it. There was a theoretical study on the constitutionalization of private law in Brazil, addressing the theory of protective duties to fundamental rights and its development in the case law. At the end, it analyzed the case, in which the school was ordered to carry out the registration of the student based on the fundamental rights of equality and education, demonstrating that the reading of private law in the light of constitutional legality, taking advantage theories of the duty of protection in relations between private was crucial to the case of the solution enabling direct and immediate implementation of fundamental rights for the respect, protection and promotion of human dignity.

**Keywords:** Private law constitutionalized; Duty of protection; Fundamental rights; Case study.

### INTRODUÇÃO

A constitucionalização do direito representou uma verdadeira transformação direta em todas as áreas jurídicas, bem como indireta em outros espaços sociais, não sendo diferente no que diz respeito ao direito e aos interesses privados. Com o fenômeno denominado constitucionalização do direito privado, as matérias que classicamente diziam respeito a tal âmbito foram repersonalizadas, colocando-se a dignidade da pessoa humana como início e fim. A partir disso, inúmeras inovações apresentaram-se, dentre as quais das teorias conectadas aos direitos fundamentais, como a teoria dos deveres de proteção, a qual determina ser obrigação de todos, mas principalmente do Estado, a tutela dos direitos fundamentais, objetivando seu respeito, proteção e promoção.

Neste cenário, o presente estudo pretende uma análise da aplicação da teoria do dever de proteção, em um contexto de direito privado na legalidade constitucional, a partir de um estudo de caso. Para tanto, o trabalho divide-se em três eixos, sendo que o primeiro intenta elaborar algumas notas sobre a constitucionalização do direito privado, mais pertinentes para o estudo de caso proposto. Destacar-se-á, assim, especialmente, os efeitos trazidos por tal fenômeno no que toca à repersonalização do direito.

Na sequência, mirar-se-á a reconstrução histórico-teórica da teoria do dever de proteção, destacando suas origens jurisprudenciais germânicas e algumas doutrinas que trataram do tema. Neste íterim, também demonstrar-se-á a recepção desta teoria pela Constituição brasileira e sua forma de vinculação aos direitos fundamentais.

Por fim, realizar-se-á um estudo de caso, acerca de um julgado do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no qual apreciou uma apelação civil de uma escola privada que se negava (sob o argumento de não ser obrigada por ser instituição privada) a efetuar a matrícula do aluno com deficiência em turma regular e apelava de ter sido condenada a fazê-lo. O acórdão decidiu o caso com base na teoria dos deveres de proteção aos direitos fundamentais, demonstrando, em concreto, um dos efeitos da constitucionalização do direito privado.

## A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO PRIVADO

O direito privado é historicamente considerado como um ramo do direito no qual a vontade e os interesses individuais possuíam tratamento privilegiado, inclusive sobre as ideias de interesse público e estatal. Essa noção aparece e se solidifica especialmente a partir do surgimento do Estado Moderno de cariz liberal, no qual é notável a distinção realizada entre interesses particulares e interesses coletivos. Neste contexto, aliás, as percepções alimentadas pelo positivismo jurídico irão impregnar-se no imaginário social e alocar-se na dogmática jurídica.

Sob um viés cronológico e situando o local na fala na França (pelo seu valor histórico aos sistemas jurídicos de tradição romano-germânicos), é possível sustentar que um dos efeitos da Revolução Francesa foi a criação da dicotomia público-privado.<sup>1</sup> Tal distinção teve uma perspectiva social, na qual os interesses e a vida privada não diziam respeito ao Estado (e, em alguma medida, o inverso também era verdade), e uma perspectiva jurídica, que consagrou que os direitos e deveres do indivíduo apareceriam no Código Civil e os direitos e deveres do Estado estariam anotados na Constituição.<sup>2</sup>

A dimensão social, embebida pela dimensão jurídica, criou um imaginário de que os interesses e ações privadas ou particulares (nelas inseridas não apenas os atos individuais, mas também aqueles que dissessem respeito à família e aos clubes privados, por exemplo) não interessassem ao Estado ou ao público, sendo que somente eventualidades contrárias à ordem jurídica, como ilegalidades civis ou penais, ingressariam na esfera do público. Isso perpetuou, como bem se sabe, comportamentos contemporâneos nos âmbitos da família, do trabalho e dos contratos em geral.

Por sua vez, a dimensão jurídica – também afetada pela dimensão social – fazia o Código Civil daquela época se equivaler à Constituição deste período.

---

<sup>1</sup> Fazia-se uma evidente confusão entre o conteúdo do “público” e do “estatal”, tratando-os como sinônimos. Não se reconhecia a figura do público não estatal, tampouco a distinção entre interesse público e interesse estatal.

<sup>2</sup> TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

Seria o Código Civil a “Constituição dos particulares”.<sup>3</sup> Isso porque, primeiro, a ideia de uma dicotomia jurídica entre o público e o privado demarcava duas esferas condicionantes e limitadoras reciprocamente, pois seria público o que não fosse privado e vice-versa, ao mesmo tempo que o alargamento de uma acaba na diminuição da outra.<sup>4</sup> Logo, o que era do indivíduo jamais seria do Estado ou do público. Segundo, a própria teoria jurídica reinante naquele espaço e tempo (positivismo exegético) demarcava como “correto” que a Constituição anotasse deveres negativos/abstenções ao Estado (ou seja, em via oposita, direitos de defesa para o cidadão) e o Código Civil prevê-se direitos de liberdade aos cidadãos (implicando em deveres de tolerância para o Estado).<sup>5</sup> No mesmo sentido, no que trata do cidadão individualizado, a Constituição prestava-se às relações lidas como “verticais”, ou seja, entre o Estado e o indivíduo, ao tempo que o Código Civil regulava a totalidade das relações “horizontais” entre as partes privadas, portanto.

No século XX, especialmente com o surgimento de legislações esparsas (microsistemas, estatutos etc.), a centralidade que pretendia o Código Civil visava regular questões de ordem concomitantemente pública e privada, começando a ruir a visão dicotômica e, com ela, toda a teoria que a sustentava. O surgimento destas legislações, por seu turno, escancara duas situações: a primeira delas representada na falta de mobilidade que a legislação possuía diante do dinamismo das relações sociais; e a segunda vista com a impossibilidade de se deixar as relações interprivadas sem, ao menos, alguma influência e regulamentação a partir dos interesses públicos, por questões de justiça social e distributiva.<sup>6</sup> Como resultado, o positivismo exegético é sucedido pelo positivismo normativista e o Estado começa a legislar sobre algumas relações de cunho histórico eminentemente privado/individual.

No mesmo século, os atos de lesa humanidade vivenciados no interstício da Segunda Guerra Mundial e, posteriormente, o resultado do Julgamento de Nuremberg, evidenciaram a carência das teorias jurídicas e a necessidade de novos modelos jurídicos que tutelassem a dignidade humana em todos os âmbitos. Essa percepção dá forças ao constitucionalismo enquanto forma de se respeitar, proteger e promover os direitos humanos e fundamentais. A partir disso, espalha-se

---

<sup>3</sup> LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 19.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010, p. 13-15.

<sup>5</sup> LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010, p. 59-61.

<sup>6</sup> WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução de de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010, p. 598-626.

pelo mundo, com maior ou menor intensidade, de uma ou de outra forma, a ideia de um constitucionalismo democrático e normogênico em forma, mas principalmente em substância (pois a criação e o conteúdo da criação deveriam deferência à Constituição).<sup>7</sup>

Da Alemanha sobrevivem inúmeras teorias que orbitam os direitos fundamentais e a sua forma de tutela. Dentre as mais relevantes para o direito privado (brasileiro) estão a força normativa da Constituição;<sup>8</sup> a eficácia irradiante da Constituição e o dever de proteção aos direitos fundamentais;<sup>9</sup> a aplicação direta (e imediata) dos direitos fundamentais; a tessitura sempre aberta e receptiva da ordem constitucional aos direitos humanos; a oxigenação principiológica dos regramentos privados com base em “regras de conteúdo aberto”.<sup>10</sup> Ao lado dessas destaca-se igualmente uma nova hermenêutica e a transformação dos poderes/deveres da jurisdição constitucional.

No Brasil, a Constitucionalização do Direito se dá, efetivamente, com a Constituição de 1988, que bebe de fontes plurais, cidadãs, democráticas e advindas e em prol da dignidade humana. As alterações de cunho constitucional impõe, também, uma ampla revisão do direito privado brasileiro, tanto no que diz respeito à constitucionalidade das leis já existentes, quanto no que tange à interpretação destas legislações e, igualmente, no que trata da criação de novas previsões normativas. Tem-se o que se convencionou denominar como “repersonalização do direito privado”.<sup>11</sup> Em termos diretos, o direito privado na legalidade constitucional<sup>12</sup> equivale:

- (1) na aplicação direta e constante da Constituição nas relações privadas,
- (2) na interpretação e (re)leitura dos regramentos de direito civil a partir (e ao concluir) e de acordo com a Constituição, (3) na criação da

---

<sup>7</sup> GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014, p. 14.

<sup>8</sup> HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

<sup>9</sup> CANARIS, Claus-Wilhelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.

<sup>10</sup> TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. XV-XX-XIII, 2007, p. XIX.

<sup>11</sup> FACHIN, Luis Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 11.

<sup>12</sup> PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 1-3.

legislação civil coadunada com a Constituição e, por fim, (4) na inserção de conteúdos outrora infraconstitucionais e da experiência jurisprudencial consolidada no texto constitucional.<sup>13</sup>

Entende-se, desde então, que a Constituição é o ponto de maior relevância formal e substancial da ordem jurídica brasileira e que as legislações infraconstitucionais estão a ela subordinadas, mas não em um sentido negativo apenas, pois também realizam a função de amadurecimento e complementariedade. Impõe-se uma circularidade sinérgica: os conteúdos porosos dos princípios constitucionais e direitos fundamentais criam e dão diretrizes de interpretação às legislações infraconstitucionais, ao mesmo tempo que estas legislações conferem concreitude específica aos conteúdos porosos dos princípios e direitos fundamentais.<sup>14</sup>

A despeito da análise de alterações concretas específicas também, tem-se que, até a constitucionalização do direito privado, há vigência das dicotomias público privado/constituição-código civil. Com o fenômeno da Constitucionalização do direito (e, portanto, também do direito privado), essa visão dicotômica desaparece (não havendo falar em intersecções jurídicas entre o público e privado, pois a ideia de intersecção pressupõe a dicotomia).<sup>15</sup> Público e privado são dimensões de cada norma jurídica,<sup>16</sup> de modo que a dimensão privada importa a dimensão pública e vice-versa. Um contrato de compra e venda entre particulares diz respeito às partes privadas contratantes, mas também ao interesse público e estatal, já que determinadas questões (como o objeto do contrato, eventuais cláusulas abusivas, as partes contratantes etc.) dialogam, concomitantemente, com os interesses públicos e privados.

Os direitos fundamentais constitucionalmente previstos (ou seja, em um documento tido como público) passam a reger o Código Civil e as relações entre partes privadas (historicamente noções de cunho privado), criando dinâmicas

---

<sup>13</sup> REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo Poder Judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da Ajuris*, v. 41, 2014, p. 372.

<sup>14</sup> ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica. Os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, 2013, p. 104.

<sup>15</sup> LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002, p. 12.

<sup>16</sup> Entende-se norma jurídica como o produto da interpretação de uma regra, direito fundamental ou princípio e não o oposto, como se fosse gênero das espécies regras e princípios. Logo, diferente do que assevera Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 51-85), opta-se pela lógica de que texto é norma são elementos distintos, mas conectados. STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 336.



de vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (não necessariamente horizontais),<sup>17</sup> de modo direto e imediato.<sup>18</sup> Instaure-se um diálogo constante e, assim, público e privado, na ordem jurídica, rendendo-se a unicidade, a coerência e a integridade do sistema.<sup>19</sup> Não bastasse isso, passam a aparecer conteúdos e legislações de interesse coletivo e/ou difuso de interesse público e privado ao mesmo tempo. Passa também a ser impossível dividir a ordem jurídica em pública e privada, uma vez que é igualmente inviável apontar momentos exatos de acontecimentos ora apenas públicos, ora apenas privados.

Neste quadro, vale consignar, por fim, em seguimento às linhas dos desafios apontados por Fachin,<sup>20</sup> que a constitucionalização do direito privado impõe uma revisão de comportamentos privados e públicos (além da revisão das teorias), os quais se iniciam na vida em sociedade, perpassam o ensino jurídico e desaguam na prática jurídica.

## O DEVER (CONSTITUCIONAL) DE PROTEÇÃO

O dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*) é inicialmente desenvolvido pela jurisprudência alemã, sendo sua origem observada, de forma mais emblemática no caso Lüth,<sup>21</sup> o qual é considerado um marco essencial

---

<sup>17</sup> “(...) a expressão ‘eficácia horizontal’ têm sido rejeitada, principalmente em face da circunstância de que expressiva parcela da doutrina acabou aderindo à concepção segundo a qual, em se tratando de uma relação entre um particular e um detentor do poder social, isto é, uma relação caracterizada pela desigualdade, estar-se-ia diante de uma configuração similar que se estabelece entre os particulares e o Estado e, portanto, de natureza vertical, já que a existência de uma relação horizontal pressupõe tendencial igualdade. (...) optamos por abandonar as expressões ainda habituais, filiando-nos aos que preferem tratar o tema sob o título de ‘eficácia dos direitos fundamentais nas relações particulares’ ou mesmo ‘vinculação dos particulares – ou entidades privadas - aos direitos fundamentais’, por traduzir de forma mais precisa e fidedigna, a dimensão específica do problema, já destacada.” SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000, p. 114.

<sup>18</sup> Não obstante a existência de um conjunto de teorias que tratem da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficácia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 219-237.), o Brasil, a partir do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Especial 201.819/RJ, no ano de 2005, pacificou o entendimento (institucional) de que a teoria aceita é a da eficácia imediata. Não bastasse, note-se a previsão do art. 5º, § 1º, da Constituição.

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.

<sup>20</sup> FACHIN, Luis Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 12-13.

<sup>21</sup> “Sem embargo, a consagração explícita da dimensão objetiva dos direitos fundamentais só ocorrerá sob a égide da Lei Fundamental de Bonn. O marco essencial é sem dúvida o julgamen-

no estudo e na compreensão dos direitos fundamentais visto que “nenhuma decisão ampliou tão eficazmente a proteção dos direitos fundamentais quanto a sentença do caso Lüth, em 1958”.<sup>22</sup>

Neste caso, consolidou-se a dimensão objetiva dos direitos fundamentais e, a partir de um dos seus desdobramentos decorre o dever de proteção, reconhecendo-se que os direitos fundamentais não se restringem à esfera do direito público, mas irradiam-se para todos os âmbitos jurídicos. Assim, atribuiu-se aos direitos fundamentais “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais”.<sup>23</sup>

Atribuiu-se, assim, aos direitos fundamentais, a partir da perspectiva objetiva, “o reconhecimento de deveres de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado, no sentido de que a este incumbe zelar, inclusive preventivamente, pela proteção dos direitos fundamentais”,<sup>24</sup> sendo que “a proteção dos direitos fundamentais foi impulsionada para o nível de aplicação do direito”.<sup>25</sup> Dessa forma, se os direitos fundamentais, diante da sentença proferida no caso Lüth, não se delimitam mais apenas no seu aspecto subjetivo, “sendo também princípios objetivos (...) eles produzem para o Estado não só efeito limitador, mas também efeito intimativo”.<sup>26</sup>

Mais adiante, ainda na Corte Constitucional alemã, ao tratar sobre a descriminalização do aborto, em 1975, diante de uma proposta legislativa com tal objetivo, é ponderado a admissão da interrupção ou não da gestação, pairando o questionamento de reproduzir, ou não, a situação norte-americana (nos Estados Unidos o aborto é legal em todos os estados desde 1973, a partir da decisão da Suprema Corte no caso *Roe versus Wade*<sup>27</sup>), país que não apenas descrimina-

---

to do caso de Lüth, pela Corte Constitucional germânica no ano de 1958”. SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006, p. 122.

<sup>22</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 176.

<sup>23</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 148.

<sup>24</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 148.

<sup>25</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 276.

<sup>26</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 277.

<sup>27</sup> “The Casey decision was based on an opinion signed by only three justices – O’Connot, Kennedy, and David Souter – but that opinion stands as an authoritative statement of what the case decided. It laid down three principles: that government has a legitimate interest in fetal life and in the health of a pregnant woman from the inception of pregnancy; that women have a right to abortion until a fetus becomes viable (which in contemporary medicine means roughly the end of second trimester); and that government may not place an ‘undue burden’ on that right even in furtherance of those legitimate interests”. DWORKIN, Ronald. *The supreme*

lizou o aborto como criou o direito de abortar (certamente com restrições, como só podendo ser realizado nas primeiras semanas de gestação), garantido tal direito sob o argumento de que a mulher deve dirigir e organizar sua vida privada como melhor lhe convier.

No entanto, o Tribunal Constitucional alemão optou por uma direção distinta. Reconheceu que a mulher possuía autonomia e domínio sobre sua vida privada e sua esfera íntima, não podendo tais circunstâncias ser desconsideradas, todavia advogou que a vida humana não é propriedade de ninguém, que o fato de a vida ser gerada no útero da mulher não lhe confere domínio sobre o feto e, assim, a vida intrauterina também é merecedora de tutela do Estado. Tal proteção não se referia somente a atos que poderiam ser praticados pela mulher com a intenção de promover um aborto, indo mais adiante, alcançando também possíveis estímulos efetuados com esta finalidade realizados por terceiros que convivessem com a gestante.<sup>28</sup>

Dessa forma, a defesa da vida delinea-se em uma ampla obrigação<sup>29</sup> ao Estado no sentido de evitar também possíveis condutas privadas com a pretensão de efetivar e/ou estimular a prática do aborto, assim, percebe-se, pela menção aos estímulos referidos, que tal dever de proteção foi compreendido pelo tribunal também num viés preventivo, pois, “quando do cumprimento do dever de tutela por parte do Estado, a lesão ainda não ocorreu, o que denota o seu caráter geral preventivo”.<sup>30</sup>

Reconheceu-se, portanto, expressamente o dever de proteção (*Schutzpflicht*) do Estado perante os direitos fundamentais, estabelece-se a necessária proteção independentemente daquele que esteja interferindo em seu pleno exercício ou proteção, ou seja, ainda que tal violação ao direito fundamental tenha origem em ato realizado pelo próprio Estado ou por atores particulares, pois, em face da amplitude do dever de proteção, “ele não só proíbe – evidentemente – intervenções diretas do Estado na vida em desenvolvimento, como também ordena ao Estado posicionar-se de maneira protetora e incentivadora (...) dos direitos fundamentais”.<sup>31</sup>

---

*court phalanx*: the court's new right-wing bloc. New York: New York Review Books, 2008.

<sup>28</sup> “O TCF introduziu a dogmática com a necessidade de se defender a vida nascitura contra ameaças a este bem jurídico representadas por um aborto, o qual poderia ser feito ou estimulado por particulares, como a própria gestante, ou pela via do meio social imediatamente próximo (família, médicos, amigos etc.)”. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005, p. 54.

<sup>29</sup> “A defesa da vida, nesse contexto, corresponde ao dever mais amplo do Estado de proibir certa conduta privada, qual seja: a realização da interrupção do processo gestativo pelo aborto”. SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 84.

<sup>30</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 84.

<sup>31</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 266-267.

Nesse sentido, para o cumprimento e/ou observação do dever de proteção pelo Estado, não é necessário que contra este haja uma pretensão direcionada, nem que este figure em qualquer aspecto na situação fática posta, é preciso apenas que se encontre o direito fundamental sob uma ameaça, violação ou simplesmente que este esteja desprotegido, pois mesmo que nem sempre reconhecida “(...) uma pretensão subjetiva contra o Estado (...) tem-se a identificação de um dever deste tomar as providências (...) para a realização ou concretização dos direitos fundamentais”.<sup>32</sup> Desta forma, o dever de proteção deve ser observado em uma perspectiva de prevenção, e não apenas de caráter corretivo, ou seja, após a violação ao direito fundamental ter se configurado.

(...) é curioso comprovar que circunscrevemos direitos humanos a uma simples reivindicação ou demanda judicial, interposta ante os tribunais uma vez que os mesmos tenham sido violados. Logo, costumamos defender uma concepção pós-violatória dos direitos humanos, ignorando ou fazendo pouco caso da dimensão pré-violatória. Os direitos humanos parecem que somente existem uma vez violados, não importando aquela dimensão de sua realidade que se constrói e se destrói antes de acudirse ao Estado.<sup>33</sup>

Uma atuação preventiva certamente demandaria um desempenho diferenciado ao Estado, implicando custos, possibilidades de ação, informações sólidas, bem como o movimento de todo um aparato público; ocorre que “a prevenção tende a detectar perigos ainda na fonte e, na medida do possível, antecipar-se a seu surgimento”,<sup>34</sup> dessa forma não se permitiria a ocorrência do dano, o que, em geral, acarreta em um menor grau de atuação e em maiores custos para os entes públicos.<sup>35</sup>

Já na segunda decisão proferida sobre o aborto em 1993 (*BverfGE* 88, 203), também pelo Tribunal Constitucional alemão, determinou-se que seria imprescindível que em tal atuação fossem observados parâmetros extremos de excesso (*Übermassverbot*) e insuficiência (*Untermassverbot*), sendo que a Constituição apenas determinaria a proteção como uma meta a ser alcançada, mas não o caminho a ser trilhado para se chegar nela.<sup>36</sup> O *Bundesverfassungsgericht* pronunciou-se,

<sup>32</sup> MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 689.

<sup>33</sup> RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010, p. 16.

<sup>34</sup> GRIMM, Dieter. *Constituição e política*, p. 280.

<sup>35</sup> Para ilustrar, imagine-se que determinada mulher, no Brasil, resolva realizar um aborto e o faz de modo ilícito diante das previsões do atual Código Penal 103. Além dos gastos com a possível investigação policial, acusação ministerial e processamento judicial, é igualmente possível que esta mulher tenha problemas de saúde física na realização do aborto, visto que, ocorrendo de forma ilegal, não há garantia alguma de qualidade no procedimento, bem como problemas psicológicos, por algum dos variados motivos que a mente humana pode engendrar.

<sup>36</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 280.

portanto, lecionando que “as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis”.<sup>37</sup> De tal forma, na busca de uma proteção suficiente, inicialmente, poderia se analisar a proporcionalidade no que concerne à sua dupla face, considerando-se a proibição do excesso (*Übermassverbot*) e a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*).

A primeira exerceria a função de parâmetro de avaliação da constitucionalidade das intervenções praticadas nos direitos fundamentais, não podendo tais ocorrer de modo excessivo, havendo, de certa forma, proibição de intervenção. Já quanto à outra face, a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*), pode ser compreendida como imperativo de tutela, cujo deve assegurar um “mínimo” de proteção que esteja apto a garantir um padrão constitucionalmente estabelecido.

Neste sentido, compreende-se que a obrigação de prestar um dever de proteção (*Schutzpflicht*) suficiente aos direitos fundamentais refere-se a um dever que deve ser respeitado e promovido pelo Estado; portanto, por todos os seus poderes formadores, ou seja, pelo Poder Executivo, Poder Legislativo e Poder Judiciário. Em outras palavras, “este dever de proteção envolve a atividade legislativa, administrativa e jurisdicional do Estado, que devem guiar-se para a promoção dos direitos da pessoa humana”.<sup>38</sup>

É responsabilidade dos três poderes atuar sinergicamente na sua defesa e promoção, não se olvidando o princípio da separação dos poderes, mas, ao contrário, lembrando que cada um deve permear sua atuação pelo dever de proteção nas atividades e funções que lhe competem, assim o legislador deve editar normas que visem à proteção dos direitos fundamentais; o administrador, agir materialmente na prevenção e reparação referentes aos danos e ameaças aos direitos fundamentais; e o Judiciário na prestação jurisdicional direcionar-se à defesa e promoção dos direitos fundamentais.<sup>39</sup>

Assim, diante da perspectiva da atuação judicial na promoção, proteção e respeito do dever de proteção aos direitos fundamentais, a partir da dupla face da proporcionalidade como possível caminho a ser trilhado em busca de uma proteção suficiente aos direitos fundamentais (com destaque à proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*)) observar-se-á adiante um caso concreto que aborda tais preceitos, ponderando-se a possibilidade destas premissas

---

<sup>37</sup> SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*, p. 280.

<sup>38</sup> SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*, p. 129.

<sup>39</sup> MARMELSTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149 f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, Fortaleza, 2007, p. 44.

constituírem argumentos centrais em uma decisão judicial com o objetivo de proteger os direitos fundamentais.

### **ANÁLISE DE CASO CONCRETO: A APELAÇÃO CÍVEL N. 70.020.833.109, DO TJ-RS**

A ora analisada trata-se de uma decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul apresentada no acórdão da Apelação Cível n. 70.020.833.109, em ação cominatória, proposta em 07/03/2006 e julgada em 17/09/2008. A análise proposta se dá com o auxílio dos dados da sentença de primeiro grau,<sup>40</sup> em razão de alguns dados não mencionados no acórdão e tão somente na sentença. O acórdão foi encontrado a partir a palavra-chave *untermassverbot*, no site do respectivo tribunal, que se refere à proibição de proteção insuficiente no caso do dever de proteção aos direitos fundamentais (*Schutzpflicht*). Com a utilização de tal termo, quatro decisões foram encontradas no site, porém, destas apenas relacionava-se com a temática da constitucionalização do direito privado, as outras demais referiam-se a matérias de direito penal.

O caso em concreto, em resumo, trata da apelação civil de uma escola privada que se negava (sob o argumento de não ser obrigada por ser instituição privada) a efetuar a matrícula do aluno com deficiência em turma regular e apelava de ter sido condenada a fazê-lo.

A sentença de primeiro grau esclarece que o aluno em questão logo após seu nascimento sofrera hemorragia cerebral, ocasionando-lhe uma redução cognitiva. Não obstante, teve êxito em concluir o ensino fundamental. O ano subsequente, ao tentar realizar sua matrícula no ensino médio, teve sua solicitação negada pela escola, sob o argumento de que não seria possível o seu prosseguimento na instituição de ensino em razão da sua deficiência. Ainda, aclara que a defesa de primeiro grau da escola foi no sentido de que, depois de realizado estudo específico por equipe técnica da escola, entendeu-se que as necessidades especiais do aluno não poderiam ser atendidas pela escola, de forma que ele deveria ser encaminhado – munido do parecer de terminalidade – para uma escola devidamente equipada para atender o jovem.

O acórdão, por seu turno, narra que a instituição privada de ensino, advogou que a Constituição Federal não determina que o atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência(s) seja realizado em escola regular, mas que isto é apenas uma preferência. Tal preferência, aliás, vem expressa na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB). Sustentou-se, igualmente, na autonomia pedagógica assegurada pela Constituição que autoriza as instituições privadas a optar pela inclusão ou não (total ou parcial) de atendimento especializado.

---

<sup>40</sup> Processo n. 001/1.06.0051615-0, da Comarca de Porto Alegre.

Ainda, destaca que a inclusão do aluno nas turmas comuns não seria possível diante das suas necessidades que careceriam de esforço técnico, o qual não é obrigatório de previsão no projeto pedagógico das escolas, por opção ou impossibilidade; ademais, seria faculdade da própria instituição de ensino a “adoção de procedimentos de avaliação e encaminhamento para alternativas educacionais que concorram para a ampliar as possibilidades de inclusão social do aluno”.<sup>41</sup> Por fim, advoga que a instituição nunca agiu de forma discriminatória, mas que não tinha condições de implementar todo o atendimento técnico e especializado que tal aluno carecia.<sup>42</sup>

O acórdão foca-se em argumentos de índole constitucional, em especial no que dispõe o artigo 206, que prevê que a educação deve ser prestada com igualdade de condições para acesso e permanência na escola, ressaltando o artigo 209 ao preceituar que o ensino é livre à iniciativa privada, o qual, porém, deve observar a LDB, haja vista que tal lei aplica-se em instituições de ensino públicas e privadas.<sup>43</sup> Neste sentido, menciona-se o artigo 58 da LDB, definindo que a educação especial deve ser oferecida preferencialmente na rede regular de ensino. Ainda, enfatizou que a legislação aplicável conduz a interpretação constitucional de que, preferencialmente, alunos com necessidades especiais deverão ser integrados no ensino regular, seja público ou privado, salvo em caso de demonstrada falta de condições pessoais para tanto, hipótese na qual será indicado o ensino especializado.

Neste mesmo sentido, o acórdão evidencia que o aluno cursou todo o ensino fundamental em escola regular e que a negativa apresentada para obstar sua matrícula no ensino médio se deu sem elementos concretos. Isso porque desprovido de avaliação ou indicação de fatos que demonstrem a inaptidão do autor e a necessidade de ensino especializado, bem como em razão do parecer de terminalidade ter sido emitido somente após a citação judicial. Destaca-se que o acórdão sinaliza que o parecer de terminalidade apenas indica a exigência de acompanhamento especializado para o aluno.

---

<sup>41</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 4.

<sup>42</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 2-3.

<sup>43</sup> “Essa norma contém princípios e regras gerais sobre educação, que devem ser aplicadas tanto às instituições públicas quanto às privadas, não havendo qualquer ressalva quanto à sua aplicação.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 6.

A partir destas premissas, salienta a decisão que “os serviços de educação, quando prestados por particulares por meio de delegação, sujeitam-se ao regime jurídico-administrativo das entidades políticas por ele responsáveis, incluindo suas prerrogativas e obrigações”,<sup>44</sup> assim, reconhece-se que também as entidades particulares de ensino devem observar o dever (constitucional) de proteção suficiente (*Untermassverbot*) aos direitos fundamentais.<sup>45</sup>

Considera-se, ainda, a proibição de proteção insuficiente na “existência de uma violação do dever de proteção quando as entidades sobre quem esse recai não adotam nenhuma medida concreta ou adotam medidas inteiramente insuficientes ou ineficazes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais”.<sup>46</sup> Assim, a proibição de proteção insuficiente é verificada no caso concreto a partir da aplicação da (dupla face da) proporcionalidade, vislumbrada no acórdão a partir de “seus subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” – que na verdade são subprincípios da regra de ponderação alexyana (seria mais correto afirmar que a proporcionalidade pode ser encontrada a partir da métrica da ponderação – ainda que hermenêuticamente estes autores discordem disso –).<sup>47</sup> Adiante, o acórdão sustentou:

no caso concreto, verifica-se que a conduta da demandada, que impediu a matrícula do autor no ensino médio, é inadequada para garantir o exercício de seu direito fundamental à educação (artigo 6º, *caput*, CF). Ao afirmar que não dispõe da estrutura adequada para oferecer a educação de que necessita o autor e apresentar parecer de terminalidade

---

<sup>44</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7.

<sup>45</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7.

<sup>46</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 7-8.

<sup>47</sup> “O preceito da proibição da insuficiência pode ser dividida em três preceitos parciais: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Uma medida estatal é adequada no sentido da proibição de insuficiência caso ela seja apta a alcançar ou promover o objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir. Por outro lado, uma medida não é necessária se, por outro meio, é alcançado em igual ou maior medida, a realização do objetivo exigido pela norma que obriga o Estado a agir. Por último, o preceito da proporcionalidade em sentido estrito na perspectiva da proibição de insuficiência corresponde à lei da ponderação entre os princípios colidentes, considerando os graus de satisfação ou não satisfação alcançados em igual, ou maior medida, a realização do objetivo exigido pela norma, que obriga o Estado a agir.” BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 8.



específica, a instituição de ensino, ora demandada, embora compreendida que está adotando medidas protetivas ao portador de necessidades especiais, em realidade, o exclui da rede de ensino, obstaculizando o seu desenvolvimento intelectual.<sup>48</sup>

Desta forma, entendeu o acórdão que a medida tomada pela escola é desproporcional, especialmente ao ser enquadrada em conduta inadequada ao dever de proteção suficiente. Assim sendo, não necessitou seguir na análise dos demais subprincípios, pois a relação entre estes é subsidiária.<sup>49</sup> Compreende-se dos argumentos explanados na sentença que a instituição de ensino privada é também vinculada ao dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais, devendo observar a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) e, portanto, como as medidas (não) adotadas por esta foram demonstradas como insuficientes na proteção ao direito fundamental à educação do autor, a sentença de primeiro grau foi mantida, condenando-se a ré à obrigação de matricular o aluno durante todo o ensino médio.

Percebe-se do caso analisado que a proibição de proteção insuficiente (*Untermassverbot*) foi empregada como argumento central da sentença, assegurando o direito fundamental à educação do apelado e, portanto, observando o dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais de forma suficiente aplicado em uma instituição de ensino privado. Ademais, merece destaque o caráter preventivo do dever de proteção que a sentença observou, não permitindo que o direito fundamental à educação fosse violado, assegurando-se a permanência do aluno na instituição.

---

<sup>48</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014, p. 8.

<sup>49</sup> “A real importância dessa ordem fica patente quando se tem em mente que a aplicação da regra da proporcionalidade *nem sempre implica a análise de todas as suas três sub-regras*. Pode-se dizer que tais sub-regras relacionam-se de forma subsidiária entre si. *Essa é uma importante característica, para a qual não se tem dado a devida atenção*. A impressão que muitas vezes se tem, quando se mencionam as três sub-regras da proporcionalidade, é que o juiz deve *sempre* proceder à análise de todas elas, quando do controle do ato considerado abusivo. Não é correto, contudo, esse pensamento. É justamente na relação de subsidiariedade acima mencionada que reside a razão de ser da divisão em sub-regras. Em termos claros e concretos, com subsidiariedade quer-se dizer que a análise da necessidade só é exigível se, e somente se, o caso já não tiver sido resolvido com a análise da adequação; e a análise da proporcionalidade em sentido estrito só é imprescindível, se o problema já não tiver sido solucionado com as análises da adequação e da necessidade. Assim, a aplicação da regra da proporcionalidade pode esgotar-se, em alguns casos, com o simples exame da adequação do ato estatal para a promoção dos objetivos pretendidos. Em outros casos, pode ser indispensável a análise acerca de sua necessidade. Por fim, nos casos mais complexos, e somente nesses casos, deve-se proceder à análise da proporcionalidade em sentido estrito”. SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 12.

Como extrato final, é possível verificar os efeitos da constitucionalização do direito privado em concreto. Primeiro no que diz respeito à vinculação das partes privadas aos direitos fundamentais de modo direto e imediato. Segundo, no que tange à supremacia da Constituição – no sentido de interpretação adequada – ao regramento privado e aos interesses privados. Terceiro, verifica-se a sinérgica da circularidade complementativa entre os direitos fundamentais à educação e à igualdade, em vista da interpretação dada às condutas privada e aos direitos e deveres privados infraconstitucionais envolvidos. E, por fim, quarto, notou-se a unicidade, coerência e integridade do sistema ao não dividir o contexto legal em questão em público e privado,<sup>50</sup> uma vez que a ordem jurídica e os interesses envolvidos foram analisados a partir e em prol da Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

A constitucionalização do direito privado, para além de suas projeções teóricas, realiza-se a partir de condutas concretas, plasmadas em diversos atos, sejam eles do indivíduo, da sociedade ou do Estado. Neste sentido, o estudo de caso realizado é exemplo de uma decisão jurisdicional que concretizou o direito privado na legalidade constitucional, a partir de uma de suas teorias fundacionais, que é o dever de proteção aos direitos fundamentais. A decisão, como se pode observar, em exercício de jurisdição constitucional difusa, efetuou clara vinculação dos particulares aos direitos fundamentais e realizou interpretação conforme a carta constituinte, fundindo interesses públicos e privados no interesse constitucional.

O contexto analisado deu-se pela conjugação da constitucionalização do direito privado, a qual consiste, ao menos no Brasil, na aplicação direta e imediata da Constituição às relações privadas, na releitura e interpretação do direito privado à luz da legalidade constitucional, na criação de legislação privada formal e substancialmente, de acordo com a Constituição e na inserção de pautas de direitos e deveres na carta constituinte, os quais outrora limitavam-se a documentos de cunho privado ou de legislação tida como privada.

No mesmo sentido, a teoria do dever de proteção aos direitos fundamentais foi de fundamental relevância para a decisão prolatada, uma vez que determina que, principalmente o Estado, mas sem olvidar o indivíduo e a sociedade, devam adotar condutas que visem o respeito, a proteção e a promoção dos direitos fundamentais, que, no caso em concreto, diziam respeito de modo

---

<sup>50</sup> A sentença de primeiro grau invoca o CDC em sua fundamentação, explicitando o caráter “público-privado” da demanda.

geral à dignidade humana, e de forma específica, ao direito à igualdade e à educação (sem mencionar as questões implícitas ou indiretas que poderiam ter sido invocadas).

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ARONNE, Ricardo. Sistema jurídico e unidade axiológica: os contornos metodológicos do direito civil constitucional. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, v. 1, p. 73-114, 2013.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: para uma teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2010.
- BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 70.020.833.109*. Sexta Câmara, julgado em: 17/09/2008. Rel. Odone Sanguiné. Disponível: <www.tjrs.jus.br>. Acesso em: 04/11/2014.
- CANARIS, Claus-Wihelm. *Direitos fundamentais e direito privado*. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Coimbra: Almedina, 2003.
- DWORKIN, Ronald. *The supreme court phalanx: the court's new right-wing bloc*. New York: New York Review Books, 2008.
- FACHIN, Luis Edson. *Direito civil: sentidos, transformações e fim*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.
- FACHIN, Luis Edson. *Questões do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- GERVASONI, Tamiris Alessandra; BOLESINA, Iuri. *O dever (constitucional) de proteção aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional de políticas públicas*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2014.
- GRIMM, Dieter. *Constituição e política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.
- LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2010.
- LÔBO, Paulo. A constitucionalização do direito civil brasileiro. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.
- LUDWIG, Marcos de Campos. Direito público e direito privado: a superação da dicotomia. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: RT, 2002.
- MARMELSTEIN, George. *Proteção judicial dos direitos fundamentais: diálogo constitucional entre o Brasil e a Alemanha*. 2007. 149f. Monografia (Curso de Especialização em Direito) Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense. Fortaleza, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO, P. G. G. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

PERLINGIERI, Pietro. A doutrina do direito civil na legalidade constitucional. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

REIS, Jorge Renato dos; BOLESINA, Iuri. O mínimo existencial nas relações privadas e a sua concretização pelo Poder Judiciário: considerações em paralelo à análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande Do Sul – TJRS. *Revista da Ajuris*, v. 41, p. 365-390, 2014.

RUBIO, David Sánchez. *Fazendo e desfazendo direitos humanos*. Santa Cruz do Sul: Edu-nisc, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e o direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *A constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta anos de jurisprudência do tribunal constitucional alemão*. Traduzido por Beatriz Hennig et al. Montevidéu: Konrad Adenauer – Stiftung, 2005.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 798, p. 12.

STRECK, Lenio Luiz. Porque a discricionariedade é um grave problema para Dworkin e não o é para Alexy. *Revista Direito e Práxis*, v. 4, p. 343-367, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

TEPEDINO, Gustavo. Introdução: crise de fontes normativas e técnica legislativa na parte geral do Código Civil de 2002. In: TEPEDINO, Gustavo (Coord.). *A parte geral do novo código civil: estudos na perspectiva civil-constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, p. XV-XXXIII, 2007.

TIMM, Luciano Benetti. *O novo direito civil: ensaios sobre o mercado, a reprivatização do direito civil e a privatização do direito público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UBILLOS, Juan María Bilbao. Eficacia horizontal de los derechos fundamentales: las teorías y la práctica. In: TEPEDINO, Gustavo (Org.). *Direito civil contemporâneo: novos problemas à luz da legalidade constitucional*. São Paulo: Atlas, 2008.

WIEACKER, Franz. *História do direito privado moderno*. 4. ed. Tradução de A. M. Botelho Hespanha. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2010.

Data de recebimento: 28/03/2016

Data de aprovação: 27/09/2016

# O DIREITO NAS INSTITUIÇÕES DE DELIBERAÇÃO DEMOCRÁTICA: FUNÇÕES E POSSIBILIDADES DE ANÁLISE

## THE LAW OF DELIBERATIVE DEMOCRATIC INSTITUTIONS: ITS FUNCTIONS AND ANALYTICAL POSSIBILITIES

*Henrique Almeida de Castro*<sup>\* e \*\*</sup>

### RESUMO

---

Este artigo explora o papel desempenhado pelos arranjos jurídico-institucionais na estruturação espaços de deliberação democrática e elabora pontos de partida para investigações de instituições concretas. A implementação de inovações institucionais democráticas em todo mundo no curso das últimas décadas (em especial no Brasil) gerou discussões entre acadêmicos de diversas áreas. Os juristas, no entanto, pouco participam desses debates. Apesar da omissão, as literaturas da teoria deliberativa e institucionalista já identificaram os arranjos jurídico-institucionais como uma variável essencial para o desempenho satisfatório desses espaços: eles contribuem para moldar as condições concretas nas quais ocorrem as deliberações, distanciando ou aproximando-as das ideais. Com o intuito de orientar esforços de pesquisa futuros, sugiro, a partir do reconhecimento de alguns dos limites do direito como ferramenta de engenharia institucional, três possíveis abordagens analíticas. Com esse esforço, pretendo contribuir com alguns passos iniciais para o ainda embrionário debate no campo do direito.

**Palavras-chave:** Teoria deliberativa; Desenho institucional; Análise empírica; Legitimidade; Direito e desenvolvimento.

---

\* Mestrando em Direito Econômico e Economia Política pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Graduado em Direito pela Fdusp. henrique\_castro@outlook.com.

\*\* Este artigo apresenta parte dos resultados obtidos em uma pesquisa realizada com apoio da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (Fapesp). Processo n. 2015/09668-0. Agradeço à orientação do professor Diogo Coutinho e às críticas do professor Carlos Portugal Gouvêa. Agradeço também os comentários da amiga Marília Mayumi Rolemberg Lessa.

---

**ABSTRACT**

---

This article explores the roles performed by legal arrangements in the structuring of deliberative democratic fora and formulates starting points for further research on existing institutions. The creation of innovative democratic institutions during the course of the last decades (especially in Brazil) has generated considerable interdisciplinary discussion. Legal scholars, however, rarely join these debates. Despite their omission, the literatures on deliberative and institutional theory have already identified legal arrangements as an important element for the satisfactory performance of the deliberative institutions: they help shape the actual conditions under which deliberations occur, distancing or bringing them closer to the theoretical normative standards. With the purpose of orienting future research, I suggest three analytical possibilities based on the recognition of the law's limits as an instrument of institutional engineering. It is my hope that this article can contribute with a few first steps for the still budding legal debate.

**Keywords:** Deliberative theory; Institutional design; Empirical analysis; Legitimacy; Law and development.

**INTRODUÇÃO**

Entre modelos como “elitista”, “pluralista”, “legal” e “participativo”, existe uma diversidade de teorias da democracia.<sup>1</sup> Dentre elas, a teoria democrática deliberativa contou nas últimas décadas com crescente destaque, tanto no âmbito das construções teóricas, quanto em experiências concretas e pesquisas empíricas. Esse movimento levou Dryzek,<sup>2</sup> um dos mais importantes teóricos do campo, a reconhecer a partir dos anos 1990 uma verdadeira “guinada deliberativa” na teoria da democracia.

Os cânones da teoria remontam a trabalhos de teóricos vinculados ao liberalismo, como John Rawls e Joshua Cohen, e à teoria crítica, a exemplo do próprio John Dryzek e Jürgen Habermas.<sup>3</sup> A partir deles, um crescente número de autores passou a atribuir um papel central ao diálogo fundamentado em argumentos

---

<sup>1</sup> Para um breve apanhado das mais importantes teorias no debate contemporâneo, ver: NOBRE, M. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

<sup>2</sup> DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. New York: Oxford University Press, 2000, p. 1-7.

<sup>3</sup> Alguns dos trabalhos clássicos incluem: COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997; RAWLS, J. The idea of public reason. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*. Cambridge: The MIT Press, 1996; DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions. *American Journal of Political Science*, v. 31, n. 3, 1987, p. 656-679.

justificáveis como garantia de legitimidade de políticas públicas, leis e regimes de governo. O ideal normativo de democracia deixou de ter um foco fundamentalmente agregativo e competitivo, passando a contemplar de forma sistemática a formação de preferências dos participantes.

Em paralelo às evoluções teóricas normativas, a deliberação também entrou no vocabulário daqueles interessados nas instituições concretas. O campo foi enriquecido com uma diversidade de investigações empíricas sobre o funcionamento de espaços pretensamente deliberativos: passou, nas palavras de Chambers,<sup>4</sup> de uma “declaração teórica” para uma “teoria em funcionamento”. O progresso é especialmente visível no Brasil após a redemocratização, no qual uma série de inovações institucionais abriu novas possibilidades de participação popular na definição de políticas públicas e atraiu o interesse de acadêmicos de diversas áreas.

Os juristas, no entanto, têm se mantido curiosa e paradoxalmente alheios ao debate relativo a essas inovações institucionais. No Brasil, apesar do crescente interesse no tema e do fato da expansão da difusão de instituições inovadoras dever-se em parte à vigência de normas e arranjos jurídicos, a maioria das intervenções acadêmicas consiste em descrições e interpretações de caráter dogmático das estruturas formais dos instrumentos de participação existentes.<sup>5</sup> Dessa maneira, ainda faltam contribuições capazes de diagnosticar a adequação dos arranjos jurídico-institucionais que dão forma aos mecanismos participativos concretos ao cumprimento de suas funções<sup>6</sup> (tarefa essa atualmente realizada principalmente por cientistas políticos).

---

<sup>4</sup> CHAMBERS, S. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, v. 6, 2003, p. 307.

<sup>5</sup> Não acredito que tais trabalhos não tenham valor – muito pelo contrário, o esforço dogmático também é útil para a compreensão dos instrumentos de participação institucionalizada. Para algumas relevantes contribuições, ver: DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, jan./mar. 1993, p. 26-39; CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997; PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1999; LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v. 1, n. 1, p. 23-35, 2000; MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003; OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 3, set./out./nov. 2005; BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2012.

<sup>6</sup> Há poucos trabalhos desse tipo, mas não são inexistentes: MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004; MENDES, D. C. V. R. *Democracia semi-direta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2004. Apesar de não se tratar de um espaço participativo, Conrado Hübner Mendes utiliza a teoria deliberativa em um esforço semelhante em relação às cortes constitucionais. MENDES, C. H. *Constitutional courts and deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Com este trabalho, pretendo encarar tal vácuo. O direito e os arranjos jurídicos, apontam alguns teóricos, têm um importante papel na construção de instituições deliberativas: ao fixar suas normas, processos e estruturas organizacionais, restringe determinadas possibilidades de atuação institucional e viabiliza outras, moldando as condições nas quais ocorrem as deliberações. A partir dessa perspectiva, uma estrutura jurídica bem calibrada contribui para engajar os participantes desses espaços em discussões complexas. A teoria democrática deliberativa pode auxiliar em diagnósticos jurídico-institucionais ao prover padrões normativos para a avaliação dos arranjos vigentes.

Além desta introdução e da conclusão, o trabalho se divide em três partes. Na primeira, discuto as bases da teoria democrática deliberativa. A partir do debate travado entre otimistas e céticos quanto aos efeitos de instituições deliberativas, defendo que o sucesso desses espaços não é um dado imutável, mas depende de uma série de fatores. Na segunda parte, foco-me na variável do desenho institucional e dos arranjos jurídicos, já identificada como relevante nas investigações empíricas de espaços de deliberação. Análises jurídicas complexas, acredito, podem se desenvolver a partir dessa dimensão (argumento este ilustrado a partir do caso dos conselhos gestores). Na última parte, com base no estudo das limitações do direito como uma ferramenta de engenharia das instituições, sugiro alguns caminhos de análise possíveis.

## TEORIA DEMOCRÁTICA DELIBERATIVA: DEBATES TEÓRICOS E EXPERIÊNCIAS REAIS

### Uma visão da teoria democrática deliberativa

A formulação precisa das prescrições normativas da teoria deliberativa pode variar significativamente dependendo do autor analisado.<sup>7</sup> No entanto, em qualquer de suas formas, a teoria essencialmente afirma, nas palavras de Gutmann e Thompson,<sup>8</sup> “a necessidade de justificar as decisões tomadas por cidadãos e

---

<sup>7</sup> Devido à força da “guinada deliberativa”, o campo contém um amplo espectro de teóricos, cujas concepções muitas vezes divergem. Como tal tarefa fugiria em muito ao escopo do trabalho, não traço aqui um panorama completo das discussões internas dos teóricos deliberativos e das críticas a suas ideias. A reconstrução apresentada se alinha à concepção mais contemporânea de “negociação deliberativa” proposta por Mansbridge et al. Segundo os autores, ela difere da formulação clássica por apresentar critérios mais expansivos e realistas dos ideais normativos da deliberação. Em vista desse recorte, tratarei pouco dos autores clássicos, apesar de sua importância. Para uma comparação sistemática entre as concepções clássica e contemporânea, ver o artigo: MANSBRIDGE, J. et al. The place of self-interest and the role of power in deliberative democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 64-100, 2010.

<sup>8</sup> GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004, p. 3.



seus representantes” como critério de legitimidade.<sup>9</sup> A justificação deve ocorrer pelos processos de discussão nos quais cada parte apresenta às demais razões fundamentadas para seus posicionamentos.

As prescrições da teoria deliberativa se contrapõem a concepções de democracia que privilegiam a agregação de vontades, sendo útil compará-las. No caso da agregação, considera-se que as partes possuem preferências fixas e imutáveis no momento da decisão, limitando-se as instituições à tarefa de contabilizar as vontades, geralmente favorecendo a escolha da maioria. Nada mais simbólico aqui do que mecanismo do voto, exemplificado em formas de participação como eleições, plebiscitos e referendos.

A deliberação consiste, porém, “nos processos comunicativos e de formação de vontade que antecedem o voto”.<sup>10</sup> Considera-se as preferências não como fixas, mas mutáveis: ao ter contato com as posições fundamentadas de outros, cada parte pode refletir e eventualmente alterar suas próprias escolhas. Essa concepção, assim, preocupa-se menos com o conteúdo final das decisões em um sistema democrático e mais com os processos de discussão que a ela levaram.

A comunicação em processos deliberativos visa idealmente à justificação mútua entre os participantes a respeito de suas posições. Cada um deve apresentar suas razões de maneira que acredite ser verdadeiramente persuasiva aos demais: em uma sociedade plural, preferências individuais só devem ser aceitas quando os outros puderem encontrar motivos suficientes para entendê-las como razoáveis.<sup>11</sup> Isso não significa que as partes devam abandonar suas posições (representativas de seus valores pessoais, grupos no quais se inserem, percursos de vida etc.) ou deixar de expressá-las, mas que têm a obrigação fazê-lo de forma justificável aos demais, mesmo quando beneficiariam apenas a um indivíduo ou grupos específicos.

Em síntese, pode-se definir a deliberação como o “debate e discussão direcionados a produzir opiniões informadas e razoáveis, nos quais seus participantes

---

<sup>9</sup> Entende-se, nesse trabalho, o conceito de legitimidade como as bases (razões) morais de obediência ao poder. Ele encerra três pontos: (i) a “legitimidade em sentido estrito”, ou seja, as características objetivas das políticas que justifiquem sua aceitação pela população (como o grau em que atendam a seus objetivos), (ii) a “legitimização”, ou seja, o quanto aqueles sujeitos ao poder de fato aceitam-no como legítimo e (iii) a “legalidade”, entendida como o grau de obediência das autoridades às predeterminadas regras do jogo político. Pode-se aplicar legitimidade como um critério de avaliação das políticas públicas; no entanto, a perfeita adequação de determinada política concreta a todos os critérios é altamente improvável. Para uma discussão do conceito e suas implicações para a teoria deliberativa, ver o segundo capítulo de PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

<sup>10</sup> CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 308.

<sup>11</sup> GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*; BOHMAN, J. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, 1998, p. 400-425.

estão dispostos a revisar suas preferências de acordo com a discussão, novas informações e afirmações dos demais”.<sup>12</sup> Não se exclui, no entanto, a utilização de métodos agregativos na tomada de decisões. Em sociedades plurais, marcadas pela existência de visões de mundo e preferências muitas vezes incompatíveis, as deliberações dificilmente terminarão em consenso. Nesses casos, a incorporação de mecanismos agregativos de decisão torna-se necessária. Para Araújo,<sup>13</sup> não há aqui uma incompatibilidade, mas uma complementariedade: o momento de deliberação, através do conflito de razões, cria um estoque compartilhado de possíveis decisões razoáveis, enquanto o de agregação individualiza uma. Determinada decisão poderá ser considerada legítima quando, como consequência do processo de deliberação, as partes compreendam o conteúdo da decisão e, mesmo em desacordo com ela, considerem-na justificável.<sup>14</sup>

A democracia deliberativa não costuma ser atualmente pensada como um modelo substituto da representativa. Como destaca Parkinson,<sup>15</sup> devido à demanda de justificação mútua entre todos os participantes, a literatura normalmente considera que a deliberação ocorre em instituições de nível micro, com relativamente poucos participantes em uma única sala: é difícil imaginar milhares de pessoas deliberando em um mesmo ambiente sem a redução das interações, idealmente recíprocas, a discursos. Esse é o chamado “problema de escala” da deliberação. Mesmo quando concebida de maneira macro,<sup>16</sup> não se pretende o desmonte das instituições de representação tradicionais.<sup>17</sup>

### Condições para a deliberação ideal

Como uma série de prescrições normativas, o modelo democrático deliberativo nunca se realiza integralmente. Na prática política, participantes continuamente descumprem suas exigências: constantemente verifica-se a dominação coerciva de um ator sobre os demais, a substituição dos espaços de discussão

---

<sup>12</sup> CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 309.

<sup>13</sup> ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

<sup>14</sup> CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 308.

<sup>15</sup> PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*, p. 5.

<sup>16</sup> Esse é o caso, por exemplo, do conceito de “sistema deliberativo” de Mansbridge. Ver MANSBRIDGE, J. A minimalist definition of deliberation. In: HELLER, P.; RAO, V. *Deliberation and development: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies*. Washington: Banco Mundial, 2015.

<sup>17</sup> Ainda, a teoria não se aplica unicamente a espaços de participação ou representação. A título ilustrativo, basta considerar que Rawls reputa as Cortes Supremas – instituições definitivamente não participativas – como as estruturas estatais exemplares em termos de deliberação. RAWLS, J. *The idea of public reason*, p. 108.

comuns por barganhas políticas privadas e o desinteresse na revisão de preferências individuais pré-formadas. Por esse motivo, para Dryzek,<sup>18</sup> a utilidade dessa hipotética situação de deliberação ideal e seu processo de formação de vontades é como um padrão de análise, avaliação e crítica da deliberação real. Ela ilumina aspectos relevantes para construção de instituições pretensamente deliberativas.

Com o intuito de subsidiar tentativas de análise da realidade, Almeida e Cunha<sup>19</sup> sistematizaram alguns dos vários requisitos para a deliberação ideal desenvolvidos por diferentes autores no curso da evolução da teoria. Para as autoras, estes incluem, entre outros: igualdade de participação<sup>20</sup> (todos os cidadãos que serão afetados por determinada decisão devem dela poder participar), igualdade deliberativa<sup>21</sup> (todos os participantes devem ter igual capacidade e oportunidade de apresentar suas razões durante as deliberações), conclusividade<sup>22</sup> (o processo deliberativo deve gerar uma decisão, e ela deve ser considerada por todos como razoável) e provisoriidade<sup>23</sup> (tanto as regras quanto os resultados dos processos deliberativos devem se manter abertos à contestação e rediscussão por seus participantes).<sup>24</sup>

O cumprimento desses requisitos deliberativos, no entanto, depende não apenas da vontade e da atitude das partes, mas também das condições internas dos fóruns de discussão e mesmo da sociedade como um todo. A igualdade de participação plena, por exemplo, mostra-se irrealizável em face do problema de escala: alguns grupos e indivíduos sempre serão excluídos. Assim, ao utilizarem esse padrão, análises de instituições reais devem formular questões mais sutis, a exemplo de “considerando o assunto em discussão e os limites de escala da

<sup>18</sup> DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions, p. 661.

<sup>19</sup> ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. A análise da deliberação democrática: princípios, conceitos e variáveis relevantes. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

<sup>20</sup> Sobre o critério da igualdade de participação, ver COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy, p. 74; GOODIN, R. E. *Innovating democracy: democratic theory and practice after the deliberative turn*. Oxford: Oxford University Press, 2008, p. 187; MANSBRIDGE, J. A minimalist definition of deliberation, p. 35.

<sup>21</sup> Sobre o critério da igualdade deliberativa, ver COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy, p. 74; DUTWIN, D. The character of deliberation: equality, argument, and the formation of public opinion. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 15, n. 3, 2003, p. 239-264; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 137.

<sup>22</sup> Sobre o critério da conclusividade, ver ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* p. 18.

<sup>23</sup> Sobre o critério da provisoriidade, ver BENHABIB, S. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. *Constellations*, v. 1, n. 1, 1994, p. 31; FUNG, A. *Empowered participation: reinventing urban democracy*. London/New York: Verso, 2004, p. 69-98.

<sup>24</sup> Almeida e Cunha levantam outros seis critérios, os quais não serão aqui explorados em detalhes: inclusão deliberativa, publicidade, reciprocidade/razoabilidade, liberdade, autonomia e “accountability”.

participação, quais interesses não poderiam ser excluídos?”, “os critérios de seleção da instituição se adequam à nossa resposta?”, e “quem, de fato, ocupa esses espaços, e quem fica de fora?”.

De forma semelhante, a igualdade deliberativa plena demanda níveis de formação e capacidade argumentativas semelhantes entre todas as partes, algo inimaginável em sociedades altamente desiguais. O requisito da conclusividade impõe a ampla possibilidade de todos apresentarem suas próprias razões e reagirem às alheias durante o processo decisório, o que não ocorrerá quando existirem severos limites de tempo e de recursos para a discussão. A provisoriedade, por fim, dificilmente se verificará em espaços institucionalizados pelo Estado, pois ao menos algumas de suas regras estarão inevitavelmente sob a esfera de competência de outros órgãos estatais, e, portanto, fora de seu alcance.

Como se pode ver, a qualidade da deliberação depende, entre diversos outros fatores, de métodos adequados de seleção de participantes, do nível de igualdade material no interior dos espaços de deliberação e fora deles, e de procedimentos que ao mesmo tempo garantam a efetiva tomada de decisões e o espaço de fala de todos. Por esse motivo, muitos teóricos, mesmo aceitando as prescrições deliberativas, ressaltam as dificuldades envolvidas na sua efetivação. Nas palavras de Fishkin: “a deliberação de alta qualidade, onde realmente há um sopesamento de argumentos, é rara na vida comum (...), mas, desde que engajados em desenhos institucionais apropriados, cidadãos comuns são capazes de tal diálogo”.<sup>25</sup>

### Otimismo e ceticismo quanto à deliberação democrática

Considerando o porte dos desafios, podemos nos perguntar a razão de tantos teóricos preconizarem a participação guiada pelo modelo democrático deliberativo. Ganhos de legitimidade representam apenas parte da explicação: como destaca Nabatchi,<sup>26</sup> além de seu valor normativo, diversos autores reputam à participação em instituições deliberativas possíveis vantagens instrumentais (ou seja, relacionadas aos seus impactos mensuráveis na realidade) para a sociedade civil e para a administração pública.

A institucionalização de fóruns deliberativos, espera-se, deve contribuir para o fortalecimento da sociedade civil. Em parte, isso é porque teriam o potencial de criar “cidadãos melhores”: com as discussões, os participantes passariam a conhecer melhor suas próprias preferências, a entender e respeitar diferenças com menor dificuldade, a compreender com mais profundidade questões políticas

---

<sup>25</sup> FISHKIN, J. Deliberation by the people themselves: entry points for the public voice. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, 2013, p. 495.

<sup>26</sup> NABATCHI, T. Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration. *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 4, 2010, p. 376-399.

e administrativas complexas e a se interessarem mais por assuntos públicos.<sup>27</sup> Por meio desse processo, quanto mais participarem, melhores participantes se tornarão. Além dos ganhos para os cidadãos individuais, o aumento das oportunidades de engajamento estimularia a organização na esfera civil e fortaleceria o associativismo.<sup>28</sup>

Formas de participação deliberativa institucionalizadas poderiam, ainda, contribuir para a qualidade da gestão pública e para a formação de consensos em torno de suas decisões. As discussões da sociedade civil entre si e com o Estado gerariam decisões melhores sobre problemas públicos ao revelarem posições e informações privadas (aumentando o conhecimento das autoridades sobre os problemas dos cidadãos), garantirem um espaço de expressão para grupos marginalizados (resultando em decisões mais justas, de um ponto de vista distributivo) e permitirem a consideração conjunta de soluções (ocasionando respostas novas e não aventadas por qualquer ator individual).<sup>29</sup> Além disso, poderiam gerar consensos mais amplos ao redor das decisões, aumentando a adesão a elas.<sup>30</sup>

De maneira oposta às muitas alegações otimistas, outros teóricos, mesmo não necessariamente propondo o abandono do modelo, apontam motivos para a manutenção de certo ceticismo quanto à participação deliberativa. Eles ressaltam principalmente o fato de que as condições reais de deliberação sempre se distanciam das ideais. Otimistas podem até reconhecer esse dado, mas, adicionam os céticos, as condições alcançáveis na realidade comumente resultam não em ganhos, mas em perdas na legitimidade e nos resultados reais.

Mesmo em situações ideais, acreditam alguns autores, discussões em grupos não geram necessariamente decisões mais legítimas. Para eles, a ficção deliberativa de participantes interessados, preocupados com terceiros e sensíveis a argumentos passa longe demais da realidade. Na visão de Ian Schapiro,<sup>31</sup> em discordâncias

---

<sup>27</sup> COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy. *European Law Journal*, v. 3, n. 4, dez. 1997, p. 321; DRYZEK, J. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations* p. 21; FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and "better citizens"*. Center for Deliberative Democracy, Stanford. Disponível em: <<http://cdd.stanford.edu/2002/deliberation-and-better-citizens/>>. Acesso em: 18/06/2017; GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* p. 20.

<sup>28</sup> FUNG, A.; WRIGHT, E. O. Thinking about empowered participatory governance. In: FUNG, A.; WRIGHT E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003, p. 15.

<sup>29</sup> COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy, p. 324; FEARON, J. D. Deliberation and discussion. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 49; FUNG, A. Varieties of participation in complex governance. *Public Administration Review*, v. 66, n. suplementar, dez. 2006, p. 73.

<sup>30</sup> FEARON, J. D. Deliberation and discussion, p. 55.

<sup>31</sup> SHAPIRO, I. Enough of deliberation: politics is about interests and power. In: MACEDO, S. *Deliberative Politics: essays on democracy and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

morais profundas, os participantes tenderão a se portar de maneira absolutamente intransigente: para ele, não se pode esperar argumentos justificáveis ou interesse em mudar posições prévias por parte de um sectário. Sunstein<sup>32</sup> indica a tendência de radicalização das posições iniciais com base na “lei da polarização”. Testada em estudos de psicologia social, ela descreve como as posições gerais em grupos tendem a se polarizar em direção ao entendimento majoritário, reforçando-o. Hibbing e Theiss-Morse,<sup>33</sup> ainda, consideram que a formação de vontades conjunta dificilmente ocorre de forma racional e ponderada, mas é influenciada por informações irrelevantes e pessoais, opiniões irracionais e emotivas e por manipulações intencionais.

Outros críticos se preocupam com os possíveis efeitos negativos da deliberação em contextos marcados por desigualdades sociais profundas. Eles ressaltam como participantes com mais recursos tendem, de uma maneira ou outra, a dominar fóruns de discussão. Para Vita,<sup>34</sup> na maioria dos casos, eles se organizarão e participarão mais. Por ocuparem maior espaço nas deliberações, seus interesses contarão com prioridade em relação àqueles de cidadãos menos ativos. Mesmo com igualdade numérica de participação, aponta Przeworski,<sup>35</sup> atores mais influentes terão maior capacidade de convencimento. Assim, os demais participantes podem acabar alterando suas posições em direções contrárias aos seus próprios interesses. Na visão de Sanders,<sup>36</sup> esses efeitos impactam principalmente grupos sociais minoritários, pois enfrentam maiores obstáculos em se expressarem publicamente e em terem seus argumentos acolhidos. Todas essas assimetrias resultariam mais em exercícios em frustração do que de legitimação.

Mecanismos de participação institucionalizada em processos decisórios políticos, ainda, sustenta Young,<sup>37</sup> podem simplesmente servir como forma de legitimação de decisões injustas, e, portanto, de cooptação da sociedade civil. Isso porque as soluções colocadas como possíveis pela administração sempre serão, em maior ou menor grau, injustas. Nunca se disponibilizam recursos suficientes para a implementação dos remédios ideais, restando aos participantes a ingrata tarefa de encontrar a “menos pior”. Nessas condições, para a autora,

---

<sup>32</sup> SUNSTEIN, C. R. The law of group polarization. *Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, p. 175-195, 2002.

<sup>33</sup> HIBBING, J.; THEISS-MORSE, E. *Stealth democracy: americans' beliefs about how government should work*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

<sup>34</sup> VITA, A. Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas? In: COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

<sup>35</sup> PRZEWORSKI, A. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.

<sup>36</sup> SANDERS, L. Against deliberation. *Political Theory*, v. 25, n.3, p. 347-376, 1997.

<sup>37</sup> YOUNG, I. M. Activist challenges to deliberative democracy. In: FISHKIN, J. S.; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Hoboken: Blackwell Publishing, 2003.

ativistas deveriam escolher “se engajar principalmente na oposição crítica, ao invés de tentarem chegar a acordos com aqueles que apoiam ou se beneficiam das atuais estruturas de poder”.<sup>38</sup>

### Deliberando no mundo real: resultados das pesquisas empíricas

De suas bases puramente teóricas, o estudo da deliberação passou recentemente a abranger também a avaliação de experiências institucionais reais. Com tais esforços, espera-se gerar conhecimento capaz de testar e qualificar as afirmações a favor e contra esse tipo de instituição, bem como tornar as construções teóricas mais complexas e atentas a dinâmicas de deliberação no mundo real. No entanto, se a transição da teoria deliberativa de uma “declaração teórica” para uma “teoria em funcionamento”<sup>39</sup> levou a um grande crescimento na sua sofisticação, está longe de encerrar a controvérsia entre otimistas e céticos.

Existem, inegavelmente, casos paradigmáticos de instituições deliberativas internamente funcionais e com impactos positivos na administração pública.<sup>40</sup> Um olhar mais amplo, contudo, revela um quadro bastante complexo: trabalhos de revisão da literatura empírica demonstram que os resultados dos experimentos deliberativos são extremamente heterogêneos.<sup>41</sup> Pesquisas realizadas com uma diversidade de metodologias descortinaram a existência tanto de casos de redução de polarização quanto de criação de ambientes de hostilidade, de ganhos educacionais sobre questões públicas a frustração aguda dos participantes e de abertura das esferas burocráticas à influência de uma diversidade de atores antes excluídos até a cooptação da sociedade civil pelo poder público: para cada experiência bem sucedida, há ao menos uma frustrada.

<sup>38</sup> YOUNG, I. M. *Activist challenges to deliberative democracy*, p. 103.

<sup>39</sup> CHAMBERS, S. *Deliberative democratic theory*, p. 307.

<sup>40</sup> Ver, por exemplo, o processo de consulta do *Medicaid* em Oregon (descrito em GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 17), a participação comunitária no policiamento e na administração pública de Chicago (FUNG, A. *Empowered participation: reinventing urban democracy*) e o orçamento participativo de Porto Alegre (BAIOCCHI, G. *Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment*. In: FUNG, A.; WRIGHT, E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003).

<sup>41</sup> MENDELBERG, T. *The deliberative citizen: theory and practice*. In: DELLI CARPINI, M. X.; HUDDY, L.; SCHAPIRO, R. (Org.). *Research in micropolitics: political decision making, deliberation and participation*. Greenwhich: JAI Press, 2002; COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. *Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature*. *Annual Review of Political Science*, v. 7, n. 1, p. 315-344, 2004; RYFE, D. M. *Does deliberative democracy work?* *Annual Review of Political Science*, v. 8, p. 49-71, 2005; PIRES, R. C. C. et al. *Em busca de uma síntese: ambições comuns e abordagens diversificadas na avaliação da efetividade das políticas participativas*. In: PIRES, R. C. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

Apesar disso, persistem fortes motivos para a manutenção dos esforços de investigação e construção institucional. O sucesso das experiências de deliberação, concordam diversos autores, não ocorre ao acaso, mas depende fortemente do contexto no qual se inserem. Nas palavras de Cook, Delli Carpini e Jacobs,<sup>42</sup> varia de acordo com “o propósito da deliberação, o assunto sob discussão, quem participa, as conexões com as autoridades tomadoras de decisão, as *regras que coordenam as interações*, as informações disponíveis, crenças anteriores, resultados finais e condições do mundo real” (grifei). Ou seja, a mera instituição de fóruns participativos não gera necessariamente qualquer desfecho predeterminado. Por esse motivo, os autores sugerem que entender como essas determinantes contextuais afetam positivamente ou negativamente a deliberação deve ser uma das prioridades da pesquisa no campo. Felizmente, a literatura já desenvolveu algumas úteis abordagens de análise. O próximo tópico tratará delas, com foco na dimensão do desenho institucional e dos arranjos jurídicos.

## OS ARRANJOS JURÍDICOS NAS INSTITUIÇÕES DELIBERATIVAS

### Dimensões analíticas de instituições participativas: o desenho institucional

De acordo com Faria e Ribeiro,<sup>43</sup> a avaliação empírica das instituições democráticas pode ser realizada com base em três amplas dimensões relevantes: as variáveis contextual, política e de desenho institucional. Nenhuma delas pode, isoladamente, proporcionar uma descrição completa de qualquer instituição especificamente considerada, e nem predizer com absoluta precisão seu sucesso ou fracasso. Apesar de suas limitações, proporcionam lentes analíticas úteis.

A variável contextual relaciona-se com o âmbito social no qual se insere o espaço participativo. Importam fatores como “o associativismo civil, as condições financeiras e administrativas do local onde as instituições são instaladas, assim como a própria natureza das políticas vinculadas a tais instituições”.<sup>44</sup> Considera-se que em municípios com forte tradição associativista (com um histórico de mobilizações de movimentos sociais, associações de bairro e filantrópicas ou grupos religiosos) haverá maior possibilidade de mobilização popular na participação e

---

<sup>42</sup> COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature, p. 336.

<sup>43</sup> FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? In: AVRITZER, L. (Org.). *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 62-66.

<sup>44</sup> FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 63.



também de pressão sobre o governo para abrir seus espaços decisórios. Do lado da administração, quanto melhor a situação financeira e a capacidade administrativa da esfera de governo, maiores serão suas possibilidades de executar as decisões das instituições de participação e de prover-lhes uma estrutura burocrática adequada.<sup>45</sup>

A variável política diz respeito à relação entre sociedade civil e a sociedade política e à convergência de seus objetivos. Considera, por exemplo, o grau de importância atribuído pela administração pública a determinado espaço participativo e aos esforços do poder público para garantir suas condições de funcionamento ou, ao contrário, comprometê-las. Nesse sentido, o sucesso dos projetos de ampliação da participação depende de uma confluência de vontades entre a sociedade civil e a política: quanto mais concordarem, por exemplo, com a forma de organização da participação, maiores chances terá o projeto.<sup>46</sup>

Do ponto de vista de uma análise jurídica dos mecanismos de participação, a terceira variável, relativa ao desenho institucional, mostra-se especialmente útil. O conceito diz respeito às normas, processos e estruturas organizacionais das instituições,<sup>47</sup> projetadas com o intuito de possibilitar e restringir comportamentos e ações para acordá-los a valores, atingir objetivos desejados, ou executar determinadas tarefas.<sup>48</sup> O propósito subjacente ao estabelecimento de tais regras é criar os comportamentos estáveis, repetidos e previsíveis existentes no interior de ambientes institucionais e sem os quais não podem funcionar harmoniosamente.<sup>49</sup> Elas, no entanto, nunca são neutras, mas incorporam, reforçam

---

<sup>45</sup> Analisando experiências de orçamento participativo no Brasil, Avritzer conclui que, em cidades onde não há prévia tradição de associativismo e mobilização civil, o sucesso do processo depende com mais força da liderança da administração local e, portanto, de suas capacidades. Segundo o autor, ainda, as forças relativas da sociedade civil e da administração determinam em grande parte as características do orçamento participativo em cada município. AVRITZER, L. New public spheres in Brazil: local democracy and deliberative politics. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 30, n. 3, set. 2006, p. 623-637.

<sup>46</sup> Segundo Abers, Serafim e Tatagiba, o fortalecimento das instituições participativas e o desenvolvimento de novos padrões de relação entre o Estado e a sociedade civil ocorrido durante o governo Lula deve-se, em grande parte, à presença de ativistas no interior da burocracia estatal. Como simpatizantes das ideias participativas, as quais já encontravam lugar em diversos municípios sob o comando do Partido dos Trabalhadores, eles as promoveram do interior do Estado. ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 57, n. 2, 2014, p. 325-357.

<sup>47</sup> Este trabalho não adentrará na complexa discussão a respeito da definição do conceito de instituição. Para uma revisão de sua utilização e uma tentativa de definição, ver HODGSON, G. M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. 40, n. 1, 2006, p. 1-25.

<sup>48</sup> ALEXANDER, E. R. Institutional transformation and planning: from institutionalization theory to institutional design. *Planning Theory*, v. 4, n. 3, 2005, p. 219.

<sup>49</sup> GOODIN, R. E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998, p. 22.

ou rearranjam as relações de poder entre os indivíduos e grupos que disputam esses espaços.<sup>50</sup>

Apesar do desenho de espaços organizados pelo Estado normalmente conter uma série de normas formais (ou seja, positivadas no arcabouço jurídico), a natureza das regras de qualquer instituição, na prática, é mais ampla. Comportamentos repetidos, previsíveis e efetivamente esperados surgem não apenas de imposições legais, mas das próprias interações sociais: na medida em que a violação destes padrões de conduta criados espontaneamente frustra expectativas e gera sanções (mesmo informais, como a desaprovação dos pares), eles passam a sistematicamente afetar o funcionamento das instituições e, portanto, a integrar seu desenho tanto quanto as normas formais. Assim, o desenho das instituições inclui tanto padrões de conduta sedimentados e convenções sociais quanto as regras formais.<sup>51</sup>

O desenho das instituições deliberativas, no sentido da definição apresentada acima, trata do conjunto de regras e procedimentos (não necessariamente formais) que organizam a participação institucionalizada. Conforme aponta Fung,<sup>52</sup> tais normas têm um papel central na definição do tipo do mecanismo a ser adotado (conselho ou orçamento participativo?), de quem pode participar (qualquer indivíduo ou apenas certas organizações representativas?), do assunto e escopo da deliberação (quanto do orçamento da saúde ou da educação será definida de forma participativa?), do modo em que a discussão é conduzida (quem a coordena, e como?), de quando ela pode ocorrer (eventos isolados ou com periodicidade fixa?) e do grau de empoderamento de cada fórum participativo (suas decisões têm caráter vinculante ou apenas consultivo?). Este conjunto de definições, entre outras possíveis, possui um efeito considerável na efetividade dos espaços de deliberação, sobre seus graus de participação e equidade.

### Funções do direito nas instituições deliberativas

O conceito de desenho institucional evidencia o papel estruturante desempenhado pelos arranjos jurídicos em qualquer política pública. Ao fixar legalmente determinações como as expostas anteriormente, o direito molda instituições encarregadas de perseguir determinados fins, alterando, assim, as condições em que se efetivam as ações e processos de implementação das políticas públicas.<sup>53</sup> O arcabouço jurídico, dessa maneira, pode ser concebido como uma verdadeira tecnologia utilizável de maneira mais ou menos efetiva na busca de resultados

---

<sup>50</sup> GOODIN, R. E. Institutions and their design, p. 19.

<sup>51</sup> HODGSON, G. M. What are institutions?, p. 3.

<sup>52</sup> FUNG, A. Recipes for public spheres: eight institutional design choices and their consequences. *The Journal of Political Philosophy*, v. 11, n. 3, 2003, p. 338-367.

<sup>53</sup> COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 95.

socialmente desejáveis. O manejo da tecnologia jurídica nas políticas públicas, no entanto, é tudo menos simples, em parte porque desempenha uma diversidade de funções entrelaçadas.

Pensando-se, mais especificamente, no tema da participação e da deliberação, normas jurídicas podem atrelar as políticas públicas a mecanismos de deliberação, participação, consulta, colaboração e decisão conjunta, obrigando a administração, por meio de regras procedimentais, a abrir-se a uma pluralidade de atores. Dessa maneira, dependendo de seu emprego, o arcabouço jurídico pode se mostrar mais ou menos capaz de engajar e atrair a sociedade civil às esferas participativas. Ao fazer isso, o direito, segundo Coutinho,<sup>54</sup> desempenha a função de vocalizador de demandas, podendo levar políticas públicas a se tornarem mais democráticas e legitimadoras. No caso brasileiro, marcado pela abundância de espaços participativos instituídos pelo Estado, o direito cumpre essa função em relação a uma grande quantidade de políticas públicas.

Em minha opinião, no caso dos fóruns deliberativos institucionalizados, o direito pode ter um papel único e valioso: aproximar as condições de deliberação reais àquelas idealmente desejáveis em determinado ambiente. Qualquer processo decisório depende de determinadas regras para torná-los previsíveis e, no caso, dos espaços institucionalizados pelo Estado, diversas delas comumente se encontram no arcabouço jurídico formal. Apesar de jamais ter descido ao nível dos arranjos concretos, Habermas já entendia que o sucesso da democracia deliberativa depende da “institucionalização dos procedimentos correspondentes e das condições de deliberação”.<sup>55</sup> Nesse sentido, conforme propõe Levy,<sup>56</sup> é possível estruturar os arranjos jurídicos para “guiar” os processos dos fóruns de discussão de maneira a promover seu potencial deliberativo, do momento da seleção de seus participantes até as decisões finais.

O desenho de determinada instituição pode ser juridicamente concebido de forma a garantir a representação legítima da sociedade civil dentro dos fóruns de deliberação, diminuir as assimetrias de capacitação e informação entre as partes e evitar a absorção dos espaços institucionalizados de participação e de seus membros pela lógica burocrática do Estado. Assim, segundo Levy, “leis talvez possam criar procedimentos que desestabilizam normas político-culturais facciosas de tomada de decisão, as quais previamente prejudicavam a deliberação

---

<sup>54</sup> COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 101.

<sup>55</sup> HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy*, p. 298. Uma cuidadosa reconstituição da visão de democracia deliberativa habermasiana e suas conexões com o direito pode ser encontrada no segundo capítulo de MENDES, D. C. V. R. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo*.

<sup>56</sup> LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, 2013, p. 355-371.

em determinado ambiente”.<sup>57</sup> Essa tarefa de regulação de procedimentos e estruturação do funcionamento da participação corresponde à função do direito como definidor dos arranjos institucional das políticas públicas,<sup>58</sup> exercido em relação às instituições deliberativas.

Além do conteúdo dos arranjos que moldam determinada instituição, importam também os meios através dos quais eles são instituídos. Isso porque o direito, entendido a partir de sua função de “ferramenta”, oferece diversos instrumentos e veículos para a implementação das políticas públicas.<sup>59</sup> Esses incluem, por exemplo, normas mais ou menos genéricas, flexíveis e revisáveis ou rígidas e estáveis,<sup>60</sup> a divisão de competências normatizantes<sup>61</sup> e o atrelamento ou não de sanções positivas ou negativas a determinadas condutas.<sup>62</sup> Atentar a essa função do direito significa reconhecer que os arranjos jurídicos formais têm propriedades únicas em relação a outros tipos de regras que determinam o funcionamento das instituições, e que a construção de desenhos bem calibrados a partir deles depende de sua cuidadosa manipulação. Juristas são naturalmente vocacionados a essa tarefa.

O desenho de qualquer instituição impacta suas capacidades técnico-administrativas e políticas.<sup>63</sup> A primeira se refere ao seu potencial em levar a cabo, de

---

<sup>57</sup> LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field, p. 368.

<sup>58</sup> COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 100.

<sup>59</sup> COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*, p. 99.

<sup>60</sup> O intuito das instituições é garantir estabilidade. No entanto, abstrações formais rígidas podem com o tempo deixar de refletir adequadamente as situações que deveriam regular. Dessa maneira, arranjos jurídicos dependem, para a manutenção de sua utilidade, de algum nível de flexibilidade e da vigência mecanismos de correção. STINCHCOMBE, A. L. *When formality works: authority and abstraction in law and organizations*. Chicago: Chicago University Press, 2001, p. 35. Ao instituir arranjos por meio de diferentes tipos de instrumentos normativos (leis ordinárias e complementares, decretos, portarias etc.), o direito define em grande parte a maleabilidade das instituições e as formas como podem ser alteradas. Um desenho institucional funcional, como coloca Goodin, deve balancear as exigências de revisibilidade e estabilidade. GOODIN, R. E. *Institutions and their design*, p. 20.

<sup>61</sup> O sistema constitucional de competências brasileiro, explica Sundfeld, divide as competências normatizantes em legislativas e administrativas (dividindo matérias que podem ser regulamentadas pelos poderes Legislativo e Executivo, respectivamente), e comuns e privativas (dividindo matérias que devem ser regulamentadas por um ente específico e aquelas que podem ser regulamentadas por mais de um). SUNDFELD, C. A. Sistema constitucional de competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, n. 1, 1993, p. 272-281. A divisão de competências importa em análises de instituições, pois determina quem pode definir os diferentes aspectos de seus desenhos.

<sup>62</sup> Segundo Bobbio, as sanções jurídicas podem ser tanto positivas quanto negativas. Enquanto as primeiras servem para encorajar comportamentos desejados, as segundas realizam a função contrário (desencorajam comportamentos indesejados). BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007, p. 17.

<sup>63</sup> GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014.

forma coordenada e ordenada, seus objetivos, e, a segunda, à sua aptidão em processar a interlocução, as negociações e os conflitos de atores sociais<sup>64</sup>. Análises jurídicas de instituições concretas, com isso em mente, podem identificar seus arranjos relevantes e a forma como o direito os influencia, comparar suas funções reais (aquelas efetivamente desempenhadas) às formalmente atribuídas a elas e diagnosticar seus “gargalos” jurídicos, ou seja, circunstâncias nas quais os arranjos jurídicos vigentes debilitam suas capacidades.<sup>65</sup>

Se, como defendem Gutmann e Thompson, o futuro da democracia deliberativa depende da preservação de práticas e instituições que funcionam bem,<sup>66</sup> é indispensável uma reflexão a respeito de como elas são moldadas por estruturas jurídicas, e como essas, por sua vez, podem concretamente desempenhar de forma adequada todas as suas funções. Esse exercício, apesar de não excluir de maneira alguma estudos de outras áreas, está aberto a relevantes contribuições dos juristas, cuja atividade sempre foi manejar regras.<sup>67</sup> Acredito, assim como Mattos, que “avaliar as condições decisórias sobre a formulação de políticas públicas pode ser uma tarefa realizada a partir do direito, e não apenas da ciência política”.<sup>68</sup>

## Os conselhos gestores na visão jurídico-institucional

Para tornar palpável o argumento trazido, esta seção tratará dos conselhos gestores de políticas públicas, a forma de deliberação popular mais difundida no Brasil, de um ponto de vista jurídico-institucional. Não realizo, no entanto, uma análise de um caso concreto nos moldes aqui propostos (seria necessário outro artigo para tanto). Busco apenas demonstrar, com base na literatura existente, que essas instituições impõem problemas de desenho merecedores da atenção dos juristas, e que a teoria deliberativa pode ser utilizada como padrão normativo para sua avaliação.

<sup>64</sup> GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas, p. 20. O marco analítico deste trabalho contribui principalmente para análises da dimensão política (a qual se relaciona com a legitimidade). Isso não significa, contudo, que instituições deliberativas não contem com aspectos técnico-administrativos dignos de atenção.

<sup>65</sup> COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, 2016, p. 247.

<sup>66</sup> GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?*, p. 59.

<sup>67</sup> Bobbio trata da questão de qual contribuição o cientista social pode esperar do jurista no estudo das regras e dos comportamentos. Segundo o autor, essa contribuição reside justamente no convite para “analisar o fenômeno normativo com aqueles instrumentos de precisão que lhe pode fornecer os juristas”. BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*, p. 51. Esses instrumentos incluiriam um amplo conhecimento a respeito da forma como as regras surgem e morrem, como sistemas normativos funcionam e como classificar e definir comportamentos normativos. Seu domínio, em sua concepção, resulta do fato de que a atividade dos juristas sempre foi, em um sentido amplo, manejar regras: identificar, interpretar, manipular, conciliar, ordenar sistematicamente, deduzir e até inventar normas.

<sup>68</sup> MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil, p. 317.

### **Caracterização dos conselhos gestores**

Apesar de contarem com um histórico anterior, os conselhos gestores de políticas se proliferaram no Brasil com promulgação da Constituição de 1988 e a redemocratização. Em vários de seus dispositivos, a Constituição determina o envolvimento da população em diversos programas estatais: é o caso, por exemplo da seguridade social (art. 194, VII), implantação da assistência social (art. 204, II), e saúde (art. 198, III). Ao mesmo tempo, seja a mandato constitucional ou por interesses nos diferentes entes federativos, acentuaram-se com a redemocratização processos de descentralização em diversas áreas de política social. Assim, os municípios passaram a assumir tarefas antes alocadas ao Governo Federal ou aos Estados. Esses fatores impulsionaram a criação e o progressivo envolvimento de conselhos municipais (mas também nacionais e estaduais) em processos decisórios.

Os conselhos são órgãos colegiados permanentes onde se realizam reuniões periódicas entre um número limitado de representantes predeterminados da sociedade civil e do governo. Esse desenho possibilita interações repetidas entre os mesmos participantes durante um período relativamente longo de tempo, ao contrário, por exemplo, de plebiscitos e referendos (nos quais não há contato direto) e audiências públicas (nas quais o contato é reduzido a uma ou poucas interações). Por esse motivo, os conselhos representam algumas das interfaces de contato entre sociedade e Estado com maior capacidade de gerar um diálogo contínuo: nas palavras de Tatagiba, eles têm no processo dialógico “o instrumento privilegiado de resolução dos conflitos inerentes à diversidade de interesses em jogo”.<sup>69</sup> Essa é a razão, pode-se dizer, pela qual a maior parte da literatura aborda os conselhos a partir do prisma da democracia deliberativa.

Os conselhos gestores são instituídos pelo Estado e se inserem em órgãos da administração direta. Suas principais competências envolvem a fiscalização, a formulação e a consulta sobre políticas públicas.<sup>70</sup> Os conselhos têm espaço para determinar suas próprias regras de funcionamento em seus regimentos internos, dentro dos limites fixados em dispositivos normativos cuja alteração extrapola sua competência (como leis e decretos). Por esse motivo, Azevedo, Ribeiro e Santos Jr. os consideram como instituições mistas ou híbridas, as quais, apesar de se integrarem à administração, contam com uma “semi-autonomia” em relação ao governo e são moldadas de forma conjunta pelo Estado e pela sociedade civil.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> TATAGIBA, L. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 54.

<sup>70</sup> Existem ainda os conselhos de direitos e de fundos, também participativos. Para uma tipologia dos conselhos, ver LIMA, P. P. F.; SOUZA, C. H. L.; TEIXEIRA, A. C. C. *Arquitetura da participação no Brasil: uma leitura das representações políticas em espaços participativos nacionais*. Brasília: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.735), p. 17.

<sup>71</sup> AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O. A. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O.

Os poderes dos conselhos gestores têm caráter deliberativo, e não apenas consultivo. Isso significa que suas decisões, desde que formalizadas em resoluções (momento a partir do qual assumem a condição de atos administrativos), têm força vinculante para a administração.<sup>72</sup> Existem, no entanto, limitações a esses poderes: os conselhos não podem decidir sobre matéria que ultrapasse a competência do órgão no qual se inserem, e a administração não precisa ou deve implementar decisões consideradas de forma fundamentada como ilegais.

No caso de algumas políticas, a existência de conselhos relacionados a certos temas é obrigatória em todos os níveis de governo. No entanto, a maior difusão de alguns explica-se, segundo Barone e Lavallo,<sup>73</sup> não apenas por conta dessa obrigatoriedade, mas também por políticas legislativas mais ou menos fortes de indução do governo federal: se a existência de alguns tipos de conselhos tende à universalização (os saúde e assistência social, por exemplo, fazem-se presentes em praticamente todos os municípios brasileiros), é porque condicionou-se legalmente o repasse de verbas federais à sua criação (ou seja, há uma sanção atrelada à não criação dos conselhos – o fim dos repasses).

### **Arranjos jurídico-institucionais e qualidade da deliberação**

Alguns estudos realizados no Brasil nas últimas duas décadas buscaram ligar aspectos da regulamentação dos conselhos à efetividade e à legitimidade da participação e da deliberação. Tatagiba,<sup>74</sup> Faria e Ribeiro<sup>75</sup> e Antonietto e Severi,<sup>76</sup> por exemplo, analisaram as previsões constitucionais, leis, portarias e regimentos internos desses espaços em busca de variáveis relevantes para o seu funcionamento. Um olhar cuidadoso revela que muitas delas se relacionam diretamente com os requisitos de deliberação ideal sistematizados por Almeida e Cunha. Sob essa

---

A. *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan Fase, 2004, p. 24.

<sup>72</sup> Neste sentido, ver PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*, p. 120; CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no estatuto da criança e do adolescente*, p. 88; LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões; OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa, p. 17; BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*, p. 169.

<sup>73</sup> BARONE, S. L.; LAVALLE, A. G. Conselhos, associações e desigualdade. In: ARRETCHE, M. *Trajétoria das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos*. São Paulo: Unesp/CEM, 2015.

<sup>74</sup> TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, L. *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

<sup>75</sup> FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, R. R. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

<sup>76</sup> ANTONIETTO, A. L. G.; SEVERI, F. C. Participação social, estado democrático e constituição: uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, jul. 2015.

perspectiva, os requisitos são um instrumento valioso em esforços de diagnóstico jurídico-institucional: apontam para problemas relevantes no momento da pesquisa e funcionam como padrões para a avaliação dos arranjos existentes.

Tabela 1 – Variáveis relevantes do desenho institucional (autoria própria).

Composição	
Igualdade de participação	Forma de seleção dos conselheiros
	Organização do processo de seleção
	Possibilidade de participação de não conselheiros
Igualdade deliberativa	Existência de comissões e grupos de trabalho
	Possibilidade de pedido de vista
	Forma de coordenação das reuniões
	Procedimentos de definição da pauta
	Regras de definição do regimento interno
Conclusividade	Procedimentos internos de discussão
	Regras de decisão
Provisoriedade das regras internas	Distribuição da competência de definição dos arranjos entre órgãos estatais <sup>77</sup>

Como exemplo, consideremos o problema da igualdade deliberativa. Ela não se realizará quando os arranjos vigentes atribuírem a determinado segmento (ou segmentos) maiores possibilidades de definir os rumos do diálogo. Ao mesmo tempo, devido a limites de tempo e a necessidade de eficiência nas deliberações, órgãos estatais costumam contar com certas formas de divisão de tarefas. Assim, torna-se necessário considerar a melhor forma de implementação do padrão normativo da igualdade deliberativa em condições reais e imperfeitas. Nesse ponto, importam definições como a forma de coordenação das reuniões, os procedimentos de definição da pauta e a competência para criar e alterar o próprio regimento interno.

De forma bastante criticada por Faria e Ribeiro,<sup>78</sup> a regulamentação de alguns conselhos atribui sempre ao presidente as competências de definição da pauta e de coordenação das reuniões. Em muitos desses casos, ainda, reserva-se o cargo ao integrante do Poder Executivo responsável pela política pública em questão.

<sup>77</sup> Essa divisão ocorre entre Legislativo, Executivo (ambos em níveis federal, estadual e municipal) e o próprio conselho (por meio de seu regimento interno). O requisito da provisoriedade demanda que os próprios participantes possam rediscutir e redefinir as regras de deliberação a qualquer momento. No entanto, isso não é plenamente possível no caso dos conselhos, pois esses espaços são regulados em diversos níveis, sob os quais os conselheiros não têm influência formal.

<sup>78</sup> FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 75.



Como se percebe rapidamente, esse tipo de arranjo confere ao segmento gestor tanto a competência para definir os temas quanto para guiar os rumos da deliberação. De maneira mais democrática, mas possivelmente também menos eficiente, em outros, a definição da pauta ocorre conjuntamente ao final das reuniões, e há um mecanismo de revezamento na coordenação. Outro arranjo existente, mas menos comum, é a criação de uma comissão com poucos integrantes, mas de representação paritária, para a realização dessas tarefas.

Uma aplicação dos princípios de deliberação a todas as possíveis variações de desenho dos conselhos gestores foge em muito ao escopo deste trabalho. No entanto, tal esforço é possível em relação aos arranjos de quaisquer instituições deliberativas, e análises jurídicas podem dele se beneficiar. Como o exemplo da igualdade deliberativa mostra, cada requisito se relaciona a diversos aspectos da estruturação desses espaços, e as formas jurídicas de cada um deles está sujeita a considerável variação. Além disso, diferentes variedades podem gerar resultados diversos em contextos distintos, com consequências relevantes para a legitimidade e a efetividade. Em suma: há complexidades e minúcias teóricas e concretas suficientes para justificar análises detidas.

### ***Alguns gargalos jurídicos dos conselhos gestores***

A literatura a respeito dos conselhos identificou no curso das últimas décadas diversos obstáculos ao seu efetivo funcionamento. Muitos deles – como a falta de interesse da sociedade civil em alguns municípios, as tentativas de cooperação dos colegiados por parte do Estado, a falta de estrutura material – não têm relação imediata com os arranjos jurídicos vigentes. No entanto, outras debilidades decorrem diretamente de estruturas normativas e afetam as condições de deliberação. A seguir, menciono alguns dos gargalos apontados na literatura.

#### *Uniformidade dos arranjos e sua inadequação a contextos específicos*

Apesar das políticas federais de difusão dos conselhos, não existem regras padrão aplicáveis a todos eles como espaços de participação.<sup>79</sup> Assim, diferentes áreas contam sua própria legislação. Somando isso à liberdade de auto-regulação dos conselhos, percebe-se que as regras formais desses espaços podem variar consideravelmente. Há nesse fato tanto um perigo quanto uma oportunidade: por um lado, municípios hostis à participação podem criar desenhos que a bloqueiem completamente;<sup>80</sup> por outro, torna-se possível conceber a

---

<sup>79</sup> BUVINICH, D. P. R. O mapeamento dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 1, jan./fev. 2014, p. 55-82.

<sup>80</sup> Faria e Ribeiro, por exemplo, identificaram regimentos nos quais se preveem a indicação de todos os conselheiros da sociedade civil pelo chefe do Poder Executivo local, concentram-se a competência de determinação da pauta unicamente nas mãos do presidente do conselho e limitam-se o cargo de presidência ao segmento gestor. FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? p. 82.

estrutura dos conselhos de maneira que se adaptem melhor às necessidades locais.

A possibilidade de variação, no entanto, não necessariamente se concretiza: Almeida e Cunha indicam, por exemplo, que os conselhos municipais de saúde e assistência social tendem a apresentar desenhos formais extremamente similares.<sup>81</sup> Isso porque, como a maioria dos municípios não tinha qualquer experiência prévia com esse tipo de instituição no momento em que se tornou obrigatória, optaram por copiar os modelos e guias disponibilizados pelo governo federal e por órgãos como o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União. Para as autoras, essa uniformidade traz perdas principalmente aos pequenos municípios, nos quais as associações são inexistentes ou frágeis, há relações de dependência com o gestor municipal e persistem altos níveis de personalismo político.

### *Nebulosidade dos poderes deliberativos*

Mesmo com a previsão legal dos poderes deliberativos, seus detalhes continuam nebulosos: para Tatagiba, a legislação não prevê com clareza formas de garantir o efetivo cumprimento das decisões dos conselhos pela administração, ou mecanismos para acompanhar os processos de implementação.<sup>82</sup> Segundo a autora, esses são reflexos de uma incompleta institucionalização dos conselhos. Nesse sentido, Cunha aponta para a preocupante tendência de os conselhos municipais de assistência social não terem suas decisões formalizadas em resoluções e publicadas em diário oficial.<sup>83</sup> Isso representa um problema: as decisões devem ser públicas, pois, em princípio, são passíveis de contestação judicial. A falta da formalização poderia, assim, deixar de conferir a elas seu caráter vinculante e obstar eventuais tentativas de efetivação pela via judicial, deixando sua implementação à mercê do gestor.

### *Incapacidade de fazer cumprir decisões em juízo*

Uma consequência importante da integração dos conselhos à administração direta é não possuírem personalidade jurídica. Esse fator agrava o problema da nebulosidade dos poderes: como aponta Oliveira, dele decorre a falta de legiti-

---

<sup>81</sup> ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. Conselhos de políticas e desenho institucional: potencialidades e limites do isomorfismo institucional nas áreas de saúde e da assistência social no Brasil. In: CUNHA, E. S. M.; THEODORO, H. D. *Desenho institucional, democracia e participação*: conexões teóricas e possibilidades analíticas. Belo Horizonte: D'Placido, 2014.

<sup>82</sup> TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo, p. 95.

<sup>83</sup> CUNHA, E. S. M. Inclusão social e política: o desafio deliberativo dos conselhos municipais de assistência social. In: AVRITZER, L. *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010, p. 119.

midade processual, o que impossibilita os conselhos de irem a juízo para fazer valer suas decisões.<sup>84</sup> Em um estudo jurisprudencial, Oliveira verificou que, ao menos no Rio Grande do Sul, os conselhos tiveram legitimidade processual continuamente negada. Esse detalhe jurídico representa um evidente limite à sua independência, pois se veem obrigados a recorrer a órgãos externos (como o Ministério Público) quando suas deliberações são ignoradas.

### *Falta de critérios formais de indicação dos representantes do segmento gestor*

Normalmente, os conselhos fixam regras para a seleção dos representantes da sociedade civil. Na maioria dos casos, há reserva de cadeiras para determinados grupos, os quais escolhem seus representantes em fóruns por eles mesmos organizados.<sup>85</sup> Em algumas outras situações, no entanto, a escolha pode ocorrer por outros métodos, como eleições diretas.<sup>86</sup> Em sentido contrário, muito raramente existem critérios formais para a indicação de representantes do segmento gestor.<sup>87</sup> Ou seja, há nesse ponto grande espaço de discricionariedade. Lüchmann critica tal arbítrio: em sua leitura, diversos estudos empíricos mostram como as administrações normalmente indicam representantes com pouco acesso a informações e poder decisório.<sup>88</sup> Assim, além de pouco contribuírem para os debates, esses representantes comumente tomam posições não aceitas pela administração no momento da implementação.

### *Homogeneização do conceito de “sociedade civil”*

Apesar da representação paritária na maioria dos conselhos, o segmento gestor costumam ter maior poder de fogo no processo decisório. Para Lüchmann, isso resulta em parte da homogeneização promovida pelo conceito de “sociedade civil”: incluem-se no segmento representantes dos mais diversos interesses, muitas vezes reunindo, no mesmo conselho, movimentos sociais, ONGs, entidades de classe (tanto de trabalhadores quanto de empresários), associações de diversas naturezas

<sup>84</sup> OLIVEIRA, C. C. F. Os conselhos municipais nas controvérsias jurisprudenciais do TJRS e STF nos últimos anos. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, n. 25, 2014, p. 35-58.

<sup>85</sup> ABERS, R.; KECK, M. E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. *Cadernos CRH*, v. 21, n. 52, jan./abr. 2008, p. 100.

<sup>86</sup> As diretrizes para a organização dos conselhos de saúde (resolução do Conselho Nacional de Saúde n. 453/2012), por exemplo, recomendam a organização de eleições sempre que o município não conte entidades, associações ou movimentos suficientes para ocupar as cadeiras (terceira diretriz).

<sup>87</sup> LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores. In: LYRA, R. P. *Participação e segurança pública no Brasil: teoria e prática*. João Pessoa: Ed. UFPB, 2009.

<sup>88</sup> LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores.

(exemplos: associações de bairro, associações de portadores de deficiência) e determinadas populações (exemplo: representantes indígenas). Entretanto, gestores, normalmente indicados pelo mesmo indivíduo, ocupam metade das cadeiras. Consequentemente, enquanto os representantes da sociedade civil têm grande dificuldade de formar uma pauta compartilhada, representantes do Estado votam de forma concertada.<sup>89</sup>

## LIMITES DO DIREITO COMO FERRAMENTA DE ENGENHARIA INSTITUCIONAL E CAMINHOS DE ANÁLISE

As descrições oferecidas até o momento sobre desenhos institucionais e arranjos jurídicos atribuíram grande ênfase a verbos como “desenhar”, “moldar” e “estruturar”. Os objetos dessa ação conformadora seriam as “condições de deliberação”, “ambientes institucionais” e, até mesmo, a “sociedade”. A partir desse relato, as regras formais aparentam adquirir um caráter de ferramenta de engenharia institucional precisa, capazes de gerar resultados previsíveis, desde que concebidas intencionalmente, de forma adequada e tenham sua aplicação efetivamente imposta. A realidade, no entanto, é absolutamente diversa.

Em primeiro lugar, a tarefa de construir instituições de maneira intencional e planejada é extremamente difícil. Mesmo em casos viáveis, a tarefa de determinação do desenho releva-se altamente complexa e sempre envolve a escolha entre alternativas imperfeitas, cujos efeitos práticos comumente fogem às expectativas iniciais. Além disso, o direito formal apresenta severas limitações como uma tecnologia de engenharia institucional. No entanto, mais do que motivo de desânimo, argumento neste tópico, o reconhecimento desses limites indica caminhos mais realistas e promissores de análise de instituições concretas.

### A dificuldade de construção intencional das instituições

A perspectiva de criação e a alteração de instituições através do direito formal pressupõe um esforço intencional. Sob essa ótica, processos de institucionalização ocorrem como resultado da intervenção calculada de agentes buscando determinado objetivo. Esses agentes, ainda, devem contar com a autorização necessária para implementar seus planos – ou seja, dependem de algum tipo de autoridade centralizada. No entanto, e apesar das teorias do desenho institucional, focadas no ato de planejamento, valorizarem essa dimensão da construção institucional, ela não tem um caráter linear e simples.

Em situações reais, dificilmente há um único planejador ou uma concepção completamente coerente por trás de cada instituição: desde os momentos de sua

---

<sup>89</sup> LÜCHMANN, L. H. H. O desenho institucional dos conselhos gestores.

formulação existem, na verdade, uma série de intenções parciais de desenho originados de diferentes atores interagindo e colidindo umas com as outras.<sup>90</sup> A configuração final das intervenções intencionais, geralmente imprevisível no início de seu processo de elaboração, é resultado de um processo histórico complexo (muitas vezes envolvendo árduos processos de discussão e barganha). Assim, as normas formalizadas no arcabouço jurídico de qualquer instituição recém-criada dificilmente representarão um projeto único e perfeitamente racional.

Além disso, e apesar de sua caracterização como estabilizadoras de comportamentos, as próprias instituições não são estanques ou imutáveis. Mesmo quando partem de normas calculadas por juristas ou outros cientistas sociais, não dependem unicamente de iniciativas de reformas impulsionadas por autoridades centralizadas para evoluírem. Regras, práticas e expectativas compartilhadas podem mudar de forma espontânea e descentralizada, por exemplo, como consequência do aprendizado de indivíduos e organizações, como resultado de disputas de poder e mudanças de preferências de atores sociais ou como reflexos de amplas mudanças culturais.<sup>91</sup>

A mutabilidade institucional pode ser ilustrada a partir dos três mecanismos de evolução listados (de forma não exaustiva) por Pierson:<sup>92</sup> sobreposição, conversão e difusão. O primeiro envolve a adição de novas instituições formais ou informais sobre aquelas já existentes, sem que essas desapareçam. A conversão, por sua vez, ocorre quando instituições são adaptadas para desempenhar funções diferentes daquelas que anteriormente cumpriam, não sofrendo necessariamente alterações em suas estruturas formais. Por fim, a difusão opera mediante a transferência de práticas desenvolvidas em um ambiente para o outro, o qual as adota em vista de sua reconhecida utilidade ou de eventuais pressões externas e internas.

A história da evolução da maioria das instituições formalizadas envolve, em medidas variáveis, todos esses mecanismos. Se, no entanto, existem tantas razões e formas através das quais as instituições evoluem e construções intencionais e não intencionais se entrelaçam, e mesmo aquelas hipotéticas instituições planeja-

---

<sup>90</sup> GOODIN, R. E. *Institutions and their design*, p. 28.

<sup>91</sup> A literatura a respeito de mudanças institucionais se espalha por várias áreas do conhecimento, e inclui diferentes abordagens (por exemplo, a “histórica”, a “escolha racional” e a “sociológica”). Para discussões sobre teorias de mudança institucional, ver THELEN, K. *How institutions evolve: insights from comparative historical analysis*. In: MAHONEY, J.; RUESCHEMEYER, D. *Comparative historical analysis in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004; PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004, p. 133-166; CABALLERO, G.; KINGSTON, C. Comparing theories of institutional change. *Journal of Institutional Economics*, v. 5, n. 2, ago. 2009, p. 151-180.

<sup>92</sup> PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*, p. 137.

das e estáveis dificilmente representam uma concepção única, devemos descartar, conforme indica Goodin, o “Mito do Planejador Intencional”. Não existe um planejador individual, e muito menos instituições delineadas de maneira absolutamente artificial e racional.

O fato de os processos de criação e mudança institucional serem extremamente complexos, não significa, contudo, que fujam absolutamente à compreensão. Isso porque as instituições costumam se desenvolver em determinada direção: as escolhas iniciais de sua configuração tendem a se perpetuar no tempo, bloqueando alterações drásticas e delimitando as escolhas possíveis de mudança. Segundo a teoria da dependência da trajetória (*path dependence*), isso ocorre porque existem mecanismos sociais que reforçam os arranjos existentes (*self-reinforcing mechanisms*) – inclusive os formais – e aumentam com o tempo os custos de mudança da trajetória.<sup>93</sup> Por conta disso, mesmo após grandes choques externos, as instituições costumam manter muito de sua configuração anterior.

A dificuldade de intervenção nas instituições, seja por conta da existência de dinâmicas de evolução imprevisíveis ou por sua resistência a mudanças, não significa que devamos nos resignar em face da suposta imutabilidade dos arranjos existentes. Exige, no entanto, cuidados na avaliação e na elaboração de estratégias de reforma. Como indicam Prado e Trebilcock,<sup>94</sup> a dependência da trajetória chama atenção para uma promissora abordagem analítica, tanto para a compreensão das instituições quanto para o planejamento de intervenções: o estudo do aspecto histórico das instituições, com foco específico nas configurações iniciais e nas formas pelas quais mudanças posteriores foram ou não possíveis. Esse esforço retrospectivo pode revelar meios factíveis de reforma e modular nossas expectativas quanto às possibilidades existentes.

### Alternativas imperfeitas na construção institucional

Mesmo quando há a possibilidade de planejamento intencional do desenho institucional, seu exercício é altamente complexo: por conta da variação de aspectos culturais, econômicos, políticos e jurídicos, não existem arranjos capazes de lidar com todo o tipo de situação real, a qualquer momento histórico e em

---

<sup>93</sup> Para Pierson, há quatro deles: os altos custos de organização inicial das instituições, a lentidão no aprendizado de novas práticas, as interações entre instituições (que as moldam mutuamente, tornando-as dependentes umas das outras) e as expectativas sedimentadas dos indivíduos e organizações. Para uma exploração detalhada destes fatores, ver PIERSON, P. Increasing returns, path dependence and the study of politics. *The American Political Science Review*, v. 94, n. 2, jun. 2000, p. 251-267.

<sup>94</sup> PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, 2009, v. 59, 2009, p. 341-380.

qualquer lugar. Por isso, um dos consensos entre os estudiosos contemporâneos da relação entre direito e desenvolvimento é o de evitar a formulação de propostas de arranjos jurídico-institucionais ideais supostamente aplicáveis universalmente.<sup>95</sup> Isso significa que a escolha institucional necessariamente se dá entre alternativas imperfeitas, cujas vantagens e desvantagens variam em cada contexto no qual podem se inserir. Ou seja, há necessariamente perdas e ganhos nas escolhas.

Considerando essa complexa realidade, Neil Komesar<sup>96</sup> sugere que a avaliação das instituições deve ocorrer não apenas em relação a um objetivo social (no caso desse trabalho, os requisitos ideais de deliberação), mas também em relação às alternativas empregadas por diferentes instituições. Isso porque, apesar da necessidade de padrões abstratos, eles costumam revelar-se consistentes com as diferentes escolhas institucionais, mesmo quando essas geram resultados bastante diversos. A comparação entre instituições, assim, complementa a análise normativa ao apontar concretamente diferentes possibilidades já existentes e indicar as prováveis vantagens e desvantagens de cada uma.

O cuidado na escolha institucional, contudo, não significa automaticamente seu sucesso real. A experiência acumulada com reformas jurídico-institucionais mostra que seus resultados, além de difíceis de mensurar, comumente divergem das expectativas iniciais.<sup>97</sup> Ou seja, são altamente imprevisíveis e muitas vezes contraproducentes.

A seguir, ilustro a imperfeição das alternativas nas instituições deliberativas a partir do problema da seleção dos participantes. As dificuldades derivam do problema de escala: se as formas de participação de melhor qualidade podem ocorrer apenas em fóruns com um número relativamente pequeno de participantes, por que os excluídos desses espaços deveriam aceitar suas decisões? Afinal, há na limitação à entrada uma clara violação do critério de deliberação ideal da “igualdade participativa”. Como, então, estruturar instituições cujas decisões possam ser consideradas como justificadas por toda uma comunidade? A adequação de um ou outro mecanismo depende tanto dos fins buscados com

---

<sup>95</sup> TRUBEK, D. M. Law and Development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1255, 2014*, p. 17. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2435190](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435190)>. Acesso em: 18/06/2017.

<sup>96</sup> KOMESAR, N. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy*. Chicago: Chicago University Press, 1994, p. 5.

<sup>97</sup> Ver PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011. Lembrando do caso das instituições participativas brasileiras, Abers, Serafim e Tatagiba destacam como a literatura atualmente considera que instituições semelhantes de um ponto de vista legal podem contar com dinâmicas deliberativas radicalmente diferentes. ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo, p. 330.

implementação da participação (ou seja, do que significa “legitimidade” naquele espaço).

No caso do Orçamento Participativo de Porto Alegre,<sup>98</sup> a participação é aberta a toda a população. Realiza-se o necessário controle do número de presentes por meio da descentralização: na primeira fase de definição de prioridades do orçamento, as discussões ocorrem simultaneamente nas diversas regiões da cidade, podendo atender cada indivíduo apenas aos encontros daquela na qual reside. Esse arranjo tem a grande vantagem de, ao menos inicialmente, não impor grandes restrições à entrada.<sup>99</sup> No entanto, não costuma lidar adequadamente com o problema da auto seleção: apenas os agentes previamente engajados com a matéria em discussão tenderão a reservar parte de seus recursos para participar.<sup>100</sup> Assim, os resultados finais dificilmente refletirão a vontade da população como um todo.

As sondagens deliberativas (*deliberative polls*) organizadas pela ONG *AmericaSpeaks*,<sup>101</sup> apresentam a solução da seleção aleatória. Objetiva-se, por esse procedimento, criar um microcosmo da diversidade demográfica e de comportamentos da população dentro do espaço deliberativo. O resultado final das discussões, supõe-se, refletiria com certa proximidade o que ocorreria caso toda a sociedade estivesse presente. Nesse âmbito, a resposta para o problema de escala é simples: os excluídos deveriam aceitar o resultado porque reflete o que eles próprios decidiriam. Contudo, esse desenho exclui *a priori* diversos atores possivelmente interessados, mobilizados e com conhecimento no assunto sob deliberação.

O Orçamento Participativo do Peru<sup>102</sup> limita seus participantes a associações legalmente autorizadas. A princípio, essas seriam os atores da sociedade civil mais legítimos e qualificados a gerar decisões de alta qualidade, devido à sua organização prévia e engajamento intenso com o problema em discussão. No entanto, além de novamente excluir-se *a priori* a enorme maioria daqueles que sofrerão os efeitos das decisões tomadas nesses espaços, arrisca-se uma elitização considerável dos participantes, uma vez que se aceitariam apenas representantes de

---

<sup>98</sup> Ver BAIOCCHI, G. Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment.

<sup>99</sup> Há, no entanto, um mecanismo subsequente de seleção dos participantes. Terminada a primeira fase, continuam as discussões apenas entre representantes eleitos em cada uma das regiões, mas agora em nível municipal.

<sup>100</sup> O Orçamento Participativo de Porto Alegre conseguiu, no entanto, evitar a auto seleção. Segundo Baiocchi, a população se encontra adequadamente representada na fase regional pois as questões discutidas, além de bastante amplas e diversas, afetam diretamente todos os cidadãos, mas principalmente os mais pobres.

<sup>101</sup> Ver FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and “better citizens”*.

<sup>102</sup> Ver McNULTY, S. An unlikely success: Peru’s top-down participatory budgeting experience. *Journal of Public Deliberation*, v. 8, n. 2, 2012.



interesses organizados, muitas vezes pouco alinhados com as parcelas menos favorecidas da população.

Em um último exemplo, muitos dos conselhos de saúde da cidade de São Paulo<sup>103</sup> conduzem processos de eleição abertos à sociedade civil para selecionar seus participantes. De maneira semelhante às instituições políticas tradicionais, supõe-se que tal mecanismo favorece o maior grau possível de representatividade dos espaços de participação sem a imposição de limitações àqueles capazes influenciar o processo. Infelizmente, importam-se dessas instituições também suas falhas. Nesse sentido, os participantes com mais recursos têm maiores chances de popular os espaços participativos. Além disso, o mecanismo da representação levanta um problema para a teoria deliberativa: se indivíduos eleitos alteram suas preferências durante o processo deliberativo, eles não perderiam a legitimidade diante de suas bases?

### Limites do direito formal como ferramenta de engenharia institucional

Como mencionado anteriormente, o desenho das instituições compreende não apenas normas formais do direito estatal, mas também regras informais. A complexa interação entre regras de diferentes naturezas faz parte da dinâmica de funcionamento de qualquer instituição, e tentativas de utilizar o direito formal como uma tecnologia de transformação não podem ignorá-la.

O reconhecimento da importância das regras informais na organização social não é novo mesmo no campo jurídico (apesar de uma longa tradição que insiste em ignorá-las): Eugen Ehrlich, considerado como um dos fundadores da sociologia jurídica, já apontava para a existência de um “direito vivo”, o qual “domina a própria vida sem, no entanto, estar positivado em proposições legais”, e pode ser nela diretamente observado.<sup>104</sup> O conceito se refere, na interpretação de David Nelken, às normas reconhecidas como obrigatórias pelos cidadãos em sua condição de membros de associações.<sup>105</sup> De um ponto de vista institucional, fazem parte de qualquer desenho tanto quanto aquelas contidas em proposições legais, pois determinam comportamentos efetivamente cogentes, tornando-os repetidos, previsíveis e esperados.

A faceta informal da prática das instituições, além de um fato real, é indispensável para seu funcionamento e crescimento: a tentativa de submetê-la a uma

---

<sup>103</sup> Ver COELHO, V. S. A democratização dos Conselhos de Saúde: o paradoxo de atrair não aliados. *Novos Estudos*, v. 78, jul. 2007, p. 77-92.

<sup>104</sup> EHRlich, E. *Fundamental principles of the sociology of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936, p. 493.

<sup>105</sup> NELKEN, D. Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law. *Legal Studies*, v. 4, n. 2, 1984, p. 165.

abrangente normatização formal, além de impossível, tende a se revelar deletéria. A consequente redução da discricionariedade dos indivíduos atuantes no interior ambiente institucional pode tornar procedimentos de tomada de ação excessivamente complexos e reduzir sua capacidade de se adaptar às exigências dos desafios reais, especialmente quando as regras não os refletem adequadamente.<sup>106</sup> Além disso, arrisca-se inviabilizar o desenvolvimento de novos comportamentos obrigatórios no interior das instituições, os quais não poderiam ser imaginados no momento prévio da regulação. Ou seja, limita-se a evolução institucional. Nas palavras do próprio Ehrlich, o esforço se assemelharia a tentar confinar um córrego em uma poça: “a água colocada na poça não é mais um córrego vivo, mas um reservatório estagnado, e apenas um pouco de água pode ser colocada na poça”.<sup>107</sup>

Da mesma forma como as instituições incorporam normas informais, também podem rejeitar as formais. Isso porque os padrões de comportamento verificados em seu interior não correspondem necessariamente àqueles legalmente prescritos: conforme destacou Roscoe Pound, há uma distinção entre o direito que intenciona governar as relações humanas (o direito nos livros), e aquele que efetivamente o faz (o direito em ação).<sup>108</sup> Pound chamou atenção para uma discrepância até então pouco articulada pelos juristas, a qual inspirou uma série de investigações a respeito do grau em que os dois direitos divergiam em diferentes situações (os *gap studies*).<sup>109</sup> Em termos institucionais, leis ignoradas não são regras. Para adquirirem caráter normativo, devem ser impostas até que a conduta nelas prescrita se torne costumeira.<sup>110</sup>

---

<sup>106</sup> No caso da burocracia estatal, por exemplo, Roberto Pires defende uma burocracia flexível. Segundo ele, apesar de muito da discussão a respeito do tema ser historicamente marcada por um “medo da discricionariedade”, pesquisas nos campos dos “socio-legal studies” e “policy studies” demonstraram que certa liberdade de ação como generalizada e indispensável em sistemas legais e administrativos. Tentativas de restringi-la de forma excessiva teriam se mostrado desastrosas. PIRES, R. R. C. Beyond the fear of discretion: flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. *Regulation and Governance*, v. 5, 2011, p. 43-69.

<sup>107</sup> EHRLICH, E. *Fundamental principles of the sociology of law*, p. 488.

<sup>108</sup> POUND, R. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, 1910, p. 15.

<sup>109</sup> A distinção aqui apresentada entre o direito em ação e o direito vivo tem como base o argumento trazido por Nelken. Segundo ele, enquanto Ehrlich via as regras surgidas no mundo real como jurídicas, Pound, um teórico preocupado com a utilidade do direito como ferramenta estatal de engenharia social, entendia como válidas apenas as normas postas pelo Estado. No entanto, reconhecia como direito somente aquelas efetivamente cumpridas. Apesar das diferenças entre os dois, na visão de Macaulay, o termo “direito em ação” adquiriu um duplo sentido através de seu uso nas pesquisas, passando a designar não apenas as normas contrárias ao direito estatal, mas também as regras sociais não positivadas (o direito vivo). Considerarei a distinção entre os dois conceitos útil para os objetivos do trabalho, mas seu uso pode variar. MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”. *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, 2005, p. 387.

<sup>110</sup> HODGSON, G. M. What are institutions? p. 6.

Apesar de representarem um limite para a utilização do direito como forma de engenharia institucional, não basta, segundo Macaulay, identificar lacunas entre o direito nos livros e o direito em ação e presumir que deveríamos supri-las.<sup>111</sup> O autor ilustra seu argumento pressupondo uma situação de completa e ininterrupta aplicação de todas as normas legais, a qual, conclui, seria danosa tanto para o funcionamento do Estado quanto para as liberdades civis. A identificação de discrepâncias, portanto, apenas levanta mais questões, como “qual o motivo do sistemático descumprimento da norma?”, “quais efeitos gera?”, “a quem beneficia?”. Eventuais lacunas podem, na verdade, representar uma interessante oportunidade de crescimento e calibragem institucional: existe sempre a possibilidade de que os padrões contrários aos comportamentos legalmente prescritos, dado que desenvolvidos a partir dos problemas enfrentados pela instituição na prática, representem uma alternativa melhor àquela do direito nos livros. Dessa maneira, também pode sua identificação servir como um primeiro passo em direção à melhoria das próprias normas formais.

Os conceitos de “direito vivo” e “direito em ação” revelam uma série de insuficiências do direito formal como uma ferramenta de engenharia institucional. Eles chamam atenção para o seu papel frequentemente marginal na ordenação social, em contraposição à centralidade comumente pressuposta. No entanto, se nos dão motivos para certo ceticismo, também abrem as portas para um outro tipo de investigação jurídica:<sup>112</sup> devemos considerar não apenas os arranjos jurídico-institucionais formais, mas também aqueles criados nas rotinas dos órgãos administrativos, nas interações sociais diárias dos indivíduos, nas negociações entre atores políticos; passam a importar, além da letra da lei, sua forma de implementação, seus efeitos reais e sua interação com as regras criadas informalmente. Esse tipo de esforço, no entanto, demanda a cuidadosa utilização de métodos de pesquisa desenvolvidos nos campos das outras ciências sociais, como entrevistas, análise documental e observação participante.<sup>113</sup>

Mesmo quando manejado de forma cuidadosa e com atenção às suas características únicas, o direito conta com diversas deficiências como uma tecnologia de engenharia institucional. Esses limites, no entanto, não devem inspirar uma

---

<sup>111</sup> MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”, p. 390.

<sup>112</sup> ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism? *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, 2005, p. 335-363.

<sup>113</sup> O livro “Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação” apresenta reflexões a respeito de diversos métodos para a avaliação de instituições participativas. Diversos artigos lá contidos podem auxiliar na identificação do “direito em ação” e do “direito vivo”. PIRES, R.R.C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.

reação derrotista e nihilista. Apesar de todos os pesares, ao analisar as evidências empíricas sobre reformas institucionais, Davis e Trebilcock sugerem não apenas que as instituições importam, mas que intervenções jurídicas intencionais podem promover seu desenvolvimento.<sup>114</sup> Mesmo reconhecendo as limitações do direito, diversos outros trabalhos também indicam otimismo.<sup>115</sup> Como afirmado durante esse tópico, essas aparentes barreiras devem servir como um convite a investigações mais complexas e realistas. Cada uma delas revela importantes elementos das dinâmicas institucionais, bem como caminhos analíticos para podermos percebê-las e e reconstruí-las.

## CONCLUSÃO

A construção de instituições deliberativas funcionais, já é um consenso no ramo empírico da literatura da teoria deliberativa, trata-se de uma tarefa complexa, difícil e que demanda muitos recursos. Seu sucesso não depende apenas de uma teoria normativa sofisticada, mas de uma série de fatores reais, incluindo o desenho institucional. O direito, como parte deste, pode ter um impacto importante, tanto positivo quanto negativo. Essa constatação revela-se especialmente importante no caso brasileiro, marcado por uma enorme variedade de espaços institucionalizados pelo Estado e regulados em diversos níveis e por diferentes atores.

Sugeri, sinteticamente, que o direito tem funções relevantes na estruturação de instituições participativas deliberativas, e, em especial, na aproximação das condições de deliberação reais das ideais. A partir do reconhecimento de que, apesar desse relevante papel, existem severas limitações no emprego de arranjos jurídicos como uma forma de engenharia institucional, propus uma análise institucional com base em três abordagens: a reconstrução histórica institucional, a comparação entre as imperfeitas alternativas de desenho existentes e a exploração das regras institucionais informais e sua interação com as formais. Em qualquer momento da análise, a teoria deliberativa e a literatura sobre as condições de deliberação podem servir como padrão normativo de avaliação de instituições concretas.

---

<sup>114</sup> DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 4, 2008, p. 895-946.

<sup>115</sup> COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*; COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático; PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform; ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism?; MACAULAY, S. The new versus the old legal realism: “things ain’t what they used to be”; SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

O quadro desenvolvido não tem significado se não aplicado em estudos empíricos. Além disso, não representa de forma alguma o único caminho analítico possível para esforços jurídicos de investigação de instituições deliberativas concretas. Creio, no entanto, que traz uma contribuição como um passo inicial no ainda embrionário debate no campo do direito: afasta-se de concepções formalistas e estáticas do direito e permite a incorporação de saberes gerados em outras áreas do conhecimento, enquanto permanece apoiado em abordagens jurídicas. Apesar de muitas vezes ignoradas na tradição dominante no Brasil, reconstituições históricas de evoluções normativas, estudos comparados de arranjos jurídicos e a identificação de normas informais não são exercícios estranhos aos juristas e remetem a tradições estabelecidas.

## REFERÊNCIAS

- ABERS, R.; KECK, M. E. Representando a diversidade: Estado, sociedade e “relações fecundas” nos conselhos gestores. *Cadernos CRH*, v. 21, n. 52, p. 99-112jan./abr. 2008.
- ABERS, R.; SERAFIM, L.; TATAGIBA, L. Repertórios de interação Estado-sociedade em um Estado heterogêneo. *Dados – Revista de Ciências Sociais*, v. 57, n. 2, p. 325-357, 2014.
- ALEXANDER, E. R. Institutional transformation and planning: from institutionalization theory to institutional design. *Planning Theory*, v. 4, n. 3, p. 209-223, 2005.
- ALMEIDA, D. R. et al. Uma estratégia multidimensional de avaliação dos conselhos de políticas: dinâmica deliberativa, desenho institucional e fatores exógenos. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. A análise da deliberação democrática: princípios, conceitos e variáveis relevantes. In: PIRES, R. R. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- ALMEIDA, D. R.; CUNHA, E. S. M. Conselhos de políticas e desenho institucional: potencialidades e limites do isomorfismo institucional nas áreas de saúde e da assistência social no Brasil. In: CUNHA, E. S. M.; THEODORO, H. D. *Desenho institucional, democracia e participação: conexões teóricas e possibilidades analíticas*. Belo Horizonte: D’Placido, 2014.
- ANTONIETTO, A. L. G.; SEVERI, F. C. Participação social, estado democrático e constituição: uma análise do perfil dos Conselhos Municipais de Ribeirão Preto. *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, v. 2, n. 2, jul. 2015.
- ARAÚJO, C. Razão pública, bem comum e decisão democrática. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- AVRITZER, L. New public spheres in Brazil: local democracy and deliberative politics. *International Journal of Urban and Regional Research*, v. 30, n. 3, p. 623-637, set. 2006.
- AZEVEDO, S.; RIBEIRO, L. C. Q.; SANTOS JR., O. A. Democracia e gestão local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil. In: *Governança democrática e poder local: a experiência dos conselhos municipais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan Fase, 2004.

- BAIOCCHI, G. Participation, activism and politics: the Porto Alegre experiment. In: FUNG, A.; WRIGHT, E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2003.
- BARONE, S. L.; LAVALLE, A. G. Conselhos, associações e desigualdade. In: ARRETCHE, M. *Trajatória das desigualdades: como o Brasil mudou nos últimos 50 anos*. São Paulo: Unesp/CEM, 2015.
- BARROS, L. M. A. *O fomento e o Conselho Municipal da Criança e do Adolescente de São Paulo*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP, São Paulo, 2012.
- BENHABIB, S. Deliberative rationality and models of democratic legitimacy. *Constellations*, v. 1, n. 1, p. 26-52, 1994.
- BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BOHMAN, J. The coming of age of deliberative democracy. *The Journal of Political Philosophy*, v. 6, n. 4, p. 400-425, 1998.
- BUVINICH, D. P. R. O mapeamento dos conselhos gestores de políticas públicas nos municípios brasileiros. *Revista de Administração Pública*, v. 48, n. 1, p. 55-82, jan./fev. 2014.
- CABALLERO, G.; KINGSTON, C. Comparing theories of institutional change. *Journal of Institutional Economics*, v. 5, n. 2, p. 151-180, ago. 2009.
- CASTRO, H. A. *Participação popular institucionalizada: o desenho institucional dos conselhos das supervições técnicas de saúde de São Paulo*. Relatório de pesquisa. Disponível em: <goo.gl/47qp4Q>. Acesso em: 29/11/2016.
- CHAMBERS, S. Deliberative democratic theory. *Annual Review of Political Science*, v. 6, p. 307-326, 2003.
- COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- COELHO, V. S. A democratização dos conselhos de saúde: o paradoxo de atrair não aliados. *Novos Estudos*, v. 78, p. 77-92, jul. 2007.
- COHEN, J. Deliberation and democratic legitimacy. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.
- COHEN, J.; SABEL, C. Directly-deliberative polyarchy. *European Law Journal*, v. 3, n. 4, p. 313-342, dez. 1997.
- COOK, F. L.; DELLI CARPINI, M. X.; JACOBS, L. R. Public deliberations, discursive participation and citizen engagement: a review of the empirical literature. *Annual Review of Political Science*, v. 7, n. 1, p. 315-344, 2004.
- COUTINHO, D. R. *Direito, desigualdade e desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- COUTINHO, D. R. O direito econômico e a construção institucional do desenvolvimento democrático. *Revista de Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 215-262, 2016.
- CUNHA, E. S. M. Inclusão social e política: o desafio deliberativo dos conselhos municipais de assistência social. In: AVRITZER, L. *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.
- CYRINO, P. C. B.; LIBERATI, W. D. *Conselhos e fundos no Estatuto da Criança e do Adolescente*. São Paulo: Malheiros, 1997.

- DAVIS, K. E.; TREBILCOCK, M. J. The relationship between law and development: optimists versus skeptics. *The American Journal of Comparative Law*, v. 56, n. 4, p. 895-946, 2008.
- DI PIETRO, M. S. Z. Participação popular na administração pública. *Revista de Direito Administrativo*, v. 191, p. 26-39, jan./mar. 1993.
- DRYZEK, J. S. Discursive designs: critical theory and political institutions. *American Journal of Political Science*, v. 31, n. 3, p. 656-679, 1987.
- DRYZEK, J. S. *Deliberative democracy and beyond: liberals, critics, contestations*. New York: Oxford University Press, 2000.
- DUTWIN, D. The character of deliberation: equality, argument, and the formation of public opinion. *International Journal of Public Opinion Research*, v. 15, n. 3, p. 239-264, 2003.
- EHRlich, E. *Fundamental principles of the sociology of law*. Cambridge: Harvard University Press, 1936.
- ERLANGER, H. et al. Is it time for a new legal realism? *Wisconsin Law Review*, v. 2005, n. 2, p. 335-363, 2005.
- FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Entre o legal e o real: o que dizem as variáveis institucionais sobre os conselhos municipais de políticas públicas? In: AVRITZER, L. (Org.). *A dinâmica da participação local no Brasil*. São Paulo: Cortez, 2010.
- FARIA, C. F.; RIBEIRO, U. C. Desenho institucional: variáveis relevantes e seus efeitos sobre o processo participativo. In: PIRES, R. R. C. (Org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- FEARON, J. D. Deliberation and discussion. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.
- FISHKIN, J. Deliberation by the people themselves: entry points for the public voice. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, p. 490-507, 2013.
- FISHKIN, J.; LUSKIN, R. C. *Deliberation and "better citizens"*. Center for Deliberative Democracy, Stanford. Disponível em: <<http://cdd.stanford.edu/2002/deliberation-and-better-citizens/>>. Acesso em: 18/07/2016.
- FUNG, A. Recipes for public spheres: eight institutional design choices and their consequences. *The Journal of Political Philosophy*, v. 11, n. 3, p. 338-367, 2003.
- FUNG, A. Deliberative democracy, Chicago Style: grass-roots governance in policing and public education. In: FUNG, A.; WRIGHT E. O. (Org.). *Deepening democracy: institutional innovations in empowered participatory governance*. London/New York: Verso, 2004.
- FUNG, A. Varieties of participation in complex governance. *Public Administration Review*, v. 66, n. suplementar, p. 66-75, dez. 2006.
- GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. Capacidades estatais e democracia: a abordagem dos arranjos institucionais para análise de políticas públicas. In: GOMIDE, A. A.; PIRES, R. R. C. *Capacidades estatais e democracia: arranjos institucionais de políticas públicas*. Brasília: Ipea, 2014.
- GOODIN, R. E. Institutions and their design. In: GOODIN, R. E. *The theory of institutional design*. Cambridge: Cambridge University Press, 1998.

GUTMANN, A.; THOMPSON, D. *Why deliberative democracy?* New Jersey: Princeton University Press, 2004.

HABERMAS, J. *Between facts and norms: contributions to a discourse theory of law and democracy.* Cambridge: The MIT Press, 1996.

HIBBING, J.; THEISS-MORSE, E. *Stealth democracy: Americans' beliefs about how government should work.* Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

HODGSON, G.M. What are institutions? *Journal of Economic Issues*, v. 40, n. 1, 2006.

KOMESAR, N. *Imperfect alternatives: choosing institutions in law, economics and public policy.* Chicago: Chicago University Press, 1994.

LEVY, R. The law of deliberative democracy: seeding the field. *Election Law Journal*, v. 12, n. 4, p. 355-371, 2013.

LEWANSKI, R. Institutionalizing deliberative democracy: the Tuscany laboratory. *Journal of Public Deliberation*, v. 9, n. 1, 2013.

LIMA, P. P. F.; SOUZA, C. H. L.; TEIXEIRA, A. C. C. *Arquitetura da participação no Brasil: uma leitura das representações políticas em espaços participativos nacionais.* Brasília: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.735).

LOPES, J. R. L. Os conselhos de participação popular: validade jurídica de suas decisões. *Revista de Direito Sanitário*, v.1, n.1, 2000, p. 23-35.

LÜCHMANN, L.H.H. O desenho institucional dos conselhos gestores. In: LYRA, R.P. *Participação e segurança pública no Brasil: teoria e prática.* João Pessoa: Ed. UFPB, 2009.

MANSBRIDGE, J. et al. The place of self-interest and the role of power in deliberative democracy. *Journal of Political Philosophy*, v. 18, n. 1, p. 64-100, 2010.

MANSBRIDGE, J. et al. A minimalist definition of deliberation. In: HELLER, P.; RAO, V. *Deliberation and development: rethinking the role of voice and collective action in unequal societies.* Washington: Banco Mundial, 2015.

MATTOS, P. T. L. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo.* São Paulo: Editora 34, 2004.

McNULTY, S. An unlikely success: Peru's top-down participatory budgeting experience. *Journal of Public Deliberation*, v. 8, n. 2, 2012.

MEDAUAR, O. *O direito administrativo em evolução.* 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MENDELBERG, T. The deliberative citizen: theory and practice. In: DELLI CARPINI, M. X.; HUDDY, L.; SCHAPIRO, R. (Org.). *Research in micropolitics: political decision making, deliberation and participation.* Greenwich: JAI Press, 2002.

MENDES, C. H. *Constitutional courts and deliberative democracy.* Oxford: Oxford University Press, 2013.

MENDES, D. C. V. R. *Democracia semidireta no Brasil pós-1988: a experiência do orçamento participativo.* Tese (doutorado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2004.



- NABATCHI, T. Addressing the citizenship and democratic deficits: the potential of deliberative democracy for public administration. *The American Review of Public Administration*, v. 40, n. 4, p. 376-399, 2010.
- NELKEN, D. Law in action or living law? Back to the beginning in sociology of law. *Legal Studies*, v. 4, n. 2, p. 157-174, 1984.
- NOBRE, M. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, V. S. P.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.
- OLIVEIRA, C. C. F. Os conselhos municipais nas controvérsias jurisprudenciais do TJ-RS e STF nos últimos anos. *Revista da Procuradoria Geral do Município de Porto Alegre*, n. 25, p. 35-58, 2014.
- OLIVEIRA, G. J. Participação administrativa. *Revista Eletrônica sobre Reforma do Estado*, n. 3, set./out./nov. 2005.
- PARKINSON, J. *Deliberating in the real world: problems of legitimacy in deliberative democracy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- PEREZ, M. A. *Institutos de participação popular na administração pública*. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 1999.
- PIERSON, P. Increasing returns, path dependence and the study of politics. *The American Political Science Review*, v. 94, n. 2, p. 251-267, jun. 2000.
- PIERSON, P. *Politics in time: history, institutions and social analysis*. Princeton: Princeton University Press, 2004.
- PIRES, R. R. C. Beyond the fear of discretion: flexibility, performance and accountability in the management of regulatory bureaucracies. *Regulation and Governance*, v. 5, p. 43-69, 2011.
- PIRES, R. R. C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- PIRES, R. R. C. et al. Em busca de uma síntese: ambições comuns e abordagens diversificadas na avaliação da efetividade das políticas participativas. In: PIRES, R. R. C. *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- PIRES, R. R. C.; VAZ, A. C. N. *Participação como método de governo? Um mapeamento das “interfaces socioestatais” nos programas federais*. Rio de Janeiro: Ipea, 2012 (texto para discussão n. 1.707).
- POUND, R. Law in books and law in action. *American Law Review*, v. 44, p. 12-36, 1910.
- PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. Path dependence, development, and the dynamics of institutional reform. *University of Toronto Law Journal*, 2009, v. 59, p. 341-380, 2009.
- PRADO, M. M.; TREBILCOCK, M. J. *What makes poor countries poor? Institutional determinants of development*. Cheltenham: Edward Elgar, 2011
- PRZEWORSKI, A. Deliberation and ideological domination. In: ELSTER, J. *Deliberative democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1999.
- RAWLS, J. The idea of public reason. In: BOHMAN, J.; REGH, W. *Deliberative democracy: essays on reasons and politics*. Cambridge: The MIT Press, 1997.

RYFE, D. M. Does deliberative democracy work? *Annual Review of Political Science*, v. 8, p. 49-71, 2005.

SANTOS, F. G. Participação na administração como direito fundamental. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 236-253, 2014.

SANDERS, L. Against deliberation. *Political Theory*, v. 25, n.3, p. 347-376, 1997.

SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. Redescobrimo o direito e desenvolvimento: experimentalismo, pragmatismo democrático e diálogo horizontal. In: SCHAPIRO, M. G.; TRUBEK, D. M. *Direito e desenvolvimento: um diálogo entre os Brics*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SHAPIRO, I. Enough of deliberation: politics is about interests and power. In: MACEDO, S. *Deliberative politics: essays on democracy and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

STINCHCOMBE, A. L. *When formality works: authority and abstraction in law and organizations*. Chicago: Chicago University Press, 2001.

SUNDFELD, C. A. Sistema constitucional de competências. *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 1, n. 1, p. 272-281, 1993.

SUNSTEIN, C. R. The law of group polarization. *Journal of Political Philosophy*, v. 10, n. 2, p. 175-195, 2002.

VITA, A. Democracia deliberativa ou igualdade de oportunidades políticas? In: COELHO, V. S.; NOBRE, M. *Participação e deliberação: teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo*. São Paulo: Editora 34, 2004.

TATAGIBA, L. Os conselhos gestores e a democratização das políticas públicas no Brasil. In: DAGNINO, E. *Sociedade civil e espaços públicos no Brasil*. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

TATAGIBA, L. A institucionalização da participação: os conselhos municipais de políticas públicas na cidade de São Paulo. In: AVRITZER, L. *A participação em São Paulo*. São Paulo: Unesp, 2004.

THELEN, K. How institutions evolve: insights from comparative historical analysis. In: MAHONEY, J.; RUESCHEMEYER, D. *Comparative historical analysis in the social sciences*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.

TRUBEK, D.M. Law and Development: 40 years after scholars in self estrangement – a preliminary review. *Univ. of Wisconsin Legal Studies Research Paper n. 1.255, 2014*. Disponível em: <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2435190](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2435190)>. Acesso em: 15/08/2015.

YOUNG, I. M. Activist challenges to deliberative democracy. In: FISHKIN, J.S.; LASLETT, P. *Debating deliberative democracy*. Hoboken: Blackwell Publishing, 2003.

Data de recebimento: 06/12/2016

Data de aprovação: 17/04/2017

## ENSAIO

# O PREÇO DA DOR: ISACIO AQUINO, FÁBIO JOSÉ E A REFORMA TRABALHISTA BRASILEIRA

*Manoel Carlos Toledo Filho\**

*Isacio Aquino*, cidadão argentino, tinha 29 anos de idade quando, estando a trabalhar sem condições mínimas de segurança em um teto de uma empresa, sofreu uma queda de dez metros. Do acidente resultaram lesão craniana, comprometimento parcial da visão e da audição, paralisia facial, danos de ordem estética, sequelas neurológicas e psicológicas, bem como a perda de 100% de sua capacidade de trabalho.

*Fábio José*, cidadão brasileiro, tinha 25 anos de idade quando, estando a trabalhar sem condições mínimas de segurança em um andaime, sofreu uma queda de dez metros. O acidente ocasionou traumatismo craniano encefálico, paralisia facial e perda da funcionalidade de seus músculos, tornando-o inválido para qualquer tipo de trabalho, bem como para atos banais da vida diária, tais como tomar banho e alimentar-se, ficando completamente dependente do auxílio permanente de terceiros.

Aquino processou sua empregadora buscando a reparação integral dos danos materiais e morais por ele sofridos. Tinha, porém, um grave obstáculo jurídico à sua frente: o artigo 39, inciso primeiro, da Lei de Riscos do Trabalho da Argentina, que estabelecia para situações assim uma reparação única e tarifada, a ser paga por uma companhia seguradora, excluindo expressamente a possibilidade de aplicação da regra do Código Civil e, com isso, exonerando o empregador de qualquer responsabilidade.

O objetivo dessa limitação era supostamente minimizar os efeitos da “indústria de indenizações”, estabelecendo critérios que conferissem previsibilidade ao dever de reparação, ou, em outras palavras, o deixassem integralmente “quantificável”.<sup>1</sup>

---

\* Desembargador do Trabalho. Diretor da Escola Judicial do TRT-15. Mestre e doutor em Direito do Trabalho pela Universidade de São Paulo (USP).

<sup>1</sup> A complexidade do tema da limitação da reparação pecuniária para o dano pessoal – como se o sofrimento subjetivo de todos e de cada um pudesse ser objeto de uma mensuração geral *a priori* – é assunto recorrente nos Estados Unidos, por conta das discussões envolvendo a chamada *Tort Reform*.

O caso de Isacio Aquino chegou à Suprema Corte argentina no ano de 2004 e tornou-se uma referência para a jurisprudência da nossa nação vizinha. O acórdão, minucioso e largamente fundamentado, declarou a invalidade do preceito da Lei de Riscos, argumentando, em resumo, que o mesmo violava garantias fundamentais conferidas aos trabalhadores tanto pela Constituição quanto por tratados internacionais, na medida em que, de modo *retrógrado e discriminatório*, “coisificava” o cidadão trabalhador, que ficava reduzido a um mero fator de produção e concretamente impedido de uma reparação justa e integral dos danos sofridos em seu ambiente de labor.

Fábio, que era trabalhador terceirizado, também processou seu empregador (uma ME) e outras duas empresas. Teve mais “sorte” que Aquino, na medida em que não precisou travar uma luta jurídica contra limites indenizatórios legais. Porém, para aqueles que venham após a reforma trabalhista, a “sorte” promete ser outra. É que, dentre os diversos tópicos tratados, o projeto de Lei recente e açodadamente aprovado pela Câmara dos Deputados, sob a justificativa de propiciar “segurança jurídica” (artigos 223-A a 223-G), estipulou “tetos” para a indenização para o ali chamado “dano extrapatrimonial”, o qual abrangeria, assim, todo e qualquer tipo de danos não quantificáveis, tais como aqueles derivados de assédio moral, assédio sexual, tarefas abusivas, agressões físicas, jornadas excessivas, violação à intimidade, e, logicamente, todos os prejuízos de *cunho pessoal* decorrentes de acidentes de trabalho e/ou moléstias direta ou indiretamente vinculadas ao labor na condição de empregado.

O projeto fixa parâmetros que deverão ser tomados em conta para a aferição do dano, que classifica em quatro diferentes níveis (leve, médio, grave e gravíssimo), ficando estabelecido o *valor máximo* da indenização em, respectivamente, 3, 5, 20 e 50 salários contratuais. Isso significa que, *aconteça o que acontecer*, seja a situação qual for, seja o empregador uma microempresa ou uma multinacional, o *valor máximo* que um trabalhador poderá obter, a título de indenização por *dano moral*, ou, como prefere o projeto, *dano extrapatrimonial*, será, *sempre*, da ordem de 50 salários contratuais.

Assim – e para utilizar aqui os *critérios quantificadores* escolhidos pelo próprio projeto – se um trabalhador, que receba salário mínimo (R\$ 937,00 – valor de acordo com o momento em que este texto foi escrito), sofrer uma lesão gravíssima em sua saúde e integridade física, que gere um sofrimento imenso, impossível de ser superado, com reflexos pessoais e sociais superlativos, de caráter permanente, por força de condições de trabalho péssimas, com dolo ou culpa grave de empregador com capital social bilionário, que em nenhum momento buscou reparar ou minimizar a ofensa, que não fora perdoada pelo empregado, cuja imagem tenha ainda sido amplamente explorada por conta do infortúnio. Tudo isso levado em conta, o valor máximo da indenização a arbitrar será de R\$ 46.850,00 – que considerado o contexto descrito, não será então uma compensação,

mas sim uma *humilhação adicional* a ser suportada pelo trabalhador. E não deixa de ser sintomático que, no amplo universo de relações contratuais do direito brasileiro, somente no contrato de trabalho existirá essa limitação.

Se querer quantificar a dor ou o sofrimento moral já é uma impropriedade, pior ainda é fazê-lo tomando por base, *exclusiva e necessariamente*, o salário contratual – como se a vida, a integridade física ou a honra de um operário pudesse valer menos que a de um executivo – e mais, virtualmente desconsiderando, por conta do teto imposto, a capacidade econômica do devedor, coisa que irá seguramente estimular as empresas a investir menos em segurança e planos de prevenção, quando o custo desse investimento seja estimado maior ou superior que o pagamento das eventuais indenizações decorrentes de acidentes ou enfermidades ambientais. Alguém poderia quicá argumentar que se estaria aqui diante de uma opção ideológica ancorada na teoria da “análise econômica do direito”. Discordo: para mim, isso não tem nada a ver com possíveis elucubrações jurídico-economicistas.

Fora este o caso, então, *quando menos*, o projeto teria escolhido para base de cálculo o “limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social”, como fez em seis outras situações (artigos 444, parágrafo único, 461, parágrafo 6º, 507-A, 789, *caput*, 790, parágrafo 3º, e 793-C, parágrafo segundo). Fica claro, assim, que a escolha do salário contratual para esse efeito não foi motivada por parâmetros jurídicos, sociais ou econômicos. Foi *pura maldade* mesmo.

Enfim, precisamente como ocorrera com o inciso I do artigo 39 da Lei de Riscos do Trabalho da Argentina, os dispositivos indicados transformam a pessoa humana do empregado em uma *verdadeira mercadoria* que já está de antemão *precificada*. E, justamente porque o fazem, eles colidem frontalmente com o *artigo 5º, incisos V e X* da Constituição brasileira, que – como já restou expressamente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, quando do exame de preceitos similares constantes da Lei de Imprensa (RE 348.827-A) – por garantirem uma *ampla indenização* ao dano moral, não podem sofrer prévia *tarifação* por meio da legislação ordinária.<sup>2</sup> Não bastasse, eles afrontam igualmente o *inciso XXXII do artigo 7º* da Constituição brasileira, na medida em que estabelecem uma *óbvia distinção* entre trabalhos técnicos ou intelectuais (que são notoriamente os mais bem remunerados) e os trabalhos manuais. Isto significa, como corolário, que o projeto aprovado pela Câmara dos Deputados, no ponto em exame, como de resto em vários outros, criará uma *ilusão de previsibilidade* que será inevitável e gradualmente desconstruída pelos Tribunais do Trabalho. Realmente: por conservadores ou positivistas que estes sejam, cedo ou tarde todos reconhecerão a

---

<sup>2</sup> Coincidência ou não, a decisão do STF é de 2004, mesmo ano da decisão do caso Aquino na Argentina.

necessidade irrefragável de compensar, de modo justo e proporcional, a multidão de trabalhadores coxos, surdos, cegos, deprimidos, dementados, deformados, mutilados, aleijados, paraplégicos, tetraplégicos, além das famílias daqueles que desgraçadamente tenham falecido, que venham bater às suas portas em busca de justiça. De sorte que, se já não fossem suficientes o sofrimento e a humilhação que essas normas, caso aprovadas, gerarão, com elas não se irá ademais obter segurança jurídica alguma.

Mas isso pode ser mudado. O projeto ainda irá para o Senado. A sociedade brasileira, e especialmente, a sua classe trabalhadora, espera que aquela casa cumpra seu papel institucional, extirpando essa e outras anomalias lamentavelmente chanceladas pela Câmara dos Deputados.

Em tempo: a indenização “extrapatrimonial” deferida pela Justiça do Trabalho a Fábio José foi de R\$ 160.000,00. Caso fosse aplicado o critério do projeto, ela seria da ordem de, no máximo, R\$ 64.000,00.

# O “MARCO CIVIL DA INTERNET”: UMA ANÁLISE SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 19

## “MARCO CIVIL INTERNET”: AN ANALYSIS OF ARTICLE 19 CONSTITUTIONALITY

*Patrícia Heloisa de Carvalho\**

### RESUMO

Este estudo tem por objetivo analisar aspectos constitucionais do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, denominada Marco Civil da internet, que surgiu para regularizar as relações estabelecidas por meio da *web*, que, até então, não possuíam normatização específica. Ocorre que o artigo 19 da referida Lei, ao estabelecer a responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet, optou por elevar a alto patamar o direito fundamental à liberdade de expressão em detrimento dos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor, considerando que, com a novel legislação, os usuários que se sentirem lesados por conteúdos publicados na *web* devem procurar o Poder Judiciário para resguardarem seus direitos, não sendo possível resolver a situação na esfera administrativa, o que impossibilita a obtenção de uma resposta célere. Ademais, percebe-se uma situação de verdadeiro retrocesso na tutela dos direitos fundamentais, considerando que não se pode admitir que uma lei infraconstitucional que privilegie a liberdade de expressão e pensamento seja omissa em relação ao anonimato e não contemple a dignidade da pessoa humana, fundamento constitucional que deve balizar toda e qualquer atuação legislativa. Dessa forma, verifica-se que o artigo 19 da lei em estudo apresenta questões incompatíveis com a Constituição Federal, o que o torna materialmente inconstitucional, aguardando-se, pelos motivos elencados, a proclamação de sua inconstitucionalidade pela Corte Suprema.

**Palavras-chave:** Marco Civil da internet; Direitos fundamentais; Proporcionalidade; Inconstitucionalidade.

---

\* Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera-Uniderp e Especialista em Tecnologias, Formação de Professores e Sociedade pela Universidade Federal de Itajubá. [phcdireito@gmail.com](mailto:phcdireito@gmail.com) [patricia.carvalho@tjmg.jus.br](mailto:patricia.carvalho@tjmg.jus.br).

### ABSTRACT

---

This study aims to examine the constitutional aspects of Article 19 of Law 12.965/2014, called Marco Civil internet, which appeared to regularize the relationships established through the web, which, until then, had no specific regulation. The Article 19 of the said Act, to establish the liability of internet applications providers, chose to raise the high level the fundamental right to freedom of expression at the expense of the fundamental rights to privacy and consumer protection, whereas with a novel legislation, users who feel wronged by the content published on the web should seek the Judiciary for protecting their rights, not being able to resolve the situation at the administrative level, making it impossible to obtain a rapid response. Moreover, you can see real setback situation in the protection of fundamental rights, given that it is unacceptable that an infraconstitutional law that favors freedom of expression and thought is silent with regard to anonymity and does not address the human dignity, constitutional basis which should mark out any legislative action. Thus, it appears that Article 19 of the Law on study presents issues incompatible with the Federal Constitution, which makes it materially unconstitutional pending, for the reasons explained, the declaration of unconstitutionality by the Supreme Court.

**Keywords:** Marco Civil internet; Fundamental rights; Proportionality; Unconstitutionality.

### INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar um dos aspectos constitucionais da Lei n. 12.965/2014, denominada Marco Civil da internet, tendo como ponto fulcral o seu artigo 19, que trata da responsabilização dos provedores de aplicações da internet.

A referida Lei foi o resultado de constantes discussões entre a sociedade civil organizada e os poderes legislativo e executivo, que tinham como objetivo traçar normas que garantissem o melhor acesso de toda a população à rede mundial de computadores, de modo que fossem delimitadas questões jurídicas que até então não possuíam qualquer regulamentação.

Uma das funções do Marco Civil brasileiro foi gerar segurança jurídica, de modo a oferecer normatização específica ao Poder Judiciário para resolução de questões que envolvam internet e tecnologia da informação, de modo a se evitar decisões contraditórias sobre temas que envolvam o mesmo assunto.<sup>1</sup>

O resultado de todas essas discussões chegou ao Congresso Nacional no ano de 2011, de forma inédita. O projeto de Lei, apresentado pelo Poder Executivo, recebeu o número 2.126/2011, transformando-se em Lei Ordinária em 23 de abril

---

<sup>1</sup> JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Marco Civil da internet: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 18.



de 2014, sob o n. 12.965/2014, passando a ser denominada como verdadeira *Constituição* da internet.<sup>2</sup>

Ocorre que, após a promulgação da Lei n. 12.965/2014, muitas questões estão sendo abordadas no que se refere a possíveis incompatibilidades constitucionais que referida legislação apresenta em seu texto.

Todavia, não cabe a este estudo abordar tema de tamanho porte, considerando tratar-se de uma lei ampla, que analisa diferentes assuntos e com enfoques distintos. Assim, pretende-se, neste ensaio, refletir acerca da responsabilidade civil dos provedores de conteúdo da internet, que está regulamentada no artigo 19 do referido Marco Civil, focando-se em sua incompatibilidade constitucional, quando coloca em conflito o Direito Fundamental à Liberdade de Expressão e os Direitos Fundamentais à Privacidade, à Intimidade e da Proteção ao Consumidor, delineados nos artigos 5º, IV, X e XXXII, da Constituição da República.

Buscar-se-á verificar se a natureza jurídica da responsabilidade civil, delineada no artigo 19 da Lei em comento, está em consonância com os demais princípios constitucionais envolvidos, analisando se esses princípios estão devidamente resguardados, uma vez que não se pode admitir qualquer tipo de retrocesso no tratamento dos direitos fundamentais, objetivando-se garantir, em primeiro plano, o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

### **O ARTIGO 19 DA LEI N. 12.965/2014 E A RESPONSABILIDADE DOS PROVEDORES DE APLICAÇÕES DA INTERNET**

Anteriormente à promulgação da Lei n. 12.965/2014, a questão da responsabilidade dos provedores de internet, sejam eles de conteúdo e aplicações ou de conexão, era demasiado discutida pelos doutrinadores e juristas, uma vez que não havia qualquer normatização específica que pudesse nortear a jurisprudência pátria.

Para melhor compreensão do assunto é preciso delinear as características de cada tipo de provedor, para que, então, seja analisada a responsabilidade jurídica de cada um deles.

Segundo Vancim e Matioli,<sup>3</sup> o provedor pode ser entendido sob três ângulos distintos no que se refere à determinação de sua responsabilidade, na medida em que cada ângulo de atuação envolve um grau de participação diferente no eventual dano causado à vítima.

O primeiro “ângulo” é o mais popular entre os usuários. Trata-se do provedor que tem a função de prover o acesso dos usuários à internet, proporcionando-lhes,

<sup>2</sup> VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da internet: anotações à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015, p. 21.

<sup>3</sup> VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. Franca: Lemos & Cruz, 2014, p. 177.

por meio de equipamentos específicos, a conexão dos computadores que utilizam seus serviços à rede mundial de computadores. Já o segundo e terceiro “ângulos” englobam os provedores que possuem a função de *host* de *websites* criados por terceiros ou por si próprio. São os chamados provedores de conteúdo, que são responsáveis pelo armazenamento desses *websites* que se filiam ao referido provedor.<sup>4</sup>

O Marco Civil da internet trouxe, em artigos diferenciados, a regulamentação da responsabilidade de cada um dos tipos de provedores. Em seu artigo 18 vê-se que: “O provedor de conexão à internet não será responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros”,<sup>5</sup> afastando-se, de imediato, qualquer tipo de responsabilização dos provedores de conexão no que diz respeito a conteúdo danoso que provenha de terceiros.

Em outra via, a responsabilidade do provedor de aplicações ou conteúdo é fixada no artigo 19 da novel legislação, nos seguintes termos:

Art. 19. Com o intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se, após ordem judicial específica, não tomar as providências para, no âmbito e nos limites técnicos do seu serviço e dentro do prazo assinalado, tornar indisponível o conteúdo apontado como infringente, ressalvadas as disposições legais em contrário.

§ 1º A ordem judicial de que trata o *caput* deverá conter, sob pena de nulidade, identificação clara e específica do conteúdo apontado como infringente, que permita a localização inequívoca do material.

§ 2º A aplicação do disposto neste artigo para infrações a direitos de autor ou a direitos conexos depende de previsão legal específica, que deverá respeitar a liberdade de expressão e demais garantias previstas no art. 5º da Constituição Federal.

§ 3º As causas que versem sobre ressarcimento por danos decorrentes de conteúdos disponibilizados na internet relacionados à honra, à reputação ou a direitos de personalidade, bem como sobre a indisponibilização desses conteúdos por provedores de aplicações de internet, poderão ser apresentadas perante os juizados especiais.

§ 4º O juiz, inclusive no procedimento previsto no § 3º, poderá antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, existindo prova inequívoca do fato e considerado o interesse da coletividade na disponibilização do conteúdo na internet, desde que

<sup>4</sup> VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*, p. 177.

<sup>5</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

presentes os requisitos de verossimilhança da alegação do autor e de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.<sup>6</sup>

Com a nova regulamentação é afastada a responsabilidade irrestrita dos provedores de aplicações, considerando que eles só serão responsabilizados se não cumprirem a condição determinada pela lei, qual seja, retirar da *web* o conteúdo ilícito gerado por terceiros após ordem judicial específica.

Nesse ponto, buscou o legislador elevar o direito fundamental à liberdade de expressão, considerando que não será retirado o conteúdo veiculado pela simples denúncia ao provedor, sendo necessária ordem judicial específica, sem a qual não poderá ser indisponibilizado qualquer conteúdo em prol de usuários que se sintam lesados com determinada publicação, salvo disposições legais em contrário.

Ademais, além da obrigatoriedade de cumprir a ordem judicial, a fim de se resguardar de qualquer responsabilidade, os provedores de aplicações deverão prestar todas as informações necessárias para identificação dos usuários transgressores, sendo que os registros de acesso a aplicações de internet deverão ser guardados sob sigilo pelo prazo de seis meses, sob pena de responderem civilmente pelas perdas e danos causados, conforme o artigo 15 da lei em comento.

Assim, verifica-se que a responsabilidade dos provedores de aplicações só será do tipo objetiva<sup>7</sup> quando o ato ilícito originar-se do próprio provedor, sendo necessário à vítima provar, tão somente, a autoria e o dano para obter êxito na ação reparatória. Nesse caso, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor, uma vez que o usuário pode ser considerado consumidor e o referido provedor cumpre seu papel de fornecedor de serviços, devendo prestar indenização todas as vezes em que, nessa posição, causar danos ao usuário, ratificada tal posição pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

CIVIL E CONSUMIDOR. INTERNET. RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DO CDC. GRATUIDADE DO SERVIÇO. INDIFERENÇA. PROVEDOR DE PESQUISA. FILTRAGEM PRÉVIA DAS BUSCAS. DESNECESSIDADE. RESTRIÇÃO DOS RESULTADOS. NÃO CABIMENTO. CONTEÚDO PÚBLICO. DIREITO À INFORMAÇÃO. 1. A exploração comercial da internet sujeita as relações de consumo daí advindas à Lei n. 8.078/90. 2. O fato de o serviço prestado pelo provedor

<sup>6</sup> BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.

<sup>7</sup> A responsabilidade objetiva tem como fundamento, não o elemento subjetivo, culpabilidade, mas o elemento objetivo, dano. Para ela, basta haver dano, para que sobrevenha o dever de reparar. Explica-se esta teoria pelo alto risco de determinadas atividades e pela impossibilidade prática de se provar a culpabilidade, em certas circunstâncias. É aplicada, excepcionalmente, em virtude de disposição expressa de lei (FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009).

de serviço de internet ser gratuito não desvirtua a relação de consumo, pois o termo “mediante remuneração” contido no art. 3º, § 2º, do CDC, deve ser interpretado de forma ampla, de modo a incluir o ganho indireto do fornecedor (...).<sup>8</sup>

Todavia, quando o ato ilícito for gerado por terceiros, a responsabilidade do provedor de aplicações deixa de ser do tipo objetiva e passa a ser subjetiva,<sup>9</sup> ou seja, para sua responsabilização deverá ser comprovado que agiu com dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ao deixar de retirar da *web* o conteúdo ilícito, após ordem judicial específica.

Há que se registrar que essa é a regra geral, havendo exceções como a encontrada na letra do artigo 21 do Marco Civil, em que, caso o provedor de aplicações não indisponibilize publicações de imagens, vídeos ou outros materiais contendo cenas de nudez ou atos sexuais de caráter privado, sem autorização dos envolvidos, após ser notificado pelo usuário, poderá responder de forma direta pelo ilícito.

A forma escolhida pelo legislador para delinear a responsabilidade civil dos provedores de aplicações não tem sido aceita de forma pacífica, havendo críticas no que se refere à ênfase dada ao princípio da liberdade de expressão em detrimento dos direitos de personalidade e princípios da dignidade da pessoa humana, privacidade e proteção ao consumidor.

Sobre o assunto, Cavalcanti<sup>10</sup> ensina que:

O princípio internacional ‘pro homine’ garante ao ser humano a aplicação da norma que, no caso concreto, melhor o proteja, levando em conta a força expansiva dos direitos humanos, o respeito do conteúdo essencial destes direitos e a ponderação de bens e valores. Nessa ordem de ideias, os direitos do consumidor e os direitos da personalidade devem prevalecer sobre os interesses capitalistas dos provedores de aplicação de internet que somente são robustecidos com o artigo 19 do Marco Civil, pois não terão o menor interesse em atuar repressivamente sobre o conteúdo que hospedam e, por via de consequência, desperdiçar recursos humanos e técnicos para tal desiderato.

Para muitos juristas, o Marco Civil da internet, em seu artigo 19, inaugura discussão que, até então, já estava pacificada pela Jurisprudência Pátria, que já

---

<sup>8</sup> BRASIL. Recurso Especial n. 1.323.754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012.

<sup>9</sup> A teoria subjetiva parte do elemento subjetivo culpabilidade para fundamentar o dever de reparar. Assim, só seria responsável pela reparação do dano aquele cuja conduta se provasse culpável. Não havendo culpa ou dolo, não há falar em indenização. Na ação repressiva devem estar provados pela vítima a autoria, a culpabilidade, o dano e o nexos causal (FIÚZA, César. *Direito civil*).

<sup>10</sup> CAVALCANTI, Roberto Flávio. A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da internet. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.047, 31 jul. 2014, p. 5.

havia se posicionado majoritariamente no sentido de que os provedores de aplicações deveriam indisponibilizar o conteúdo ilícito a partir do momento em que tomassem ciência dos fatos. Contudo, após a promulgação da Lei em estudo, tal postura não deve mais ser adotada, haja vista que o Marco Civil demanda a necessária judicialização do conflito de interesses, devendo o usuário que se sentiu prejudicado por determinada publicação buscar o Judiciário e aguardar uma resposta jurisdicional, o que pode ser considerado um retrocesso no que tange à tutela dos direitos humanos, como se verá adiante.

## OS DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O estudo dos direitos humanos fundamentais abrange, no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos individuais, políticos, sociais e econômicos, que estão envoltos à Constituição Federal e às normas infraconstitucionais. Fato é que o reconhecimento desses direitos de maneira explícita pode ser verificado, primariamente, nas diversas Declarações de Direitos do Homem, proferidas ao longo do século XVIII.

Percebe-se, na doutrina constitucionalista, acirrada discussão acerca da nomenclatura que melhor expressa esses direitos inerentes aos seres humanos, tratando-os ora como direitos humanos, ora como direitos fundamentais. Há, ainda, aqueles que consideram tratar-se de entes diversos, embora sejam, de certa forma, complementares.

De acordo com Sarlet,<sup>11</sup> os direitos humanos carecem de certa fundamentalidade, esta que é própria dos direitos fundamentais. Para o autor:

Importa deixar esclarecido o sentido que atribuímos às expressões “Direitos humanos” (ou direitos humanos fundamentais) e “direitos fundamentais”, reconhecendo, ainda uma vez, que não se cuida de termos reciprocamente excludentes ou incompatíveis, mas sim de dimensões íntimas e cada vez mais interrelacionadas, o que não afasta a circunstância de se cuidar de expressões reportadas a esferas distintas de positividade, cujas consequências práticas não podem ser desconsideradas. À luz das digressões tecidas, cumpre repisar, que se torna difícil sustentar que direitos humanos e direitos fundamentais (pelo menos no que diz com a sua fundamentação jurídico-positiva constitucional ou internacional, já que evidentes as diferenças apontadas) sejam a mesma coisa, a não ser, é claro, que se parta de um acordo semântico (de que direitos humanos e fundamentais são expressões sinônimas), com as

---

<sup>11</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 35.

devidas distinções, em se tratando da dimensão internacional e nacional, quando e se for o caso. Os direitos fundamentais, convém repetir, nascem e se desenvolvem com as Constituições nas quais foram reconhecidos e assegurados (...).

Vê-se que os direitos humanos são aqueles que nascem da própria condição humana do ser, ou seja, serão eles os mesmos em todos os locais em que houver seres dotados dessa condição. Trata-se de direitos primários, os quais não se pode, com exatidão, esclarecer quando e como surgiram.

Porém, os direitos fundamentais são aqueles que, embora coincidam muitas vezes com os direitos humanos, como é o caso do direito à vida, à liberdade, dentre outros, são os que foram positivados em determinada Constituição. São direitos essenciais a determinados povos, desde que previstos formalmente, portanto.

Ainda que não haja, para muitos autores, uma dependência e identidade lógica entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, é importante frisar que há uma complementaridade entre ambas as categorias, tendo em vista que a maior parte dos direitos fundamentais trata de direitos humanos consagrados na doutrina jusnaturalista, que foram posteriormente positivados nas Constituições, tais como o direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade.

Com essa definição é possível inferir que os direitos fundamentais têm natureza de normas constitucionais, tendo assumido, desde o processo de constitucionalização, o caráter de normas positivas constitucionais, situações jurídicas objetivas e subjetivas definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.<sup>12</sup>

As principais características dos direitos fundamentais, segundo Silva,<sup>13</sup> são:

*Historicidade.* São históricos como qualquer direito. Nascem, modificam-se e desaparecem. Eles apareceram com a revolução burguesa e evoluem, ampliam-se, com o correr dos tempos. Sua historicidade rechaça toda fundamentação baseada no direito natural, na essência do homem ou na natureza das coisas; *Inalienabilidade.* São direitos intransferíveis, inegociáveis, porque não são de conteúdo econômico patrimonial. Se a ordem constitucional os confere a todos, deles não se pode desfazer, porque são indisponíveis; *Imprescritibilidade.* O exercício de boa parte dos direitos fundamentais ocorre só no fato de existirem reconhecidos na ordem jurídica. Em relação a eles não se verificam requisitos que importem em sua prescrição. Vale dizer, nunca deixam de ser

---

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 179.

<sup>13</sup> *Curso de direito constitucional positivo*, p. 181.

exigíveis. Pois prescrição é um instituto jurídico que somente atinge, coarctando, a exigibilidade dos direitos de caráter patrimonial, não a exigibilidade de direitos personalíssimos, ainda que não individualistas, como é o caso. Se são sempre exercíveis e exercidos, não há intercorrência temporal de não exercício que fundamente a perda da exigibilidade pela prescrição; *Irrenunciabilidade*. Não se renunciam direitos fundamentais. Alguns deles podem até não ser exercidos, pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados (grifos nossos).

O mesmo autor explica que na acepção jusnaturalista, os direitos fundamentais do homem eram caracterizados também como absolutos ou imutáveis. Todavia, explica o estudioso que se eles forem considerados como entes dotados de caráter histórico, não é possível atribuir-lhes a imutabilidade, considerando sua capacidade de se modificar de acordo com os acontecimentos históricos.

O que se percebe é que as normas fundamentais constantes na Constituição brasileira podem, sob certa ótica, ser consideradas como absolutas e imutáveis, quando analisadas sob seu aspecto de cláusula pétrea, de acordo com o artigo 60, § 4º, da referida Carta, situando-se no patamar máximo da hierarquia jurídica e não podendo ser restringidas pelo legislador constituinte derivado.<sup>14</sup>

Assim, embora possa ele ampliar o rol desses direitos, não lhe é permitido abolir as liberdades fundamentais que estão definidas na Constituição, por expressa vedação legal.

No entanto, é possível a descaracterização dos direitos fundamentais como direitos absolutos, quando considerados como normas que podem ser limitadas por outros direitos de igual quilate. Ora, é possível que as liberdades fundamentais de ordem constitucional<sup>15</sup> sejam restringidas por outras normas da própria legislação Magna, nas situações em que haja conflitos entre elas, o que será solucionado através da técnica da ponderação, na qual será utilizado o princípio constitucional da proporcionalidade, conforme será abordado adiante.

Esse é o paradoxo da legislação em análise, considerando que o artigo 19 da Lei do Marco Civil, ao não responsabilizar diretamente os provedores de aplicações da internet, restringe os direitos do consumidor-vítima, que não terá assegurado, de forma rápida e abrangente, os seus direitos humanos fundamentais,

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 240.

<sup>15</sup> É importante que se compreenda que os direitos fundamentais não estão todos contidos na Constituição, ou seja, não são todos formalmente constitucionais, haja vista que por força do artigo 5º, § 2º, da própria Constituição é possível que existam outras normas que tratem de direitos fundamentais e estejam fora do texto constitucional, em tratados ou convenções internacionais. Quando se fala em norma constitucional, é necessário que se refira a todas aquelas que versem sobre direitos fundamentais, estejam elas expressamente no conjunto das normas constituições ou sejam elas normas esparsas.

tais como a intimidade e privacidade, tudo isso para, em contrapartida, elevar o direito fundamental à liberdade de expressão como de maior valia, o que caracteriza situação de retrocesso no tratamento dos direitos humanos fundamentais, possibilidade que se mostra em contrassenso à tendência garantista assumida pela Carta Magna de 1988.

A noção de proibição ao retrocesso deve ser tomada em sentido amplo, levando em conta os direitos humanos fundamentais em sua percepção mais abrangente, sejam eles de primeira, segunda ou terceira geração. Sabe-se que a proibição do retrocesso está intimamente ligada às noções de segurança jurídica e dignidade da pessoa humana, como bem observa Sarlet:<sup>16</sup>

Assim, como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições – a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade.

Desse modo, observa-se que o legislador infraconstitucional deverá respeitar determinados limites por ocasião da edição das espécies normativas, considerando que devem ser levados em consideração tanto os princípios constitucionais explícitos quanto os implícitos, de forma a não retroagir no tratamento dado aos direitos fundamentais, sob pena de se ver nascer uma lei inconstitucional que, cedo ou tarde, terá sua eficácia aniquilada pelo Supremo Tribunal Federal.

No caso em comento, o que se verifica é que, ao elevar a importância do direito à liberdade de expressão, o legislador infraconstitucional peca por restringir deliberadamente a essência de outros direitos fundamentais, quais sejam, à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor, fazendo com que haja verdadeiro retrocesso às garantias aos direitos humanos que já foram conquistadas até aqui.

Ademais, embora o artigo 19 expresse que essa “proteção” aos provedores de aplicações de internet tenha sido pensada com o “intuito de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura”, percebe-se que há verdadeira disparidade na atribuição de valores a ambos os princípios constitucionais, pois a liberdade de expressão não pode ser preservada de forma indiscriminada, a ponto de se inadmitir a responsabilidade direta dos provedores, que têm a possibilidade de se manter inertes, mesmo em situações de grave ataque aos direitos de personalidade do consumidor-vítima.

---

<sup>16</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p. 15.



## COLISÃO ENTRE DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O artigo 19 do Marco Civil da internet, como já visto, trouxe em seu bojo discussão acerca da responsabilidade civil dos provedores de aplicações da internet, que, após ser regulamentada na novel legislação, apontou situação de colisão entre direitos fundamentais. De um lado, encontra-se o princípio da liberdade de expressão, em que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”,<sup>17</sup> conforme artigo 5º, IV, da Constituição da República.

O mesmo artigo constitucional, que elenca de forma exemplificativa os direitos fundamentais protegidos pelo Estado Brasileiro, dispensa igual proteção a outros direitos, tais como à privacidade e à proteção do consumidor, constando em seus incisos X e XXXII, respectivamente, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação” e “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.<sup>18</sup>

No que se refere aos conflitos existentes entre direitos fundamentais, é o princípio da proporcionalidade grande responsável pela identificação das possíveis inconstitucionalidades que permeiam o ordenamento jurídico. É pelo uso da técnica de ponderação e de uma interpretação calcada no que dispõe o referido princípio que o jurista poderá avaliar o caso concreto e aplicar a lei de forma lúcida e equânime.

Barroso<sup>19</sup> ensina que:

O princípio da proporcionalidade ou razoabilidade é um instrumento valioso de proteção dos direitos fundamentais e do interesse público, por permitir o controle da discricionariedade dos atos do Poder público e por funcionar como medida com que uma norma deve ser interpretada no caso concreto para a melhor realização do fim constitucional nela embutido ou decorrente do sistema. Em resumo sumário, o princípio da razoabilidade permite ao Judiciário invalidar atos legislativos ou administrativos quando: a) não haja adequação entre o fim perseguido e o instrumento empregado (adequação); b) a medida não seja exigível ou necessária, havendo meio alternativo menos gravoso para chegar ao mesmo resultado (necessidade/vedação de excesso); c) os custos superem os benefícios, ou seja, o que se perde com a medida é de maior relevo do que aquilo que se ganha (proporcionalidade em sentido

<sup>17</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>18</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

<sup>19</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 306.

estrito). O princípio pode operar, também, no sentido de permitir que o juiz gradue o peso da norma, em determinada incidência, de modo a não permitir que ela produza um resultado indesejado pelo sistema, fazendo assim a justiça do caso concreto.

Tradicionalmente, a doutrina divide os elementos do princípio em estudo em três. Paulo Bonavides<sup>20</sup> os trata como subprincípios, quais sejam: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Dessa maneira, para que haja uma perfeita aplicação da razoabilidade, é necessário que a solução em questão seja adequada, ou seja, é preciso que haja a adequação do meio ao fim que se deseja alcançar. Da mesma maneira, é preciso que haja necessidade, de forma que a medida utilizada não exceda os limites indispensáveis à conservação do fim almejado e, por fim, há que se demonstrar ser proporcional em sentido estrito, devendo ser eleita a solução mais equilibrada e compatível com a realidade dos fatos.

Marini<sup>21</sup> relata que a “adequação é também conhecida como aptidão ou pertinência e exige uma conexão lógica entre meio e fim”. Verifica-se que deve haver certa coerência entre o direito fundamental que vai sofrer a limitação e a finalidade que a norma deseja alcançar. As medidas adotadas devem se mostrar aptas à obtenção do objetivo pretendido, de modo que é vedado ao Poder Público adotar limitações de caráter inútil, descabido ou irreal, que não tenham pertinência com os fins almejados.

O segundo elemento, denominado por necessidade, requer que haja o menor sacrifício possível de uma norma fundamental para que se possa atingir a finalidade desejada. Para Marini,<sup>22</sup> se há diversas maneiras de se obter um determinado fim, deve-se escolher a que cause menor sacrifício aos direitos fundamentais do cidadão. A medida utilizada não deve, em nenhuma hipótese, exceder aos fins que se quer alcançar, devendo mostrar-se a menos nociva possível.

Por fim, quanto ao terceiro elemento constitutivo do princípio em estudo, tem-se a proporcionalidade em sentido estrito. Nesse caso, busca-se obter a solução mais equilibrada ao caso concreto, ou seja, aquela que conseguirá demonstrar-se mais benéfica do que maléfica. É de extrema importância a observância dos três elementos explanados, principalmente este último, considerando que a limitação de um direito fundamental de forma desproporcional pode causar malefícios irreparáveis ao cidadão e à coletividade.

---

<sup>20</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 396.

<sup>21</sup> MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.376, 8 abr. 2007, p. 1.

<sup>22</sup> O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo, p. 2.

No caso em estudo, verifica-se que a Lei do Marco Civil eleva a alto patamar o princípio da liberdade de expressão, de modo que os provedores de aplicações de internet não devem indisponibilizar qualquer conteúdo denunciado, até que seja proferida ordem judicial em sentido contrário.

Com isso, percebe-se verdadeira afronta à intimidade, à privacidade e à dignidade da pessoa humana, já que, caso ocorra o ilícito, a vítima não tem mais a possibilidade de solucionar o problema administrativamente, denunciando o conteúdo ao provedor. No caso, terá ela de buscar o Judiciário para, só após o trânsito em julgado da decisão, ou ao menos, após o deferimento de um pedido liminar, ter seus direitos fundamentais preservados, passando, assim, por inevitáveis constrangimentos e danos a sua moral.

Conforme ensina Vainzof:<sup>23</sup>

Por mais que esteja prevista a possibilidade das vítimas em procurarem os Juizados Especiais para resolução de tais casos e os magistrados anteciparem a tutela, certamente: (i) as vítimas serão penalizadas, pois, sem o Marco Civil, elas simplesmente denunciam os ilícitos com um clique na página, e agora terão que propor uma medida judicial; (ii) o tempo de remoção do conteúdo ilícito exteriorizado ao mundo por meio do provedor, até a obtenção da ordem judicial, será muito maior, o que agravará exponencialmente o dano; (iii) o Poder Judiciário, já inflado, receberá tais demandas que hoje em dia deveriam ser resolvidas mediante autorregulamentação pelos provedores de aplicações, que lucram financeiramente de acordo com o sucesso de suas funcionalidades e quantidades de usuários.

Como já visto, os direitos fundamentais não têm caráter absoluto, uma vez que em ocasiões como essa, em que há colisão entre princípios, deve-se relativizar os valores colocados em pauta, para que seja elevado o princípio que melhor se adequar ao caso concreto. Todavia, é preciso frisar que o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no artigo 1º, III, da Constituição Federal, funciona como um vetor para a tomada de decisões.<sup>24</sup>

Dessa forma, ao privilegiar o direito fundamental da liberdade de expressão, fazendo recuar diversos outros direitos humanos fundamentais e, de forma mais grave, desfigurando o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana,

---

<sup>23</sup> VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet*: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: RT, 2014, p. 200.

<sup>24</sup> FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da internet. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet*: Lei n. 12.965/2014. São Paulo: RT, 2014, p. 31.

constata-se flagrante situação de inconstitucionalidade material da norma em estudo, não sendo viável a aplicação do artigo 19 da Lei n. 12.965/2014, em virtude de sua total incompatibilidade com os preceitos constitucionais vigentes.

Assim, o que se percebe é que elevar o direito à liberdade de expressão em detrimento dos direitos fundamentais à privacidade, intimidade e proteção ao consumidor viola o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que ao se sopesar os valores em comento, vê-se que os danos causados pela retirada da informação ilícita da *web* serão menores do que a permanência da informação na internet, que, sendo realmente transgressiva, irá expor a constrangimentos desnecessários o usuário-vítima.

Ademais, verifica-se que o legislador, ao editar o artigo 19 da lei em estudo, trouxe dúvidas a uma questão que já estava jurisprudencialmente resolvida, já que os tribunais já aplicavam o princípio da proporcionalidade para dirimir a referida colisão de princípios constitucionais e, ao final, concluíam pela retirada imediata do conteúdo ofensivo exposto na internet, como se vê:

RESPONSABILIDADE CIVIL. INTERNET. REDES SOCIAIS. MENSAGEM OFENSIVA. CIÊNCIA PELO PROVEDOR. REMOÇÃO. PRAZO.

1. A velocidade com que as informações circulam no meio virtual torna indisponível que medidas tendentes a coibir a divulgação de conteúdos depreciativos e aviltantes sejam adotadas célere e enfaticamente, de sorte a potencialmente reduzir a disseminação do insulto, minimizando os nefastos efeitos inerentes a dados dessa natureza.
2. Uma vez notificado de que determinado texto ou imagem possui conteúdo ilícito, o provedor deve retirar o material do ar no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, sob pena de responder solidariamente com o autor direto do dano, em virtude da omissão praticada.
3. Nesse prazo de 24 horas, não está o provedor obrigado a analisar o teor da denúncia recebida, devendo apenas promover a suspensão preventiva das respectivas páginas, até que tenha tempo hábil para apreciar a veracidade das alegações, de modo a que, confirmando-as definitivamente o perfil ou, tendo-as por infundadas, restabeleça o seu livre acesso.<sup>25</sup>

Além disso, ao regulamentar a responsabilidade civil dos provedores de aplicações da forma exposta no artigo 19 da lei em questão, o legislador optou por judicializar conflitos que, até então, estavam sendo resolvidos na esfera administrativa entre provedor e usuário e que, a partir de agora, irão intensificar o caos instalado no Poder Judiciário que, assoberbado com um número monumental de processos em andamento, mostra-se cada vez mais moroso em sua prestação jurisdicional.

---

<sup>25</sup> BRASIL. Recurso Especial n. 1323754/RJ. Relatora: Ministra Nancy Andriighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, vê-se que a Lei n. 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da internet, surgiu com o objetivo de regulamentar o uso da internet no Brasil, fazendo com que, a partir de sua vigência, os aplicadores do direito e principalmente os julgadores possam utilizá-la como norte nas decisões que envolvam a rede mundial de computadores e seus usuários.

Trata-se de grande avanço na legislação brasileira que abre espaço para discussões sobre temas contemporâneos normatizando o “mundo virtual”, que faz parte da realidade da maioria dos cidadãos e através do qual são tecidas relações humanas de todas as espécies.

Todavia, questões como a forma com que a responsabilidade civil dos provedores de aplicações foi tratada e o embate entre os princípios constitucionais envolvidos demonstram que o artigo 19 da Lei em estudo padece do vício de inconstitucionalidade material, considerando que o direito à liberdade de expressão foi elevado ao mais alto patamar em detrimento de diversos outros direitos fundamentais, desconsiderando até mesmo o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana.

Fato é que não se pode admitir que uma lei infraconstitucional que privilegie a liberdade de expressão e pensamento seja omissa em relação ao anonimato e não contemple a dignidade da pessoa humana, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento jurídico constitucional vigente.<sup>26</sup>

Para solucionar essa celeuma, até que o Supremo Tribunal Federal manifeste-se acerca do tema, os casos concretos devem ser interpretados em conformidade com o “espírito” da Constituição Federal, de modo que os direitos fundamentais envolvidos sejam devidamente sopesados e ponderados, fazendo prevalecer no caso concreto aquele de maior valor, devendo vigor a solução que se mostre mais adequada, necessária e proporcional ao caso.

Ademais, judicializar um conflito que, até então, sempre foi resolvido na esfera administrativa entre usuário e provedor, só traz prejuízos às partes envolvidas, que passam a ser obrigadas a buscar um provimento jurisdicional que, a depender da situação atual por que passa o Judiciário, será lento e, muitas vezes, ineficaz.

Some-se a essa situação o verdadeiro retrocesso verificado na tutela dos direitos fundamentais, em especial àqueles que dizem respeito à personalidade. Não há dúvidas de que os prejuízos que uma publicação ilícita causa em exposição na *web* são muito maiores do que sua retirada de forma cautelar, visando resguardar os direitos fundamentais à intimidade, à privacidade e à proteção do consumidor.

---

<sup>26</sup> BRASIL. Habeas Corpus n. 85988/PA. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília, Acórdão de 07 jun. 2005. *DJe* 10 jun. 2005.

Tanto é que a grande maioria das decisões judiciais anteriores à vigência do Marco Civil são no sentido de se retirar imediatamente o conteúdo supostamente ilícito, devendo ser o provedor devidamente responsabilizado caso não o faça, conforme julgados analisados neste estudo.

No presente caso, não é sensato aplaudir a forma com que o legislador delimitou a responsabilidade dos provedores de aplicações de internet, uma vez que esses fornecedores de serviços informáticos poderão, a partir de agora, manter-se inertes diante de situações graves de danos aos usuários e ameaças aos direitos fundamentais inerentes à personalidade. Tudo isso em nome da relevância dada pelo legislador ao direito à liberdade de expressão, que, embora seja garantia fundamental de qualquer Estado Democrático de Direito, não pode ser visto como um direito absoluto, ainda mais em contextos em que esteja em conflito com a dignidade da pessoa humana, fundamento central do sistema jurídico, que deve balizar toda e qualquer atuação legislativa.

## REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Lei n. 12.965*, de 23 de abril de 2014. Brasília: Senado Federal, 2014.
- BRASIL. *Habeas Corpus* n. 85.988/PA. Rel. Min. Celso de Melo. Brasília, Acórdão de 07 jun. 2005. *DJe* 10 jun. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- BRASIL. Recurso Especial n. 1.316.921/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 26 jun. 2012. *DJe* 29 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- BRASIL. Recurso Especial n. 1.323.754/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi. Brasília, Terceira Turma, Acórdão de 28 ago. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 13/11/2014.
- CAVALCANTI, Roberto Flávio. A inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da internet. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 19, n. 4.047, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/30560>>. Acesso em: 11/09/2014.
- FIÚZA, César. *Direito civil: curso completo*. 13. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. Apontamentos sobre a liberdade de expressão e a violação da privacidade no Marco Civil da internet. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet: Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014.
- JESUS, Damásio de; MILAGRE, José Antônio. *Marco Civil da internet: comentários à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Saraiva, 2014.

MARINI, Bruno. O princípio da proporcionalidade como instrumento de proteção do cidadão e da sociedade frente ao autoritarismo. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1.376, 8 abr. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9708>>. Acesso em: 05/04/2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Curso de direito constitucional*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão*. Disponível em: <[http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013\\_01\\_00769\\_00820.pdf](http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_01_00769_00820.pdf)>. Acesso em: 01/10/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

VAINZOF, Rony. Da responsabilidade por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros. In: MASSO, Fabiano Del; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. *Marco Civil da internet: Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: RT, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; MATIOLI, Jeferson Luiz. *Direito & internet: contrato eletrônico e responsabilidade civil na web*. Franca: Lemos & Cruz, 2014.

VANCIM, Adriano Roberto; NEVES, Fernando Frachone. *Marco Civil da internet: anotações à Lei n. 12.965/2014*. São Paulo: Mundo Jurídico, 2015.

Data de recebimento: 11/08/2016

Data de aprovação: 18/10/2016

# OS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

## THE LIMITS OF THE DERIVED CONSTITUENT POWER IN RELATION TO THE ENVIRONMENTAL LICENSING

*Leonardo Cunha Silva\**

*Luísa Cortat Simonetti Gonçalves\*\**

### RESUMO

O presente artigo tem como objetivo rediscutir, sob a perspectiva da Teoria do Poder Constituinte, aspectos em relação ao fundamento das cartas constitucionais e suas alterações futuras. Na perspectiva proposta, esse instrumental teórico é usado para questionar quais os limites materiais do poder constituinte reformador às regras ambientais da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial seu art. 225, § 1º, IV, diante de iniciativas legislativas propostas pelo Congresso Nacional para alterar a matéria. Nesse contexto, chegou-se à conclusão que os limites materiais ao poder constituinte reformador em matéria de licenciamento ambiental seguem o mesmo objetivo da busca pelo equilíbrio intergeracional já proposto pela noção de limites gerais presentes no poder constituinte reformador criado pela teoria clássica do poder constituinte. Nada obstante, na seara ambiental, esses parâmetros intergeracionais são inseridos em contexto próprio de reconhecimento da interdependência entre o meio ambiente e o homem e a impossibilidade de efetividade da noção retributiva de responsabilidade.

**Palavras-chave:** Poder constituinte; Limites; Licenciamento ambiental.

### ABSTRACT

This paper aims to debate, in accordance with the Constituent Power Theory, issues in relation to constitutional text's foundation and its future

---

\* Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória – FDV. Bolsista do Programa de Iniciação Científica da Faculdade de Direito de Vitória – FDV. leonardocunhasilva@hotmail.com.

\* Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela Faculdade de Direito de Vitória (FDV). Especialista em Economia e Meio Ambiente pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Direito pela FDV com período de estudos na Universidade de Coimbra. Licenciada em Física pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Professora da FDV. Advogada e consultora jurídica em desenvolvimento sustentável. Coordenadora de Extensão e de Relações Institucionais e Internacionais da FDV. luisacs@gmail.com.



amendments. Viewed in the proposed perspective, this Theory is applied to question what is the derived constitutional power's material limits in the environmental rules of Brazilian constitution, especially under the article 225, § 1º, IV, regarding bills under consultation at the Congress. In such context, it is concluded that constituent power's material limits in relation to environmental licensing follows a intergenerational perspective. Besides that, in the environmental context, this intergenerational perspective is grounded on acknowledgment of the interdependence between the human being and the environment and on the impossibility of a retributive concept of responsibility.

**Keywords:** Constitucional power; Limits; Environmental licensing.

## INTRODUÇÃO

No começo do ano de 2016, uma notícia em relação ao Congresso Nacional causou espanto e preocupação dentre os grupos de proteção ambiental. Trata-se da aprovação, pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado, da Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012, que altera a redação do art. 225 da Constituição Federal no que tange ao licenciamento ambiental.

Em suma, a proposta acrescenta um § 7º ao art. 225 da Constituição Federal nos seguintes dizeres: “A apresentação do estudo prévio de impacto ambiental importa autorização para a execução da obra, que não poderá ser suspensa ou cancelada pelas mesmas razões a não ser em face de fato superveniente”.<sup>1</sup>

A proposta se insere em um contexto de busca por flexibilização ou simplificação das normas de licenciamento ambiental e no grau de interferência que o processo de obtenção de licenças ambientais tem nos empreendimentos públicos e particulares. Esse debate envolve diversos atores<sup>2</sup> e foi objeto de várias pesquisas.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012*. Autoria do senador Acir Gurcacz. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 23/01/2017.

<sup>2</sup> NOTÍCIAS AGRÍCOLAS. Governo, ambientalistas e empresas buscam acordo sobre licenciamento ambiental. *Notícias Agrícolas*, 13 set. 2016. Disponível em: <[http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V\\_PjDvkrK00](http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V_PjDvkrK00)>. Acesso em: 20/09/2016. SENADO. Burocracia ambiental trava crescimento econômico, diz Dornelles. *Jornal do Senado*, Brasília, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2007/04/12/burocracia-ambiental-trava-o-crescimento-economico-diz-dornelles>>. Acesso em: 06/09/2016.

<sup>3</sup> Por exemplo: CNI. Confederação Nacional das Industrias. *Licenciamento ambiental: propostas de aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014. HOFMANN, Rose Mirian. *Gargalos do licenciamento federal no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

Tendo isso em vista, não é apenas a Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012 que leva esse assunto à discussão pelo Congresso brasileiro, mas também, por exemplo, o Projeto de Lei n. 3.729/2004, que busca criar a Lei Geral do Licenciamento Ambiental, e o Projeto de Lei do Senado n. 654/2015, que propõe uma modalidade de licenciamento ambiental especial para empreendimentos de infraestrutura considerados estratégicos e de interesse nacional.

Não obstante, a Proposta de Emenda à Constituição n. 65/2012, de autoria do Senador Acir Gurcacz, levanta, em sua justificativa, aspecto de grande relevância jurídico-política. Segundo o Senador:

Nesses procedimentos [de discussão de questões ambientais], perde-se muito tempo e desperdiçam-se recursos públicos vultosos, em flagrante desrespeito à vontade da população, à soberania popular, que consagra, em urnas, um programa de governo, e com ele, suas obras e ações essenciais.<sup>4</sup>

A PEC n. 65/2012, nesse sentido, desenha, em sua justificativa, uma colisão entre a vontade popular e os “entraves” gerados pelo procedimento de licenciamento ambiental e as medidas judiciais tomadas nesse contexto.

O caso ganha contornos ainda mais peculiares quando se observa que o texto proposto, além de gerar uma ampla flexibilização do procedimento de licenciamento ambiental, é apresentado ao Congresso Nacional na forma de Emenda à Constituição, o que invoca, nesse sentido, o poder constituinte reformador desse órgão.

Essas iniciativas do Poder Legislativo ilustram um cenário propício para rediscussão de temas de direito constitucional, que, sob a perspectiva do direito ambiental, ganha novos contornos. Assim sendo, esse cenário em que as disputas dos diversos interesses sociais no que tange a matéria têm como palco o Congresso Nacional, que é convocado, inclusive, para alterar a Constituição Federal, torna-se relevante questionar quais os limites materiais do poder constituinte reformador às regras ambientais da Constituição da República Federativa do Brasil, em especial seu art. 225, § 1º, IV.

## **O ESCOPO INTERGERACIONAL DOS LIMITES MATERIAIS DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR**

As categorias jurídicas denominadas constituição, poder constituinte originário e poder constituinte derivado, por mais que pareçam comuns no atual

---

<sup>4</sup> BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição Federal n. 65/2012*. Autoria do senador Acir Gurcacz. Acrescenta o § 7º ao art. 225 da Constituição, para assegurar a continuidade de obra pública após a concessão da licença ambiental. p. 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 06/09/2016.

estágio do constitucionalismo brasileiro, não são elementos ontológicos<sup>5</sup> do direito, mas frutos de um longo processo de consolidação de determinadas teorias e tradições nas sociedades modernas.

Até mesmo aqueles autores que defendem uma presença perene do elemento “constituição” na formação dos mais diversos tipos de agrupamentos sociais humanos, como Maurício Fioravanti, reconhecem as profundas distinções que esse fenômeno apresentou no decorrer dos tempos.

Na Idade Média, por exemplo, momento anterior às formulações teóricas acerca do Poder Constituinte, Fioravanti aponta que a noção de constituição se apresentava como uma concepção em que as condições econômicas, sociais e políticas estavam além da capacidade de regulamentação positiva. Nesse sentido, deixa de ser, como outrora na Antiguidade, a projeção de um modelo ideal de sociedade, mas “uma ordem jurídica dada, a preservar, a defender frente a todos aqueles que pretendem introduzir alterações arbitrárias nos equilíbrios existentes”.<sup>6</sup>

Ao explicar o modelo medieval e feudal, Raymundo Faoro<sup>7</sup> aponta como esse modelo de sociedade não consegue alcançar a figura do Estado Moderno, uma vez que se limita a conciliar uma homogeneidade nacional no que diz respeito aos privilégios contratualmente reconhecidos, ou seja, desconhece a noção de unidade de comando para privilegiar funções privativas de senhores territoriais pertencentes a uma camada autônoma.

É a partir dos movimentos revolucionários do século XVIII que a constituição passa a ter seu sentido moderno, enquanto rompimentos das relações ou forças sociais previamente existentes.<sup>8</sup> Nesse sentido, as experiências constituintes americana e francesa representaram, respectivamente, o desejo dos colonos americanos de romper com a metrópole inglesa no fim do século XVIII e finalidade dos revolucionários franceses em destruir as instituições do Antigo Regime.<sup>9</sup>

---

<sup>5</sup> O termo é aqui utilizado no sentido exposto por João Maurício Adeodato ao falar da perspectiva holística da teoria do conhecimento, termo utilizado pelo autor ao dizer daquela abordagem em que “a teoria do conhecimento e da ciência devem fazer corresponder proposições verdadeiras a tais objetos preexistentes, buscando sempre um princípio ontológico unificador. (...) Dessa tendência faz parte a tradição platônica e aristotélica com suas diversas formas de ontologia essencialista”. ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 303.

<sup>6</sup> Tradução livre. No original: “un orden jurídico dado, a preservar, a defender frente a todos aquellos que pretendan introducir alteraciones arbitrarias en los equilibrios existentes”. FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta Editora, 2001. p. 37.

<sup>7</sup> FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001. p. 33.

<sup>8</sup> FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*, p. 100.

<sup>9</sup> FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*, p. 103.

Nesse contexto, o fenômeno revolucionário passa a ser teorizado, bem como legitimado, e as construções teóricas associadas ao poder constituinte são elaboradas. Em resumo, esses processos históricos culminaram na fixação do “poder supremo da nação e da razão” (*suprema potestas nationis et rationis*).<sup>10</sup>

A valorização da nação representa a consolidação do Estado Moderno, que, como explica Max Weber, destrói toda a formação corporativa do sistema feudal, enquanto o elemento racional altera a forma de dominação social. A dominação burocrático-racional distingue a ordem jurídica objetiva da subjetiva e faz com que aquele que exerce a dominação não o exerça por direito próprio, gerando uma despersonalização da dominação, comuns no sistema feudal e patrimonial.<sup>11</sup>

A alteração do eixo da legitimidade do exercício do poder – que deixa de ser dos contratos entre donos de terras, ou da vontade de um princípio de direito divino – para uma base racional e nacional é fundamento para a formação da noção de povo. Como aponta Bonavides:

A teoria do poder constituinte só se faz inteligível à luz de considerações sobre o problema da legitimidade, cujo debate ela necessariamente provoca, porquanto emergiu de uma distinta concepção de autoridade governativa; uma concepção em que a titularidade do poder era deferida exclusivamente e por inteiro à Nação, única legítima para postular obediência ou estabelecer o comando da sociedade.<sup>12</sup>

O quadro que se delineia a partir disso é uma tensão interna entre dois sentidos do poder constituinte. Politicamente, o poder constituinte tem como função fazer com que os governados se subordinem a essa soberania racional, mas, juridicamente, o poder constituinte, ao ser exercido, se torna poder constituído (constituição), com a missão de conformar o comportamento do corpo social.<sup>13</sup>

Assim, tensões geradas pela dicotomias entre poder constituinte e poder constituído, povo e constituição, soberania e legalidade precisaram ser mitigadas. A alternativa encontrada foi a concepção que a democracia possui momentos de agitação política, que, a depender de sua radicalização, rompem com o ordenamento jurídico constituído. No entanto, após esses eventos, a vida política tende a se conformar aos limites constitucionalmente impostos.

Outra solução historicamente encontrada pelo constitucionalismo foi a inserção, no próprio texto positivo das Constituições, a delimitação das possibilidades

<sup>10</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 143.

<sup>11</sup> WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Editora UnB, 2004. p. 60-61; 230. 2. v.

<sup>12</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 145.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*, p. 148-153.

de revisão do poder constituinte originário. Surgiram, nesse sentido, as chamadas constituições flexíveis, rígidas e semirrígidas.<sup>14</sup>

As constituições flexíveis são aquelas que fundam um ordenamento jurídico plenamente horizontal, em que os órgãos políticos por ela instituídos tem plena autoridade para alterá-la. Assim, há uma constante presença do poder constituinte originário na vida parlamentar cotidiana. São exemplos o modelo da Nova Zelândia e da Inglaterra, cujo parlamento pode propor qualquer mudança no ordenamento jurídico e essa mudança será aprovada pelo mesmo procedimento que qualquer outra norma.<sup>15</sup>

Entretanto, as constituições rígidas são aquelas que criam um ordenamento jurídico verticalizado, estabelecendo limites ou regras especiais para a manifestação do poder constituinte, que, nesse caso, é meramente reformador. Na maioria das vezes, esses limites se apresentam na forma de um procedimento mais difícil de aprovação de proposta que aquele estabelecido para a aprovação de leis infraconstitucionais.<sup>16</sup>

Esse é o caso brasileiro, em que a própria Constituição, em seu art. 60, disciplina que ela poderá sofrer alterações por meio de emendas propostas pelas Câmaras do Congresso Nacional, pelo Presidente da República ou pelas Assembleias Legislativas das unidades da Federação.

Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal já analisou alguns casos acerca dos limites materiais do poder constituinte reformador na Constituição de 1988. O entendimento do Supremo Tribunal rejeita que esses limites materiais criem algum grau de hierarquia entre as próprias normas constitucionais, mas permite que o poder constituinte reformador seja limitado. É o que se depreende da ADI 815:

As cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao poder constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo poder constituinte originário, e não como abarcando normas cuja observância se impôs ao próprio poder constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 118-119.

<sup>15</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atento ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000. p. 67-68.

<sup>16</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atento ao poder reformador*, p. 67-68.

<sup>17</sup> BRASIL. Ação Direta de inconstitucionalidade n. 815. Relator Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1996.

O fundamento normativo da limitação do Poder Constituinte está no art. 60, § 4º da Constituição Federal e as limitações materiais têm como maior referência o inc. IV desse dispositivo constitucional, que veda as emendas que buscam abolir direitos e garantias fundamentais. O Supremo Tribunal Federal tem entendido, nesse sentido, que se trata de um núcleo temático intangível à reforma, tal como se depreende da ADI 466:

O Congresso Nacional, no exercício de sua atividade constituinte derivada e no desempenho de sua função reformadora, está juridicamente subordinado à decisão do poder constituinte originário que, a par de restrições de ordem circunstancial, inibitórias do poder reformador (CF, art. 60, § 1º), identificou, em nosso sistema constitucional, um núcleo temático intangível e imune à ação revisora da instituição parlamentar. As limitações materiais explícitas, definidas no § 4º do art. 60 da Constituição da República, incidem diretamente sobre o poder de reforma conferido ao Poder Legislativo da União, inibindo-lhe o exercício nos pontos ali discriminados. A irreformabilidade desse núcleo temático, acaso desrespeitada, pode legitimar o controle normativo abstrato, e mesmo a fiscalização jurisdicional concreta, de constitucionalidade.<sup>18</sup>

Dentro desse contexto, observa-se, ainda, que o Supremo resguarda essa imutabilidade por meio dos instrumentos de controle de constitucionalidade, permitindo o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade contra emendas à Constituição.

Um aspecto de grande debate em relação à proteção desse núcleo imutável da Constituição é seu alcance. Como o inc. IV do § 4º do art. 60 do texto constitucional disciplina que não serão objetos de emendas “os direitos e garantias individuais”, já se discutiu se a proteção dada por essa norma seria aplicada apenas aqueles direitos presentes no art. 5º do texto constitucional, o que foi rechaçado na ADI 939-7/DF pelo voto do Min. Carlos Veloso, ao dizer que:

Ora, a Constituição, no seu art. 60, § 4º, inciso IV, estabelece que “não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV – os direitos e garantias individuais”. Direitos e garantias individuais não são aqueles que estão inscritos nos incisos do art. 5º. Não. Esses direitos e essas garantias se espalham por toda a Constituição.

Assim, não sendo o limite material disposto no art. 6º, § 4º, inc. IV da Constituição Federal passível de ser topograficamente identificado, foram necessárias construções teóricas mais rebuscadas para sistematizar essas restrições

---

<sup>18</sup> BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466. Relator Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1991.

ao poder constituinte derivado. Uma dessas teorias é a que se vincula Oscar Vilhena Vieira,<sup>19</sup> ao defender que a constituição possui uma “reserva de justiça”.

Pensar a Constituição como “reserva de justiça” é, na visão de Vieira, entendê-la como “ponto de encontro entre moralidade política e direito positivo”, de forma que o sentido de direitos e garantias individuais deve ser compreendido como aqueles “elementos essenciais à proteção da dignidade humana e que habilitem a democracia, como procedimento de decisões entre seres racionais, iguais e livres”. Isso significa que as cláusulas pétreas são aqueles elementos estruturantes que garantem um perene processo de transformação e adequação social sem a violação à autodeterminação da comunidade política. Em outras palavras:

Através das limitações constitucionais as gerações futuras terão resguardados os seus direitos de se autogovernarem, frente às ameaças das gerações presentes de impor ideias absolutas que vinculem o futuro. O absolutismo das cláusulas superconstitucionais somente se justifica se for um absolutismo em torno das condições essenciais à autonomia presente e futura. Nesse sentido, devem ser habilitadoras das gerações futuras, favorecendo a perpétua possibilidade de escolha da melhor forma de organização constitucional.<sup>20</sup>

Já do ponto de vista pragmático dentro da dinâmica política, Mendes e Branco lembram que, além de manter o projeto básico instituído pelo constituinte, as cláusulas pétreas evitam que condições políticas pontuais, como maiorias eventuais, atrapalhem uma experiência constituinte duradoura.<sup>21</sup>

Assim sendo, observado que os limites materiais da reforma constitucional não se limitam aos direitos e garantias constitucionais, bem como demonstrado seu escopo maior de garantir a liberdade perpétua das diversas gerações para se autogerarem, é possível analisar como esses elementos se integram na formação dos limites do poder reformador no que tange às normas ambientais.

## O LICENCIAMENTO AMBIENTAL COMO INSTRUMENTO DE PREVENÇÃO DE CONFLITOS INTER E INTRAGERACIONAIS

Sob uma perspectiva tradicional do fenômeno jurídico, em que esse teria como principal função a pacificação dos conflitos interpessoais por meio do processo, o Estado teria poucos instrumentos prévios à instauração das lides para evitar a geração de conflitos. A partir de um estado de inércia,

---

<sup>19</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

<sup>20</sup> VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça*, p. 226.

<sup>21</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 123.

o Estado aceita a provocação do interessado e sua cooperação, instaurando um processo e conduzindo-o até ao final, na medida apenas em que o interesse deste em obter a prestação jurisdicional coincidir com aquele interesse público de atuar a vontade do direito material e, com isso, pacificar e fazer justiça.<sup>22</sup>

Assim, de forma substitutiva<sup>23</sup> à vontade das partes e pautado sobre o ideal de justiça corretiva, em que o juiz busca igualar partes que, por um comportamento ilícito, foram desigualladas, o Estado penaliza o acusado retirando dele o ganho indevido.<sup>24</sup>

Não é em sentido diferente que, na *Teoria pura do direito*, Hans Kelsen sustenta que a responsabilidade jurídica está vinculada ao princípio retributivo, que “liga uma conduta conforme à norma com a recompensa e uma conduta contrária à norma com a penitência ou com a pena e, assim, pressupõe uma norma que prescreva ou proíba essa conduta”.<sup>25</sup>

Essa responsabilidade-imputação, fundada no princípio retributivo, “é estabelecida no termo de um processo que identifica o autor de uma ação passada em que é então intimado a prestar contas dela e a pagar o preço correspondente”.<sup>26</sup>

No entanto, essa noção de responsabilidade não gera respostas a um dos principais desafios contemporâneos, que é a questão ambiental.

O centro da questão ambiental está no reconhecimento da interdependência entre o ser humano e o meio ambiente, que põe em evidência a questão acerca de quais comportamentos alcançam uma relação sustentável entre a utilização dos recursos naturais e a continuação da sua existência para atender às futuras necessidades dessa e das próximas gerações. Trata-se, portanto, de um problema translocal e transgeracional,<sup>27</sup> o que é incompatível com a noção de responsabilidade-imputação.

Em relação ao aspecto translocal, a noção de responsabilidade-imputação não é satisfatória porque muitos fenômenos contemporâneos não partem de condutas individualizáveis, mas de ações cumulativas não deliberadas.

Para exemplificar o primeiro motivo da insuficiência do modelo tradicional de responsabilidade, pode-se imaginar o caso de dois indivíduos: James Turner e Hu Wang. Supondo-se que eles, desconhecendo a intenção um do outro, decidem matar uma inimiga em comum, em um mesmo momento e desta mesma forma:

---

<sup>22</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 152.

<sup>23</sup> CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*, p. 150.

<sup>24</sup> ARISTOTELES, *Ética à nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991. p. 4-b.

<sup>25</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 103.

<sup>26</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Lisboa: Piaget, 1995. p. 308.

<sup>27</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 374-376.



envenenamento. Cada um deles, ignorante em relação a quais substâncias são nocivas à saúde humana, adicionaram na comida de seu desafeto, Gaia Pachamama, medicamentos que, isoladamente, são inofensivos, mas, em conjunto, geraram a morte desejada.

Segundo o Código Penal brasileiro, nem James Turner nem Hu Wang podem ser responsabilizados pelo crime de homicídio. Isso ocorre porque nenhuma das condutas realizadas gerou um risco objetivo à vida da vítima.<sup>28</sup> O raciocínio é semelhante a alguém que tenta matar outro com uma bala de festim. Não há, nesses casos, nenhuma possibilidade de dano e, portanto, não há por que punir os indivíduos.

Ao se transportar essa mesma racionalidade para a questão do efeito estufa e o aquecimento global, alcança-se a ideia de milhões de americanos, chineses e brasileiros consumindo recursos naturais. Nada obstante, a nenhuma empresa, usina de energia ou pessoa pode ser imputada a responsabilidade pelos fenômenos de mudança climática, se seus comportamentos forem analisados isoladamente.

Portanto, observa-se que grande parte dos fenômenos ambientais representam um resultado geral, como a morte no exemplo anterior. No entanto, analisadas individualmente, as condutas são incapazes de gerá-los. Esse é o primeiro problema contemporâneo que a relação de responsabilidade imputação não consegue resolver. Já em relação ao segundo motivo, o caráter transgeracional da questão ambiental, observa-se que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado não é de titularidade apenas da geração presente, mas também das “futuras gerações”, tal como disposto no art. 225 da Constituição Federal.

Assim, o direito precisa “conciliar as subtrações justificadas pelo usufruto a curto prazo, com as medidas impostas pela permanência a longo prazo”.<sup>29</sup> No entanto, a noção de imputação não está preparada para lidar com situações futuras de longo prazo. A imputação precisa da certeza da descrição de determinada conduta para gerar o vínculo entre a hipótese do ilícito e a sanção jurídica. De resto, o campo da incerteza do horizonte de possibilidades do futuro é entendido como esfera individual da liberdade e, portanto, lícita.<sup>30</sup> Isso ignora a

atitude de prudência, que impõe, simultaneamente, a obrigação de procurar saber, a abstenção na dúvida persistente, a orientação segundo a hipótese de superveniência da conjuntura mais desfavorável, e, finalmente, a manutenção de opções o mais amplamente abertas ao futuro.<sup>31</sup>

<sup>28</sup> BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 542. 1. v.

<sup>29</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 310 e 374.

<sup>30</sup> Trata-se da norma geral negativa, também pensada por Hans Kelsen, no sentido de que o indivíduo “é ponto terminal de uma imputação apenas possível com base nessa ordem normativa” *Vide* KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*, p. 104.

<sup>31</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375.

Daí observa-se a necessidade do alargamento da noção de responsabilidade para as questões ambientais, que deve ser entendida como “responsabilidade por risco”<sup>32</sup>, ou, nas palavras de Ost, uma responsabilidade voltada para o futuro, de forma que, “em lugar de procurar os culpados das ações passadas, ela serviria para definir o círculo das pessoas solidariamente investidas de novas missões”.

Portanto, um direito voltado para os desafios ambientais da sociedade contemporânea precisa se conceituar enquanto “arte de decidir sobre um fundo de irresolubilidade”, de forma a definir “a rede das obrigações, o labirinto das alianças, a linha das filiações”. Da mesma forma, o ato de interpretar precisa deixar de ser entendido como fixação cognoscitiva de significado do enunciado jurídico e deve passar a ser uma “reinterpretação permanente sob a forma do debate argumentado (...) que autoriza a busca permanente de sua formulação mais justa”.<sup>33</sup>

Por fim, a responsabilidade entendida enquanto prudência implica (i) “a obrigação de saber, para tentar avaliar as consequências mais longínquas possíveis das nossas opções”; (ii) “a escolha da via menos onerosa para os beneficiários da nossa responsabilidade, e, em caso de dúvida, a abstenção de agir”; (iii) “comanda, em todas as circunstâncias, a medida e a pena”.<sup>34</sup>

Para atender a essas novas necessidades, o escopo do Direito precisa repensar sua função primária, de forma que instrumentos de gestão tornam-se mais adequados que medidas retributivas efetivadas pela jurisdição.

É nesse contexto de necessidade de novos instrumentos jurídicos que o licenciamento ambiental surge como “principal instrumento de realização preventiva do controle ambiental”, identificando-se como o

procedimento administrativo pelo qual o órgão competente verifica a localização, instalação, ampliação e operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais considerados efetivos ou potencialmente poluidores ou que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental.<sup>35</sup>

Além da vantagem de fugir do caráter corretivo dos outros instrumentos jurídicos de realização do direito objetivo, o licenciamento ambiental permite o diálogo setorial de diversos atores, técnicos e políticos, na avaliação do impacto inter e intrageracionais que empreendimentos potencialmente poluidores podem gerar.

---

<sup>32</sup> SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 722.

<sup>33</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 22.

<sup>34</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei*, p. 375, 310.

<sup>35</sup> FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

Tendo tudo isso em vista, pode-se observar que a liberdade do poder constituinte reformador, em relação às normas de proteção ambiental e de licenciamento ambiental é plena em relação ao aperfeiçoamento desses procedimentos. Não obstante, esse poder encontra na figura do desenvolvimento sustentável, e gerenciável por meio de uma responsabilidade-projeto, seu limite material na esfera ambiental.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

### A teoria dos limites do poder constituinte reformador na era do desenvolvimento sustentável

A teoria do poder constituinte é a sistematização acadêmica do processo histórico de constitucionalização iniciados no séc. XVIII. Mais do que uma tese prescritiva acerca da forma das rupturas e revoluções sociais, é uma teoria que busca exemplificar fenômenos observados em diversas partes do mundo, nos quais os principais exemplos são o americano e o francês.

Interpretada pelos autores positivistas, o Poder Constituinte Originário foi explicado sob a perspectiva unilateral da dimensão estatista e normativa do fenômeno, de forma que era entendido enquanto fenômeno meramente social, uma força político-social tão grande que não vê limites na ordem jurídica ora vigente.<sup>36</sup>

Uma vez que a nova ordem jurídica é estabelecida, aqueles processos constituintes que geram constituições rígidas culminam no afastamento do poder constituinte originário e no surgimento do poder reformador, que “para modificar um texto jurídico, de conotações políticas, dentro de parâmetros legais traçados no ordenamento, sua natureza, inexoravelmente, tem de ser jurídica”.<sup>37</sup> Sendo jurídico e tendo como fundamento de validade o poder constituinte originário, o poder constituinte reformador é a este subordinado, precisando, nesse sentido, respeitar a estrutura jurídica do ordenamento já posto.

Nos Estados Democráticos de Direito, para além dos limites formais das constituições rígidas, também pode haver limites materiais, que, no caso brasileiro, se encontra no art. 60, § 4º, inc. IV da Constituição. Apesar desse dispositivo mencionar que não poderá ser objeto de emenda a abolição dos direitos e garantias individuais, observa-se que esse núcleo imutável não tem correspondência topográfica com outra parte da constituição, como com os incisos do art. 5º, por exemplo.

Esse núcleo rígido da constituição é observado com base nos pressupostos da democracia e da dignidade humana, o que permite que tentativas de reforma à constituição que violem direitos fora do rol do art. 5º também possam ser contidas pelo Supremo Tribunal Federal. O exemplo da inconstitucionalidade da emenda à constituição que violava o princípio da anterioridade com a instituição de um novo tributo é exemplo disso na jurisprudência da Corte.

<sup>36</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição*, p. 93.

<sup>37</sup> AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição*, p. 129.

Uma vez que o poder constituinte reformador está subordinado ao binômio dignidade humana e democracia, ele pode aperfeiçoar e atualizar os instrumentos constitucionais, mas não gerar mudanças que limitem a autodeterminação das futuras gerações, sob o risco de gerar um absolutismo de uma geração sobre outra, ou engessar o ordenamento jurídico aos novos desafios.

Nesse contexto, a proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrado e os instrumentos de gestão ambiental criados pelo poder constituinte originário também subordinam o poder constituinte reformador.

Mais que isso, a construção de um desenvolvimento intergeracional sustentável exige que nas propostas de alterações às normas constitucionais sobre o licenciamento ambiental, as mudanças propostas não frustrem ou desnaturem a natureza preventiva desse instrumento e a perspectiva de responsabilidade projeto que ele carrega em si.

Assim sendo, os limites materiais ao poder constituinte reformador em matéria de licenciamento ambiental segue o mesmo objetivo da busca pelo equilíbrio intergeracional já proposto pela noção aos limites gerais presentes no poder constituinte reformador criado pela teoria clássica do poder constituinte. Não obstante, na seara ambiental, esses parâmetros intergeracionais são inseridos em contexto próprio de reconhecimento da interdependência entre o homem e a impossibilidade de efetividade da noção retributiva de responsabilidade.

Portanto, o licenciamento ambiental, tendo em vista as mudanças propostas com os projetos de lei e a proposta de emenda à Constituição que tramitam pelo Congresso, por respeito aos ditames materiais do poder constituinte originário, não pode ser alterado no que tange a ser instrumento de mitigação de danos e internalização de custos pelos danos ambientais, mas pode ser alterado para permitir um procedimento mais eficiente e, nesse sentido, menos oneroso ao solicitando, como no que tange à relação do tempo para aquisição das licenças ambientais, ou aos custos.

## REFERÊNCIAS

ADEODATO, João Maurício. *Filosofia do direito: uma crítica à verdade na ética e na ciência*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

AGRA, Walber de Moura. *Fraudes à constituição: um atentado ao poder reformador*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2000.

ARISTOTELES. *Ética à nicômaco*. 4. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1991.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. 1. v.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 29. ed. São Paulo: Malheiros: 2014.

BRASIL. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 466. Relator Celso de Mello. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1991.

BRASIL. Ação Direta de inconstitucionalidade n. 815. Relator Min. Moreira Alves. *Diário da Justiça*, Poder Judiciário, Brasília, DF, 10 maio 1996.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de Emenda à Constituição Federal n. 62/2012*. A autoria do senador Acir Gurcacz. p. 2. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 06/09/2016.

BRASIL. Senado Federal. *Proposta de emenda à constituição n. 65 de 2012*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/mateweb/arquivos/mate-pdf/120446.pdf>>. Acesso em: 18/09/2016.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 152.

CNI. Confederação Nacional das Industrias. *Licenciamento ambiental: propostas de aperfeiçoamento*. Brasília: CNI, 2014.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. São Paulo: Globo, 2001.

FINK, Daniel Roberto; ALONSO JR., Hamilton; DAWALIBI, Marcelo. *Aspectos jurídicos do licenciamento ambiental*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FIORAVANTI, Maurício. *De la antigüedad a nuestros días*. Madrid: Trotta Editora, 2001.

HOFMANN, Rose Mirian. *Gargalos do licenciamento federal no Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, 2015.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NOTÍCIAS AGRÍCOLAS. Governo, ambientalistas e empresas buscam acordo sobre licenciamento ambiental. *Notícias Agrícolas*, 13 set. 2016. Disponível em: <[http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V\\_PjDvkrK 00](http://www.noticiasagricolas.com.br/noticias/politica-economia/179241-governo-ambientalistas-e-empresas-buscam-acordo-sobre-licenciamento-ambiental.html#.V_PjDvkrK 00)>. Acesso em: 20/09/2016.

OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do Direito*. Lisboa: Piaget, 1995. p. 308.

SENADO. Burocracia ambiental trava crescimento econômico, diz Dornelles. *Jornal do Senado*, Brasília, 12 abr. 2007. Disponível em: <<http://www12.senado.leg.br/jornal/edicoes/2007/04/12/burocracia-ambiental-trava-o-crescimento-economico-diz-dornelles>>. Acesso em: 06/09/2016.

SOARES, Guido Fernando da Silva. *Direito internacional do meio ambiente: emergência, obrigações e responsabilidades*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *A constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros, 1999.

WEBER, Max. *Economia e sociedade*. São Paulo: Editora UnB, 2004. 2. v.

Data de recebimento: 01/11/2016

Data de aprovação: 18/01/2017

# PROLEGÔMENOS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE DIREITO E LINGUAGEM

## PROLEGOMENA ON THE RELATIONSHIP BETWEEN LAW AND LANGUAGE

*Felipe Rodolfo de Carvalho\**

### RESUMO

---

Este artigo pretende oferecer uma primeira aproximação sobre as discussões que norteiam o tema da relação entre direito e linguagem. Assim, depois de expor, de maneira geral, algumas visões sobre tal relação, assinala que o direito, apesar de ser, ontologicamente, um fenômeno plural, também se manifesta enquanto linguagem. Em virtude disso, passa a investigar a especificidade da linguagem jurídica e os problemas que apresenta. Defende a tese de que, em grande parte, problemas jurídicos são problemas linguísticos. Ao final, põe em relevo o papel do poder na relação entre direito e linguagem, a fim de enfatizar que certas soluções para os problemas jurídicos, na qualidade de problemas linguísticos, são dadas em detrimento de outras (e, portanto, certas significações são postas e as demais, excluídas), em virtude do exercício do poder simbólico.

**Palavras-chave:** Direito; Linguagem; Poder.

### ABSTRACT

---

This article intends to provide a first approximation of the discussions that guide the theme of the relationship between law and language. So, after explaining, in general, some views on this relationship, asserts that the law, despite being ontologically plural phenomenon, also manifests itself as language. As a result, begins to investigate the specificity of legal language and the problems it presents. Defends the thesis that, in large part, legal problems are linguistics problems. At the end, emphasizes the role of power in the relationship between law and language, in order to accentuate that certain solutions to legal problems, as language problems, are given at the expense of others (and therefore certain significations are put and the others are excluded), by reason of the exercise of the symbolic power.

**Keywords:** Law; Language; Power.

---

\* Doutorando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (FD-USP). feliperodolfodecarvalho@hotmail.com.

## INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende apresentar um estudo preliminar sobre o tema da relação entre direito e linguagem, de maneira que permita, de algum modo, abrir o horizonte da discussão. Daí, pois, a opção por falar precisamente em *prolegômenos*. A premissa de que parte é a de que, sobretudo após a reviravolta linguística verificada na filosofia no século XX, não se pode mais compreender o direito sem considerar sua inexorável conexão com a linguagem. A filosofia contemporânea, que erigiu, em grande medida, a linguagem enquanto problema fundamental das suas investigações, tendo por expoentes pensadores como Ludwig Wittgenstein, Hans-Georg Gadamer e Jürgen Habermas, tem repercutido no mundo jurídico. Desde então, a compreensão do direito tem demandado, cada vez mais, investigações sobre o seu aspecto necessariamente linguístico, cujas complexidades semântica, sintática e pragmática requer do jurista uma abertura especulativa a questões que ultrapassam o seu cotidiano burocrático, reclamando, portanto, a colocação de problemas que extrapolam o senso comum teórico que pauta grande parte do seu agir.

Registrando esse ponto de partida, a investigação, depois de acentuar que direito e linguagem são instrumentos essenciais para o processo de comunicação humana, debruça-se justamente sobre a questão que interessa: de que modo se relacionam o direito e a linguagem? Não há, por certo, consenso sobre a resposta. Algumas visões, entretanto, existem. Um quadro geral as divide em duas: a visão instrumentalista e a visão constitutiva: para a primeira, o direito *usa* a linguagem; para a segunda, o direito *é* linguagem. Para além da dicotomia, no entanto, o importante é destacar que o direito também se manifesta como linguagem, de modo que, em grande medida, os problemas jurídicos são problemas linguísticos.

A afirmação de que problemas jurídicos são, em boa parte, problemas linguísticos exige que se compreenda a especificidade da linguagem jurídica. Afinal, seria ela uma linguagem natural, técnica ou formal? Isso importa porque, caso se considere que a linguagem jurídica é totalmente formalizada, estaria ela imune a quaisquer das dificuldades apresentadas pela linguagem natural. É que a linguagem natural (como também, em menor proporção, a linguagem técnica), além de se valer de palavras ambíguas e vagas, está recheada de variados usos linguísticos, muitas vezes exercidos de maneira dissimulada, que engendram sérias dificuldades. Se, no entanto, a linguagem jurídica não chega a constituir uma linguagem formal, é preciso admitir que tais dificuldades, próprias à linguagem natural, sempre exsurtem no campo do direito, a demonstrar que, de fato, considerável parcela dos problemas jurídicos são problemas linguísticos.

Por fim, resta, então, explicar por que certos problemas jurídicos, na qualidade de problemas linguísticos, são resolvidos de uma forma, e não de outras.

É aqui que entra o problema do poder na relação entre direito e linguagem. A resolução dos problemas jurídicos, com a adoção de determinadas significações em prejuízo de outras, decorre do exercício do “poder simbólico”.

## O DIREITO E A LINGUAGEM COMO OBJETOS DE REFLEXÃO

O direito e a linguagem fazem parte do nosso mundo, e valemo-nos incessantemente deles. De um lado, o “direito”, em suas mais variadas facetas, é evocado com constância pelo jurista e pelo leigo; basta ver as correntes afirmações encontradas no cotidiano forense, como aquela em que se diz: “é possível verificar, no caso, uma evidente violação do *direito* à liberdade”, ou, no cenário comum, quando um sujeito, indignado pelo fato de um espertalhão ter atravessado a fila, reclama ter o *direito* de ser atendido com prioridade. De outro, a “linguagem” é algo de que nos apropriamos com o fim de compartilhar informações, expressar sentimentos e sensações, provocar condutas etc.

O direito e a linguagem marcam, portanto, a nossa própria experiência humana. Tão necessários e fundamentais para o nosso existir no mundo, lidamos cotidianamente com ambos, no entanto, sem que apareçam, *em nosso agir habitual*, como objetos tematizados, isto é, como questões em torno das quais nos propomos a refletir. Assim, a despeito de atravessarem nossas ações, não se colocam normalmente como problemas sobre os quais pensamos um pouco mais profundamente.

Não é, portanto, de se estranhar, por exemplo, que a pergunta “o que é o direito” possa colocar em situação embaraçosa não só bacharéis em direito recém-formados como também juristas muito experientes. Isso, por ser óbvio, não significa dizer, no entanto, que não tenham condições de utilizar as ferramentas da dogmática jurídica ou que não conheçam as leis vigentes em determinado país. O problema está em que conhecer o “direito”, e empregá-lo não é idêntico a saber algo *sobre* ele.<sup>1</sup>

A mesma situação se passa com a linguagem (talvez até de modo mais incisivo). Como ressaltam Watzlawick et al.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Quem, há algum tempo, já assinalava para essa dificuldade era Kant: “Tal como a muito citada indagação ‘o que é a verdade’, a questão ‘o que é direito?’ poderia certamente embaraçar o jurista, se este não quiser cair numa tautologia ou, ao invés de apresentar uma solução universal, aludir ao que as leis em algum país em alguma época prescreveram. Ele pode realmente enunciar o que é estabelecido como direito (*quid sit iuris*), ou seja, aquilo que as leis num certo lugar e num certo tempo dizem ou disseram. Mas se o que essas leis prescreviam é também direito e qual o critério universal pelo qual se pudesse reconhecer o certo e o errado (*iustum et iniustum*), isto permaneceria oculto a ele (...)”. (KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 75-76).

<sup>2</sup> Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação*. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007, p. 31.



(...) conhecer uma linguagem e saber algo *sobre* uma linguagem são duas ordens de conhecimento muito diferentes. Assim, uma pessoa pode saber usar correta e fluentemente a sua língua materna e, no entanto, não possuir um conhecimento de gramática e de sintaxe, isto é, desconhecer as *regras* que ela respeita ao falar da língua.

Essa circunstância, em síntese, coloca-nos diante de um problema inicial: apesar de lidarmos, dia a dia, com o direito e a linguagem, temos uma imensa dificuldade de nos comunicar sobre eles na sua individualidade e na sua relação. Essa dificuldade, todavia, revela a importância da discuti-los, porque nos incita a pensar sobre os padrões a que obedecem, de que modo se interseccionam e em que medida nos dizem respeito.

Não se pode, em todo caso, ignorar que a reflexão sobre o direito e a linguagem requer que o plano da atitude natural, isto é, o da postura irrefletida diante do mundo e das coisas – em especial, aqui, diante do direito e da linguagem –, seja superado por uma postura questionadora que extrapole o nosso agir um tanto quanto espontâneo e mecânico, de modo que seja possível trilhar os caminhos abertos, em grande medida, pela reviravolta linguística operada no século XX no âmbito filosófico e que têm impactado fortemente as investigações jurídicas,<sup>3</sup> sob o seguinte pressuposto fundamental:

(...) é impossível filosofar sobre algo sem filosofar sobre a linguagem, uma vez que esta é o momento necessário e constitutivo de todo e qualquer saber humano, de tal modo que a formulação de conhecimentos intersubjetivamente válidos exige reflexão sobre sua infraestrutura linguística.<sup>4</sup>

## AS RELAÇÕES ENTRE DIREITO E LINGUAGEM

Não é nosso objetivo analisar, de forma isolada, o direito e a linguagem; pelo contrário, ao se colocar a questão “direito e linguagem” como foco de pesquisa,

<sup>3</sup> A repercussão da filosofia contemporânea, marcada pela preocupação fundamental com o problema da linguagem, pode ser notada em teóricos do direito importantes, como, v. g., H. L. A. Hart, Ronald Dworkin e Joseph Raz. Cf. HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012; DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002; RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. No Brasil, é de se destacar o trabalho de Luis Alberto Warat, Tercio Sampaio Ferraz Jr., Lenio Luiz Streck e Eduardo C. B. Bittar. Cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995; FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003; STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999; BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

<sup>4</sup> OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001, p. 13.

parece-nos que a preocupação central é a de entender em que medida eles se interagem e que tipo de consequências daí advêm.

Para tanto, a seguir, assinalaremos, em primeiro lugar, que direito e linguagem podem ser vistos como instrumentos essenciais para o processo de comunicação humana, sem os quais essa não pode ocorrer com sucesso. Depois, examinaremos como, em geral, se tem compreendido a relação entre eles, para, ao final, estabelecer como proposta que problemas jurídicos são também problemas de linguagem, embora não exaustivamente.

### Direito, linguagem e comunicação

Podemos partir de um axioma conjectural da comunicação humana: é impossível não se comunicar.<sup>5</sup> Não estamos sozinhos no mundo. Mais do que isso: encontramos-nos sempre em interação com o outro, para quem o nosso comportamento inexoravelmente se dirige e com o qual trocamos, a todo momento, mensagens. Assim, por estarmos em uma permanente situação interacional, comunicamo-nos, queiramos ou não. A tentativa de não se comunicar não passa de uma comunicação por intermédio da qual se transmite a outrem a informação de que “não se quer comunicar”.

Atividade ou inatividade, palavras ou silêncio, tudo possui valor de mensagem; influenciam outros, e estes outros, por sua vez, não podem *não* responder a essas comunicações e, portanto, também estão comunicando. (...) a mera ausência de falar ou de observar não constitui exceção ao que acabamos de dizer. O homem que num congestionado balcão de lanchonete olha diretamente em frente ou o passageiro de avião que se senta de olhos fechados estão ambos comunicando que não querem falar a ninguém nem que falem com eles; e, usualmente, os seus vizinhos ‘recebem a mensagem’ e respondem adequadamente, deixando-os sozinhos. Isto, obviamente, é tanto um intercâmbio de comunicação como a mais animada das discussões.<sup>6</sup>

Ora, se é impossível não se comunicar, é preciso conceber de que forma a comunicação concretamente se estabelece. É aí que os fenômenos da linguagem e do direito ganham importância.

Quando comunicamos, selecionamos mutuamente expectativas de comportamento.<sup>7</sup> Porque há sempre uma multiplicidade de ações possíveis que, em

---

<sup>5</sup> Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, p. 44-47.

<sup>6</sup> Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*, p. 45.

<sup>7</sup> Para os delineamentos a seguir, cf. FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007, p. 102-104.

número, supera aquelas que virão, concretamente, a ocorrer, diz-se que a comunicação humana é complexa; além disso, a se considerar que a expectativa selecionada poderá ou não se verificar, acrescenta-se que ela é contingente. A contingência, portanto, revela-nos que a interação humana é passível de desilusão. Para conter essa possibilidade de desilusão e, portanto, subministrar confiança nas relações humanas, são criados mecanismos destinados a fornecer uma certa estabilidade no trato social. Desse modo, os sistemas comunicativos sociais são dotados de estruturas que aliviam os agentes das cargas da complexidade e da contingência, garantindo-lhes expectativas duráveis. Isso se dá por meio de dois mecanismos estruturais: atitudes cognitivas e atitudes normativas.

As atitudes cognitivas provêm da observação: partem de uma verificação da realidade, que, ao ser generalizada, fornece uma regra empírica. Assim, ao se observar que os alunos da turma costumam se levantar quando da chegada do professor, pode-se formular a regra de que “toda vez que qualquer professor adentrar à sala de aula, deve-se, num sinal de reverência, pôr-se em pé”. Essa espécie de atitude, no entanto, se adapta aos fatos, podendo modificar-se, desarte, a partir de novas observações: na situação descrita, é possível constatar-se que os alunos não se levantam quando da entrada de professores jovens. A regra, nesse caso, altera-se para prescrever que os alunos levantem quando da entrada dos professores à sala de aula, salvo em caso de professores jovens.

As atitudes normativas, diferentemente, garantem a durabilidade de expectativas mediante uma generalização não adaptativa, ou seja, de modo contrafático: embora as desilusões possam ocorrer, elas são irrelevantes. As atitudes normativas, como a própria expressão sugere, manifestam-se a partir de normas. Estas não simplesmente referem à regularidade do comportamento, mas à normatividade do comportamento prescrito: por mais que os motoristas tendam a dirigir após beber álcool, tal conduta continuará a ser normativamente proibida.

Do que foi dito, percebe-se que o sucesso da comunicação depende, em grande medida, do direito, porque é ele que, preponderantemente, por intermédio das suas normas, garante uma certa estabilidade nas expectativas dos atores sociais. Além disso, é de se ressaltar que a comunicação só se estabelece porque os interlocutores se valem de uma ferramenta especial: a linguagem.<sup>8</sup> Algumas vezes, porém, a comunicação pode resultar frustrada, e isso em decorrência de

---

<sup>8</sup> Vale, aqui, a observação de Mendes: “Assim como podemos dizer que todo o Universo é um processo contínuo de intercomunicação (de energia, de processos, de resultados), o ser humano é, por excelência, um ser que testemunha e ativa esta comunicação. A sua essência é, mesmo, a comunicação com todo o universo, dada a natureza do seu espírito. Ora, como não poderia deixar de ser, este intercâmbio com tudo e com todos se faz através de símbolos, dos quais a linguagem humana é exemplo dos mais notáveis” (MENDES, Antonio Celso. *Direito: linguagem e estrutura simbólicas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba; Associação de Ensino Novo Ateneu, 1994, p. 15).

patologias no direito ou na linguagem, ou propriamente em ambos. O que é de se registrar, de toda forma, é que tanto direito como linguagem constituem fatores indispensáveis no processo de comunicação humana.

### Visões acerca da relação entre direito e linguagem

Não há um consenso acerca da forma com que direito e linguagem se integram. As abordagens são plúrimas e diferenciadas a partir da perspectiva de cada autor em particular, cuja exaustiva explicitação foge, evidentemente, aos limites deste trabalho. Assim, qualquer tentativa de enumerá-las não pode ter outra pretensão senão a de expor um quadro mais ou menos esquemático, que se nos permita visualizar, num aspecto geral, como a relação é observada.

Ferraz Jr.,<sup>9</sup> por exemplo, diz-nos que há uma relação básica entre eles que pode ser encarada dos seguintes modos: a) o direito, enquanto fenômeno empírico, *tem* uma linguagem, o que autoriza falar de uma *linguagem do direito* ou uma *linguagem jurídica*, objeto de disciplinas como a semântica, a hermenêutica etc.; b) invertendo a perspectiva, é possível falar em *direito da linguagem*, quando esta, a linguagem, aparece como objeto da disciplina do direito, ao tratar de questões pertinentes à disciplinação da língua não no seu sentido lógico ou gramatical, mas jusnormativo, como a linguagem processual, protocolar etc.; e c) por fim, fala-se do *direito enquanto linguagem*, ao se pretender assimilar o direito à linguagem e afirmar que o jurista, em suas atividades (legislação, jurisdição, teorização), jamais ultrapassa os limites linguísticos.

Outra proposta é dada por Román,<sup>10</sup> que, sem desconsiderar o amplo espectro de maneiras que têm sido apresentadas para definir e interpretar a realidade em questão, distingue-as, genericamente (ciente do problema de que disso resulta – a homogeneização de ideias díspares – mas também da vantagem – organização do pensamento para a reflexão), em duas: a teoria instrumentalista e a teoria constitutiva.

Sob o enfoque instrumentalista, direito e linguagem encontram-se em uma relação utilitária: *o direito usa a linguagem*. O uso da linguagem tem, aqui, uma finalidade primordial, qual seja, fazer o direito chegar aos seus destinatários, na medida em que o torna apreensível cognoscitivamente e capaz, por conseguinte, de suscitar condutas conformes. A linguagem é vista, então, como algo necessário para a efetiva aplicação do direito e, em todo caso, dele se diferencia. O direito, concebido com independência da linguagem, parece ser algo que a ela é anterior e que se nota enquanto instrumento de controle social, como prática

<sup>9</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 6.

<sup>10</sup> Román, Javier Orlando Aguirre. *La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, v. 7, n. 13, p. 139-162, enero-junio de 2008. Os desenvolvimentos a seguir estão todos contidos no referido ensaio.

social estabelecida, como vontade do legislador, como espírito da lei ou até mesmo como princípios do direito natural. Por detrás dessa concepção acerca da relação direito-linguagem, jazeria uma ideia segundo a qual a linguagem é um meio de expressar a realidade do mundo e transmitir informação sobre ela.

Essa visão procurará estabelecer uma distinção entre a linguagem natural ou vulgar, própria da comunicação humana, e uma espécie de linguagem técnica, pertencente ao direito, criada a partir das definições e dos conceitos jurídicos. Conscientes de que, no entanto, problemas próprios da linguagem natural, como a vagueza, a ambiguidade, a carga emotiva, invadem a linguagem jurídica, os autores pertencentes a esse enfoque (Von Savigny, Von Ihering, Kantorowicz, Heck, Pound, Austin, Kelsen, Alf Ross e Jerome Hall) se preocuparão em formular técnicas, métodos e argumentos que permitiriam fazer um uso mais aprimorado da linguagem com vista a obter um direito melhor. A crítica que se faz, nesse contexto, é que tal enfoque, ao colocar como centro de suas teorizações os citados problemas da linguagem natural, acaba por tomar os signos linguísticos como fonte exclusiva e lugar de encontro privilegiado do direito, esquecendo-se do papel da experiência na elucidação das palavras da lei.

Ainda sob a perspectiva instrumentalista, os exercícios de interpretação do direito, seja pela via judicial ou da doutrina, são tomados como posteriores à sua criação, que é a eles preexistente. Nessa prática de apreensão do direito, o intérprete precisa se utilizar da linguagem e prestar atenção particular às regras semânticas e sintáticas.

Se, no enfoque instrumentalista, a linguagem é, portanto, compreendida como um instrumento subordinado do direito, tendo em vista que este se apropria daquela para se expressar, no enfoque constitutivo, por sua vez, a linguagem ganha um *status* especial. Agora, o direito não simplesmente *usa* a linguagem, mas *é* linguagem, ou seja, se constitui em linguagem e pela linguagem. Subjacente a essa concepção, também é possível visualizar, em alguns casos, uma ideia específica sobre a dicotomia linguagem-realidade. Aqui, vingar-se-á a noção de que é a linguagem que constrói o real. Ora, como afirma Román, “se o mundo advém, como tal, tão somente através da linguagem e se o direito é um mundo (ou ao menos parte dele), por consequência o direito advém, como tal, apenas através da linguagem”.<sup>11</sup>

A preocupação desse enfoque não é mais com os aspectos semânticos e sintáticos da linguagem; a própria distinção linguagem natural/linguagem técnica perde relevo. Se bem que a linguagem tenha um caráter de “descriptor da realidade”, mais importantes são os seus aspectos emotivo e valorativo, preponderantes na linguagem jurídica. A reflexão, pois, se concentra na análise das características específicas da linguagem que é o direito e dos seus *efeitos* sobre a realidade.

---

<sup>11</sup> Román, Javier Orlando Aguirre. La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico, p. 146.

Finalmente, para essa corrente (que engloba autores como Perelman, Aarnio e Calvo, Alexy, Bourdieu e Cover) interpretar e criar o direito não são exercícios dissociados, mas se confundem, além do que o próprio ato interpretativo-criador é um ato comunitário, que não se reduz à relação das figuras de quem dita o texto legal (o legislador) e de quem o interpreta (o juiz ou o servidor da Administração), mas que leva em conta a relação do intérprete com outros membros da audiência interpretativa ou da comunidade jurídica.

## Problemas jurídicos como problemas de linguagem

Embora as várias formas pelas quais se têm concebido a relação entre direito e linguagem não nos ofereça uma ideia segura de como se dá tal relacionamento, ao menos nos sugerem que, de fato, não podem ser examinados de maneira isolada: de alguma maneira a linguagem atravessa o direito, ao mesmo tempo em que o direito invade a linguagem.

Assim, a se considerar o seu necessário entrelaçamento, não podemos deixar de referir que os problemas jurídicos envolvem, em grande parte, problemas de linguagem, sem que isso signifique, por outro lado, que problemas de linguagem não suscitem problemas de outra ordem, como políticos e ideológicos. Nesse sentido, é que, segundo Carrió, “sem pecar por exagero, a maior parte das agudas controvérsias que (...) agitam o campo da teoria jurídica deve sua origem a certas peculiaridades da linguagem e a nossa falta de sensibilidade perante elas”.<sup>12</sup>

Nossa proposta, doravante, será, portanto, apenas analisar alguns problemas jurídicos na medida em que estejam rodeados por problemas de linguagem, sem pretender, todavia, reduzir uns aos outros. A intenção, aqui, assemelha-se a de Ferraz Jr.,<sup>13</sup> que, a despeito de reconhecer ser o direito, ontologicamente, um fenômeno plural, não redutível ao aspecto linguístico (por abranger relações de força, conflitos de interesse, instituições administrativas etc.), afirma ser esta uma das suas formas de manifestação, que vale a pena ser examinada.

## A LINGUAGEM JURÍDICA

Como adverte Victoria Sesma, “é um fato patente o suporte linguístico do direito”.<sup>14</sup> A questão que, de plano, aparece consiste em saber que espécie de linguagem é a linguagem do direito; em outras palavras, a linguagem do direito

---

<sup>12</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3. ed. aument. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986, p. 91.

<sup>13</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. XIII. Cf. também: FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*, p. 5-10.

<sup>14</sup> SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico: cuestiones relativas a la aplicación de la ley*. Madrid: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Tecnos, 1989, p. 29.

é a linguagem natural ou uma linguagem formalizada, apartada dos vícios pertencentes à primeira? Afinal, que linguagem é essa que se denomina “linguagem jurídica”?

“Linguagem jurídica” é uma expressão ampla que encobre, de acordo com Sesma, a “linguagem da lei” e a “linguagem dos juristas”.<sup>15</sup> A “linguagem da lei” é, ainda segundo a autora, aquela por meio da qual vêm formuladas as leis e demais fontes do direito, enquanto a “linguagem dos juristas” compreende a empregada por juízes, advogados, juristas de maneira geral, quando se referem à “linguagem da lei”. Nesse viés, a “linguagem dos juristas” se constitui em uma metalinguagem da “linguagem da lei”, ao tomá-la como uma linguagem-objeto.<sup>16</sup>

Entendido em que sentidos se pode empregar a expressão “linguagem jurídica”, resta-nos, portanto, investigar sua “natureza”. O positivismo lógico, corrente que, ao se deparar com certas perplexidades de cunho linguístico, capazes de obstaculizar o acesso ao conhecimento, entendia que a produção científica dependia da tradução dos dados do mundo numa linguagem rigorosa, formulou a seguinte tipologia das linguagens:<sup>17</sup> a) naturais ou ordinárias; b) de estrutura especificada ou técnicas; e c) formais.

A linguagem natural é caracterizada pelo processo de enunciação constituído de componentes sîgnicos dotados de alta carga de imprecisão significativa, multiplicidade de regras de formação e carência, em sua maior parte, de uma transmissão organizada, de tal sorte que a produção dos seus sentidos restam intensamente dependentes do contexto comunicacional em que ocorre. A linguagem técnica ou de estrutura especificada, por sua vez, é aquela criada com o objetivo de expurgar todas as perplexidades da linguagem natural, tal como componentes políticos, representações ideológicas e incertezas comunicacionais. O resultado é a construção de uma linguagem especializada, que requer precisão lógica, economia expressiva e formulação de enunciados que possam ser aceitos como proposições, ou seja, como passíveis de apresentarem o sentido de verdade ou falsidade. A linguagem formalizada, por sua vez, é uma variação gradativa da linguagem técnica, em que a pretensão de precisão e univocidade alcança o mais alto grau (é, por exemplo, o caso das linguagens da lógica e da matemática).<sup>18</sup>

Para Warat,<sup>19</sup> a linguagem da lei é comumente vista pelos juristas como se linguagem formal fosse, crendo, por conseguinte, tratar-se o direito positivo de

<sup>15</sup> SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*: cuestiones relativas a la aplicación de la ley, p. 30.

<sup>16</sup> No mesmo sentido, CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje*: un análisis lógico. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968, p. 29-34.

<sup>17</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 37-38; 52-55.

<sup>18</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 52-53.

<sup>19</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 54-55.

um sistema fechado e completo. De outro turno, conforme acrescenta, a linguagem da teoria jurídica tradicional é concebida pelos seus produtores como uma linguagem técnica, que, sem formalizações concretas, fala de uma linguagem encarada como formal: a linguagem da lei. Na sua opinião, porém, tanto a linguagem da lei como a linguagem da teoria jurídica tradicional (que, aqui, podemos inserir na categoria “linguagem dos juristas”) são, no fundo, apenas variantes da linguagem natural, que, ao se assumirem como técnica ou formal, cumprem importantes funções políticas e ideológicas.<sup>20</sup>

O que nos parece importante sublinhar é que, como acentua Olivecrona, se, por um lado, “algumas zonas da linguagem jurídica são altamente técnicas e, por conseguinte, incompreensível para o leigo”, por outro, “seus elementos mais importantes nos são familiares e necessários para a nossa orientação no mundo”.<sup>21</sup> Isso se justifica, porque, se diverso fosse, o direito não funcionaria bem como técnica de controle social. Consoante Carrió, “para possibilitar ações humanas concretas e julgar ações humanas concretas, suas regras têm de estar formuladas em linguagem natural ou ser definíveis em palavras pertencentes a essa última”.<sup>22</sup> Tal peculiaridade, obviamente, tem por consequência o fato, já mencionado, de que muitos problemas jurídicos sejam, também, problemas de linguagem, ou, invertendo-se, problemas de linguagem tornem-se problemas jurídicos. A existência de uma linguagem técnica, é de se ressaltar, embora reduza a complexidade da linguagem natural, certamente não a elimina, pois, como veremos, não impede o aparecimento de problemas linguísticos.

Partindo-se, pois, da premissa de que, por se valer da linguagem natural ou de uma linguagem que não chega a ser totalmente formalizada, o direito enfrenta problemas linguísticos, passemos, de agora em diante, a examiná-los a partir de dois grupos: i) os distintos usos da linguagem; e ii) as incertezas significativas.

## USOS DA LINGUAGEM

Os diferentes usos da linguagem revela-nos, desde logo, a sua riqueza e flexibilidade. A linguagem, enquanto ferramenta comunicacional, serve aos fins os mais variados.<sup>23</sup> Esses fins determinam, em grande medida, a significação das

---

<sup>20</sup> É importante destacar, como acentua Capella, que a tentativa de separação entre linguagem natural e linguagem jurídica (de caráter técnico ou formal) advém de um processo secular de adaptação e depuração dos termos desta, de modo a adquirir um sentido especializado. Assim, a primitiva linguagem jurídica (a referência é feita a Roma) não é uma linguagem rigorosa, mas comum. Cf. CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: um análisis lógico*, p. 243-244.

<sup>21</sup> OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968, p. 7.

<sup>22</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 135.

<sup>23</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 19.



palavras e dos discursos. Assim, para compreender o seu sentido não basta, para utilizar uma distinção proposta pela Filosofia da Linguagem Ordinária, recorrer-nos ao *significado de base*; é preciso, acima de tudo, ater-nos ao *significado contextual*, que leva em consideração as “evocações provenientes do contexto de uso”, de modo a superar o sentido congelado adveniente das relações internas entre os signos pela consideração dos propósitos pragmáticos do emissor.<sup>24</sup>

Esses fins ou propósitos, ao variarem, alteram, por consequência, o uso que se faz da linguagem. Quando se fala em usos da linguagem, costuma-se, embora a lista pudesse ser alargada, destacar, ao menos, quatro espécies básicas: a) descritiva ou informativa; b) expressiva ou emotiva; c) diretiva; e d) operativa ou performativa.

Pelo uso descritivo, utilizamos de unidades linguísticas para informar acerca de certos fenômenos ou estados de coisas. Nesse caso, é possível perguntar acerca da veracidade ou da falsidade da asserção produzida. Mediante o uso expressivo, externamos nossos sentimentos e, igualmente, os provocamos em outras pessoas, fazendo despertar nelas conexões valorativas e emoções. Aqui, não faz sentido questionarmos sobre o caráter verdadeiro ou falso das expressões. O seu paradigma é a linguagem poética: “Poesia é sensibilidade. Muito pouco de razão. Expansão da fala emocional que, às vezes, apenas balbucia palavras, mais pela beleza das palavras que pelo nexos dos significados. Não precisa de explicação. Só de empatia e simpatia”.<sup>25</sup> Se a intenção é provocar condutas, dirigir o comportamento de outrem, fala-se no uso diretivo da linguagem. O critério da verdade/falsidade também não se amolda nesta hipótese; em seu lugar, entra o critério da justiça/injustiça, oportunidade/inoportunidade etc. Finalmente, por meio do uso operativo ou performativo, realizamos com palavras atos que, segundo certas convenções em vigor, constituem uma situação fática (ao dizer a uma criança que lhe darei um presente, constituo uma *promessa*).<sup>26</sup>

Warat aponta, ainda, um quinto uso básico da linguagem, normalmente negligenciado, consistente na *função de dominação*, a qual divide em duas subinstâncias: uma de “persuasão” e outra relativa às “relações de força (poder)”.<sup>27</sup>

Ora, é claro que a linguagem jurídica também assume esses variados matices, a depender do contexto. Pode-se dizer, de maneira geral, que o uso da linguagem diretiva é primordial ao direito. Afinal, é mais do que sabido que, entre os principais papéis normativos, está justamente o de dirigir comportamentos. Não é à toa que se costuma assinalar, ao estudar as espécies de normas jurídicas, as “normas de conduta”.

---

<sup>24</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 65-66.

<sup>25</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Para sempre e sempre*. 2. ed. Barueri: Minha Editora, 2012, p. 10.

<sup>26</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 19-21.

<sup>27</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 67.

Da mesma forma, o direito está repleto de linguagem performativa. Quem, de maneira particular, anota para essa circunstância é Karl Olivecrona,<sup>28</sup> ao rechaçar a ideia de que a linguagem jurídica simplesmente teria a função de refletir uma realidade. Percebeu ele, e com propriedade, que, por intermédio do que chamou de “expressões realizativas”, não descrevemos nada, mas criamos direitos e deveres, relações e propriedades jurídicas. É como se, mediante simples palavras, criássemos efeitos invisíveis: é o que se dá, *verbi gratia*, quando, ao prestarmos um juramento, tomamos posse num cargo, adquirindo o *status* jurídico de funcionário.

Não se pode descurar, igualmente, que o uso emotivo da linguagem está presente no direito. A própria palavra “direito” está recheada de uma carga valorativa impossível de se apagar. É inexorável, além disso, apenas para se ter mais um exemplo, que, se é certo que o preâmbulo da Constituição não detém um caráter diretamente prescritivo, ao menos, expressivamente, exerce um papel relevantíssimo.

A função descritiva, no mesmo sentido, é, a todo momento, utilizada por juízes, advogados, doutrinadores, com o intuito de descrever o quadro do ordenamento jurídico.

Em resultado, o que se tem é uma multiplicidade de usos da linguagem pelo direito que reflete a diversidade de usos própria da linguagem ordinária. No entanto, é comum que problemas jurídicos, de ordem teórica e prática, apareçam em virtude de um certo uso enviesado dessas funções da linguagem, ocultando um uso principal, nem sempre fácil de ser desvelado, de consequências eminentemente negativas.

A ciência do direito, por exemplo, frequentemente se arroga um papel meramente descritivo, escondendo o papel prescritivo que lhe é inerente.<sup>29</sup> Situação corriqueira, outrossim, é a das chamadas “definições persuasivas”, consistentes naquelas definições em que o emissor, mediante cargas emotivas, sob a aparência de estar a formular definições empíricas (portanto, falsamente descritivas), encobre os seus juízos de valor, para fins de persuadir e ganhar a adesão dos seus receptores. As dificuldades, aqui, aparecem porque, sob o véu de um uso linguístico considerado legítimo, pretende-se ocultar outro que não é visto com bons olhos.

---

<sup>28</sup> OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*, p. 38-42.

<sup>29</sup> “Já houve quem dissesse (Ascarelli) que a ‘ciência do Direito’ evolui de modo diferente das demais ciências, pois não há uma *história* da ciência jurídica separada da *história* do próprio direito. (...) Isso porque, enquanto para as demais ciências o objeto de estudo é um *dado* que o cientista pressupõe como uma unidade, o objeto de estudo do jurista é, por assim dizer, um *resultado* que só existe e se realiza numa prática interpretativa. Nesse sentido, se diz também que a ciência jurídica não apenas informa, mas também conforma o fenômeno que estuda, faz parte dele” (FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 39-40).

Nesse contexto, vale sublinhar a presença no discurso jurídico de *estereótipos*. Estereótipos são expressões que, ao nível da significação de base, apresentam uma certa *anemia significativa*, isto é, não contém uma denotação clara, tal como “abuso de direito”. Seu sentido designativo é, portanto, sempre contextualmente estabelecido, por intermédio de fungíveis conteúdos axiológicos ou ideológicos. Na verdade, a transmissão de conteúdos ideológicos constituem seu elemento nuclear. Seu objetivo central, por isso mesmo, é o de influenciar e determinar opiniões e condutas de modo acrítico.<sup>30</sup> Na síntese precisa de Warat, a “estereotipação de um conceito é produto de um longo processo de persuasão, de uma somatória de discursos e definições persuasivas que provocam a total dependência do termo estereotipado a uma relação evocativa ideologicamente determinada”.<sup>31</sup> Quando os estereótipos conseguem, de maneira generalizada, forçar os receptores das mensagens a evocarem e a aceitarem certas opiniões, podem ser chamados de *tópicos*.<sup>32</sup> Com o processo de estereotipação, criam-se as condições discursivas para o estabelecimento do que Warat chama de *senso comum teórico dos juristas*.<sup>33</sup> Podemos, no caso dos estereótipos, para adotar uma terminologia de Alf Ross, referir a uma função fabulatória da linguagem (que, obviamente, não deixa de estar permeada de outras funções: como a expressiva, diretiva e de dominação), cujo objetivo é fazer crer em situações inexistentes, concretizado mediante ficções.<sup>34</sup>

<sup>30</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 70-72.

<sup>31</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem* p. 72.

<sup>32</sup> Como ressalta Viehweg, os tópicos ou *topoi* são pontos de vista gerais comumente aceitos pelos interlocutores, a serviço de uma discussão de problemas. Justamente em virtude dessa sua função de orientar a discussão de problemas, é que eles se constituem num repertório elástico, a tal ponto que, “em caso de necessidade, os pontos de vista que até um determinado momento eram admissíveis podem considerar-se expressa ou tacitamente como inaceitáveis. A observação ensina, contudo, que isto é muito mais difícil e raro do que se pode supor, pelo menos em determinados campos. Custa muito trabalho tocar naquilo já fixado” (VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979, p. 42).

<sup>33</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 72-73. O senso comum teórico dos juristas é composto, segundo Warat, pelas “representações, noções, crenças que governam a tomada de posição concreta dos juristas em relação ao processo judiciário e sua produção teórica. Chamar-se-á ‘senso comum teórico’ a essa montagem de noções – representações – imagens – saberes, presentes nas diversas práticas jurídicas, lembrando que tal conjunto funciona como arsenal de ideologias práticas. Em outras palavras, essa montagem corresponde a normas que disciplinam ideologicamente o trabalho profissional dos juristas. (...) Trata-se de um pano de fundo que condiciona todas as atividades cotidianas. Sem ele, não pode existir prática jurídica, isto é, não se tem como produzir decisões ou significados socialmente legitimáveis” (WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979, p. 19).

<sup>34</sup> Cf. ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Tradução de Jose S.-P. Herro. Madrid: Tecnos, 1971, p. 37-40; WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 68. Outro exemplo de exercício da função fabulatória no direito é dado por Ross: “Constitui uma antiga convenção que a única tarefa de um juiz é aplicar a lei existente, e não criar uma lei nova aplicando a anterior às novas

Em síntese, ao falarmos em diversos usos da linguagem, queremos sublinhar que a linguagem jurídica serve a diversos propósitos, nem sempre abertos. O difícil é justamente fazê-los vir à superfície. Assim, frente a qualquer enunciado de uma norma jurídica ou de uma teoria jurídica, devemos, lembra Carrió, fazer as seguintes perguntas:

Que é isso? É uma asserção, isto é, um enunciado que se propõe a descrever um certo estado de coisas? Ou é uma recomendação disfarçada sob a forma de uma asserção, isto é, um enunciado que dissimuladamente trata de exaltar certo estado de coisas “descrevendo-o” com linguagem aprobatória? (...) Ou é uma definição que simplesmente recorre ao uso central ou típico de um vocábulo? Ou é uma definição persuasiva, isto é, um recurso técnico que o autor emprega para fazer com que o leitor aprove suas teses, colocando-as sob o manto protetor de alguma palavra rica em carga emotiva e pobre em significado descritivo? Ou é outro tipo de asserção ou de definição, caracterizado pelo uso de afirmações paradoxais que não têm outro fim senão o de sublinhar algo importante que até então os teóricos haviam ignorado?<sup>35</sup>

Carrió<sup>36</sup> dá-nos um exemplo de como controvérsias jurídicas escondem, no fundo, problemas de linguagem: há muito que se discute em torno da afirmação de que “juízes criam direito”. Para o autor, equivoca-se quem pensa que o enunciado é usado, aqui, no sentido descritivo. Na verdade, não se pretende, com a polêmica, fornecer uma informação sobre o que, de fato, fazem os juízes; antes, o que se busca é suscitar ou promover certas reações. A discussão, propriamente, é sobre se os juízes *devem* ou não criar direito. Nesse jogo discursivo, naturalmente que o significado emotivo de palavras como “criar” e “direito” entram em cena.

## INCERTEZAS SIGNIFICATIVAS

É possível que, em uma determinada situação, estejamos certos dos usos linguísticos empregados. Isso, por si só, elimina qualquer outro problema de linguagem? Não. “Os termos da linguagem natural apresentam de um modo geral, ao nível de sua significação de base, algumas características de sua estrutura designativa e denotativa que, por si só, determinam a impossibilidade de

---

condições. Mas qualquer um que tenha algum conhecimento real do funcionamento dos tribunais, especialmente os juízes mesmos, sabe que os tribunais têm parte na modificação da lei. (...) Apesar de tudo, os juízes nunca admitem abertamente que a referida convenção seja quebrada. Quando, de fato, um juiz cria uma nova lei, ele *pretende em seus atos* (em seus atos verbais, isto é, usando o artifício legal em questão) que a lei não tenha mudado. (...) O juiz faz crer que ele não está mudando a lei, ainda que, de fato, o está, e sabe que o está.” (ROSS, Alf. *Lógica de las normas*, p. 39).

<sup>35</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 26.

<sup>36</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 105-114.

uma significação plena”.<sup>37</sup> Desse modo, ainda que cientes do propósito (diretivo) utilizado pelo legislador ao estatuir uma norma que obriga todos a se recolherem em suas casas à noite, podemos nos questionar: a quem se quer referir ao empregar a palavra “todos”? Os mendigos também estariam obrigados a deixar as ruas? Em que momento começa a noite? Às dezoito, dezenove horas?

Assim, estamos inexoravelmente às voltas com certas incertezas significativas de dois tipos: designativas (ou conotativas) e denotativas.<sup>38</sup> Por conotação, devemos entender o conjunto de caracteres ou propriedades que predicamos a uma palavra, de modo a constituir a sua *intensão*. Por denotação, referimos ao conjunto de objetos que, por exibirem as mesmas características ou propriedades, são compreendidos por uma mesma palavra, constituindo a sua *extensão*. Em resumo, nas palavras de Carrió, “as palavras têm um significado denotativo ou extensão (o conjunto de objetos aos quais se as aplica) e um significado conotativo ou intensão (as propriedades em virtude das quais aplicamos a certos objetos uma mesma palavra)”.<sup>39</sup>

Os problemas aparecem porque nem sempre o campo de aplicação de uma palavra está definido ou porque ela não é usada para designar, em todos os contextos, as mesmas propriedades: ao primeiro caso damos o nome de vagueza (ou incerteza denotativa); ao segundo, de ambiguidade (ou incerteza designativa).

O problema da ambiguidade aparece, por exemplo, nas seguintes situações: i) *homonímia*: sob um mesmo rótulo ou significante, veiculamos propriedades designativas aplicáveis a âmbitos denotativos diversos (manga é termo ambíguo porque designa tanto uma fruta quanto uma parte do vestuário); ii) *polissemia*: um mesmo termo designa um conjunto de significados designativos conectados de maneira metafórica ou figurativa (podemos falar de uma cor clara e de uma ideia clara).

A vagueza, de seu turno, acontece, conforme referido, quando se tem dificuldade em aferir precisamente o campo de aplicação de uma determinada palavra. Para compreendê-la, podemos pensar em três zonas de aplicação da palavra: a) zona de intensa luminosidade; b) zona de total escuridão; e c) zona de penumbra. A primeira indica existir casos em que não há dúvida de que a palavra se aplica; a segunda, casos em que não há dúvida de que a palavra *não* se aplica; a terceira, por fim, casos em que não se sabe, com certeza, se a palavra se aplica ou não. É nessa última zona que se verifica o fenômeno da vagueza. Um dos exemplos mais comuns para explicitar essa situação é a do termo “calvo”. Um indivíduo que não tenha um fio sequer de cabelo na cabeça é, sem dúvida, calvo.

<sup>37</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 76.

<sup>38</sup> Os delineamentos a seguir encontram-se em: SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*, p. 31-35; CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 28; WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 76-79.

<sup>39</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 28.

Aquele, de seu turno, que carrega consigo uma enorme cabeleira não pode, é certo, ser chamado de calvo. Mas e aquele que, apesar de não ser cabeludo, possui uns fios aqui e outros acolá? Essa é a situação de penumbra ou incerteza que caracteriza a vagueza: “não há um ‘calvômetro’ apto para decidir quantos cabelos deve um homem perder para ser chamado ‘calvo’”.<sup>40</sup>

Caso admitamos, no entanto, que existem muitas palavras que utilizamos, sem que haja qualquer dúvidas quanto à sua aplicação, ainda assim, não obstante, podemos dizer que continuam apresentar um aspecto de vagueza, embora noutro sentido. É que o fato de não serem *atualmente* vagas não retira o seu caráter *potencial* de apresentar vagueza. A essa característica Waismann deu o nome de “textura aberta da linguagem”, que decorre da circunstância de que, ainda que pretendamos esgotar o critério de aplicação de uma palavra, nunca o conseguiremos: “Não dispomos de um critério que nos sirva para incluir ou excluir *todos* os casos possíveis, pela simples razão de que não podemos prever todos os casos possíveis”.<sup>41</sup>

Compreendido isso, não é preciso muito esforço para se concluir que o direito está recheado de palavras ambíguas e vagas, a começar pelo próprio termo “direito”: de um lado, “ele é denotativamente vago, porque tem muitos significados (extensão)”; de outro, “ele é conotativamente ambíguo, porque, no uso comum, é impossível enunciar uniformemente as propriedades que devem estar presentes em todos os casos em que a palavra se usa”.<sup>42</sup>

Os caracteres da vagueza e da ambiguidade trazem problemas particulares para o direito. Por algum tempo, pretendeu-se que, ao se fixar, por escrito, normas gerais, estar-se-ia, por conseguinte, a tornar segura a orientação dos cidadãos e dos aplicadores do direito. A ideia de legalidade e tipicidade<sup>43</sup> representam bem esse ideário, que, sem ser colocado em pauta, continua presente no senso comum teórico dos juristas. Ora, se se admite que, por mais que se tente tornar técnicas as palavras da linguagem natural, haverá sempre zonas de incertezas significativas, atual ou potencial, cai por terra os mitos liberais da segurança e da certeza.

Isso tem repercussões imediatas no campo da interpretação jurídica. Haverá, é certo, em boa parte das situações, casos típicos, que, por terem sido previstos pelo legislador e inscritos num texto legal, serão de fácil solução, quando, então, o papel do interprete será o de *descobrir* um sentido já existente na norma. Outros casos, porém, por serem atípicos ou marginais (isto é, estão situados numa zona de penumbra), exigirão do intérprete uma postura mais ativa, no sentido de *adjudicar* um sentido inexistente ou que, ao menos, se encontrava em estado

<sup>40</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 77.

<sup>41</sup> CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*, p. 36.

<sup>42</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, p. 38.

<sup>43</sup> Alguns chegam mesmo a advogar a concepção de uma tipicidade cerrada, numa tentativa de controlar ainda mais as palavras da lei.

latente.<sup>44</sup> Assim, fica evidente, a essa altura, nos dizeres de Hart,<sup>45</sup> que “a linguagem geral em que a norma se expressa não pode fornecer senão uma orientação incerta”, problema que não pode ser resolvido definitivamente nem mesmo pelos cânones interpretativos, embora possam minorá-lo: “esses cânones constituem, eles próprios, normas gerais para o uso da linguagem e empregam termos gerais que exigem eles próprios interpretação.”

O que se tem, em resultado, é que dilemas jurídicos estão sempre envolvidos por problemas linguísticos. Resta-nos ver mais de perto em que medida problemas jurídico-linguísticos são também problemas de poder, ou, em outras palavras, como o poder atravessa o direito pela linguagem.

### DIREITO, LINGUAGEM E PODER

As análises feitas até aqui nos dão conta das perplexidades que a manifestação do direito pela linguagem acarreta. Afinal, o direito, ao traduzir-se em linguagem, transforma, como temos repetido, problemas jurídicos em problema linguísticos. De que modo, porém, concretamente, não obstante os “defeitos” da linguagem, algumas significações são postas e outras excluídas? Essa questão traz para a relação direito/linguagem um novo componente: o poder.

Quando examinamos a relação entre direito, linguagem e poder, ultrapassamos o terreno do enunciado (concebido como simples sequência de palavras tomada desde um ponto de vista estático) e da enunciação (restrito ao plano da fala) para adentrar ao mundo dos *discursos*. O discurso é pensado, aqui, de maneira ampla, de modo a abranger o processo de enunciação dos enunciados, sem descurar, contudo, dos influxos extralinguísticos que nele adentram e o condicionam.<sup>46</sup> Assim, releva refletir sobre a “formação discursiva dos discursos”, ou seja, sobre aquilo que Warat chama de “condições que permitem que, em um dado momento histórico, as palavras tenham uma dada significação e não

<sup>44</sup> Vale salientar, aqui, que é antiga a discussão quanto à possibilidade ou não de os juízes criarem direito. Bobbio, por exemplo, nos mostra que os redatores do projeto do Código Civil de 1804, o Código Napoleônico, tinham como evidente que, em certos casos, quando a lei civil não previsse certa matéria ou não a disciplinasse com precisão, o papel ativo do juiz na solução do caso seria inevitável. A essa concepção, no entanto, não correspondeu a dos primeiros intérpretes do Código, representantes da Escola da Exegese, que pregavam uma postura passiva do intérprete, em obediência ao princípio da onipotência do legislador, que teria previsto a solução para todos os casos. Cf. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006, p. 73-89. A discussão, hoje em dia, tem enorme relevância e tem merecido a atenção de importantes filósofos do direito, como é o caso de Dworkin. Cf. DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 127-203.

<sup>45</sup> HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012, p. 164-165.

<sup>46</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 81-84.

outra”.<sup>47</sup> Por esse ângulo, problemas de ambiguidade, de vagueza, de estereotipação, entre outros, não se apresentam simplesmente como querelas jurídico-linguísticas, mas políticas.<sup>48</sup> Em outras palavras, o que se deve assentar é que, no final das contas, o privilégio de determinadas significações jurídicas sobre outras é fruto, sobretudo, de um exercício de poder.

Não é nossa intenção, aqui, examinar exaustivamente como se dá esse controle político de significações. Basta-nos salientar que ele pode ser compreendido como prática daquilo que Pierre Bourdieu denomina de *poder simbólico*.<sup>49</sup>

Bourdieu salienta que, no interior do campo jurídico, instaura-se uma disputa em torno do monopólio de dizer o direito, isto é, uma concorrência que visa ao monopólio do poder de apropriar a força simbólica existente nos textos jurídicos em estado potencial.<sup>50</sup>

As decisões jurídicas, que implicam a seleção de determinadas significações com exclusão de outras, devem aparecer como resultado necessário da obediência a um processo codificado de resolução de conflitos. Tudo deve proceder como se a luta em torno do poder de dizer o direito e a sua resolução ocorresse em quadros estritamente racionais, dentro dos quais a linguagem da pessoalidade e a linguagem dos interesses particulares não têm cabimento. Daí o emprego de vários recursos, como os da *apriorização*, da *neutralização* e da *universalização*.<sup>51</sup> Dessa forma, a lide pelo controle do poder simbólico suscita um trabalho científico de racionalização jurídica, fazendo com que o sistema de normas jurídicas apareça como fundamentado e construído coerentemente, o que contribui para dissimular as relações de força que lhe subjazem.

A luta pelo poder simbólico não se dá, contudo, entre adversários materialmente iguais. As *armas* simbólicas variam na proporção da desigualdade das competências técnicas e sociais, que os coloca em um patamar de desequilíbrio na exploração do “espaço dos possíveis”. Pierre Bourdieu critica, aqui, o fato de o trabalho de racionalização do direito contribuir decisivamente para a *eficácia simbólica* de certas interpretações prevaletentes, que passam a ser ignoradas naquilo que têm de arbitrário e admitidas como legítimas. A impressão, por exemplo, da necessidade lógica do argumento apresentado pelo juiz coloca em segundo plano a justiça do conteúdo da decisão. Ela parece não decorrer da vontade pessoal do magistrado, da sua visão de mundo ou dos interesses da sua classe, mas de uma *voluntas legis* ou de uma *voluntas legislatoris*.<sup>52</sup>

<sup>47</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 84.

<sup>48</sup> WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 101.

<sup>49</sup> Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989, p. 7-15 e 209-354.

<sup>50</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 212-213.

<sup>51</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 214-216.

<sup>52</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 224-225.



É importante, pois, salientar o papel da dogmática jurídica para o exercício do poder simbólico. Estipulando conceitos e classificações, estabelecendo uma organização das matérias, compatibilizando impropriedades legislativas etc., a dogmática jurídica transforma lutas concretas de poder num jogo, por assim dizer, de meras questões jurídicas, por ela solucionáveis.<sup>53</sup> Não é à toa, aliás, que os próprios detentores, em último grau, do poder simbólico (os órgãos do Estado, em especial os juízes) costumam dela se valer, como forma de reafirmar a autoridade que já detinham de ditar significações. A retórica também aparece, nesse contexto, como instrumento essencial para o uso do poder simbólico, já que capaz de persuadir o interlocutor a partir de premissas um tanto quanto problemáticas, apesar de altamente aderíveis.<sup>54</sup>

Para Bourdieu, o direito garante, assim, a legitimidade das suas escolhas à medida que a eficácia simbólica delas é obtida “com a cumplicidade – tanto mais certa quanto mais inconsciente, e até mesmo mais subtilmente extorquida – daqueles que a suportam”.<sup>55</sup> As interpretações prevalecentes são reconhecidas, desse modo, na medida em que o seu caráter arbitrário é desconhecido ou ignorado, em virtude, em grande parte, do trabalho promovido pelos juristas de construção racional do sistema do direito. Esse trabalho, que Bourdieu denomina de codificação,<sup>56</sup> suscita a *crença* no caráter neutro e autônomo do direito, cujas soluções, “reveladas” pelos juristas, parecem advir de uma atividade meramente científica.<sup>57</sup>

O que está em jogo, portanto, na luta pelo poder simbólico, na expressão do próprio Bourdieu, é o “monopólio da violência simbólica legítima”.<sup>58</sup> O poder simbólico, enquanto poder de *violência* simbólica, implica o “poder de constituir o dado pela enunciação”.<sup>59</sup> A violência inerente ao poder simbólico tem uma natureza especial, não se confundido com a violência da força, se bem que a força esteja nela presente enquanto um elemento oculto. O poder simbólico distingue-se, segundo o autor, por se constituir como um “(...) poder quase mágico que permite obter o equivalente daquilo que é obtido pela força (física ou econômica), graças ao efeito específico de mobilização (...)”.<sup>60</sup>

<sup>53</sup> SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”. São Paulo: Cultural Paulista, 1985, p. 208-210.

<sup>54</sup> SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”, p. 207.

<sup>55</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 243.

<sup>56</sup> “Codificar é ao mesmo tempo *colocar em forma e colocar formas*”. (BOURDIEU, Pierre. *Habitus, code et codification. Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 64, p. 40-44, septembre 1986, p. 41) [tradução livre].

<sup>57</sup> Cf. BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 240-245.

<sup>58</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 12.

<sup>59</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 14.

<sup>60</sup> BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*, p. 14.

Tercio Sampaio Ferraz Jr. e Maria Celeste C. Leite Santos, uns dos principais responsáveis pela introdução da ideia de violência simbólica no âmbito jurídico dentro do País, valendo-se, na época, da obra *La reproduction*, escrita por Pierre Bourdieu em parceria com Jean Claude Passeron,<sup>61</sup> procuram explicar essa mobilização dos destinatários, salientando que a imposição dos significados não se confunde com um ato de coação. Quem exerce o poder de violência simbólica não coage, isto é, não age no lugar do outro: isso implicaria levar o poder ao *grau zero*. Pelo contrário, o poder só é exercido porque permite que o outro aja. A ação do outro, não obstante, é controlada: embora existam várias possibilidades de ação, estas são *neutralizadas*, de tal maneira que apenas uma, já selecionada previamente, seja realmente levada em consideração e aceita como a única em tese possível. Poder, nesse sentido, implica *controle* das possibilidades; não é posto contra a vontade, mas a controla antes mesmo que ela se exerça.<sup>62</sup>

Por fim, não há como negar que o próprio direito, de maneira geral, institucionaliza, ainda, vários mecanismos que reforçam o poder simbólico de certos autores, privilegiando-os em detrimento de outros. É o caso, já referido, dos agentes estatais, em especial os membros dos Poderes, que, pela própria circunstância de exercerem algum tipo de papel político, carregam consigo, de maneira mais ou menos limitada, poder simbólico. Assim, é indubitável que os legisladores, pelo simples fato de poderem produzir normas jurídicas, detêm, por conseguinte, poder de ditar significações. Seu poder simbólico normalmente está protegido por alguns escudos jurídicos, como é o caso, por exemplo, da presunção de constitucionalidade das leis. Também o poder executivo, de algum modo, possui o poder simbólico, à medida que estatui como algumas leis devem ser aplicadas e, *verbi gratia*, aplica sanções em hipóteses que, a seu juízo, há cometimento de infrações administrativas. Mais uma vez, aqui, o direito trata de proteger as significações políticas, ao fazer presumir a legalidade de um decreto ou a veracidade e a legitimidade do ato da Administração. Depois, é incontestável o exercício do poder simbólico pelo Poder Judiciário, a quem a Constituição confere o poder de julgar conflitos e, em última análise, fazer a sua própria interpretação. Ao tornar inquestionáveis certas decisões do Poder Judiciário, também o direito se encarrega de assegurar o exercício legítimo do poder simbólico.

É certo que a separação dos poderes destina-se, em alguma medida, a harmonizar o exercício do poder simbólico entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. De toda sorte, o poder simbólico continua, ainda nos tempos atuais, a

---

<sup>61</sup> Cf. BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.

<sup>62</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, p. 277-278, 2007; SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*, p. 150-154.

ser exercido com prevalência por essa instituição chamada Estado. É ela, em última instância, portanto, a quem compete, no cenário vigente, a determinar, de modo dominante, o predomínio de algumas significações jurídicas sobre outras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A constatação de que, ao fim e ao cabo, significações prevalecentes advêm do poder simbólico exercido pelo Estado nos coloca uma última questão: seriam elas uma realidade inquebrantável ou possibilidades há de rompê-las e inaugurar novas significações? Para nós, a verificação de que significações são produzidas de modo a neutralizar a ação dos indivíduos deve justamente servir de esteio a um desejo de linguagem reprimido. Assim, a compreensão de que determinadas significações se consolidam em detrimento de outras, em razão do emprego do poder simbólico, precisa impulsionar uma atitude crítica dos sujeitos neutralizados, a fim de que passem a agir verdadeiramente livres de qualquer controle. A possibilidade de modificação do cenário instituído perpassa pela transgressão dos significados postos, libertação dos enclausurados e invenção de novos, num processo que deve partir do desvelamento da formação discursiva dos discursos presentes.<sup>63</sup> Esperamos que estes *prolegômenos*, além de apresentar alguns traços que enlaçam direito e linguagem numa mesma trama, possam ao menos despertar no interlocutor interesse pelas condições de emergência de um discurso jurídico de liberdade.

## REFERÊNCIAS

- BITTAR, Eduardo C. B. *Linguagem jurídica*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOURDIEU, Pierre. Habitus, code et codification. *Actes de la recherche en sciences sociales*, Paris, v. 64, p. 40-44, septembre 1986.
- BOURDIEU, Pierre. *O poder simbólico*. Tradução de Fernando Tomaz. Lisboa: DIFEL; Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1989.
- BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean Claude. *A reprodução: elementos para uma teoria do sistema de ensino*. 3. ed. Tradução de Reynaldo Bairão. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1992.
- CAPELLA, Juan-Ramon. *El derecho como lenguaje: un análisis lógico*. Barcelona: Ediciones Ariel, 1968.
- CARRIÓ, Genaro R. *Notas sobre derecho y lenguaje*. 3. ed. aument. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1986.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

<sup>63</sup> Para maiores desenvolvimentos, cf. WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*, p. 105-120.

- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Direito, retórica e comunicação*: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito*: técnica, decisão, dominação. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Para sempre e sempre*. 2. ed. Barueri: Minha Editora, 2012.
- FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Teoria da norma jurídica*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2012.
- MENDES, Antonio Celso. *Direito: linguagem e estrutura simbólicas*. Curitiba: Faculdade de Direito de Curitiba; Associação de Ensino Novo Ateneu, 1994.
- OLIVECRONA, Karl. *Lenguaje jurídico y realidad*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Buenos Aires: Centro Editor de América Latina, 1968.
- OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. *Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea*. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2001.
- RAZ, Joseph. *Razão prática e normas*. Tradução de José Garcez Ghirardi. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.
- Román, Javier Orlando Aguirre. La relación lenguaje y derecho: Jürgen Habermas y el debate iusfilosófico. *Opinión Jurídica*, Medellín, Colombia, v. 7, n. 13, p. 139-162, enero-junio de 2008.
- ROSS, Alf. *Lógica de las normas*. Tradução de Jose S.-P. Herro. Madrid: Tecnos, 1971.
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite. *Poder jurídico e violência simbólica*: problemas do Poder na obra póstuma de Hans Kelsen, "Allgemeine Theorie der Normen". São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- SESMA, Victoria Iturralde. *Lenguaje legal y sistema jurídico*: cuestiones relativas a la aplicación de la ley. Madrid: Fundación Cultural Enrique Luño Peña; Tecnos, 1989.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Tradução de Tercio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Departamento de Imprensa Nacional, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *Mitos e teorias na interpretação da lei*. Porto Alegre: Síntese, 1979.
- WARAT, Luis Alberto. *O direito e a sua linguagem*. Colaboração de Leonel Severo Rocha. 2. ed. aument. Porto Alegre: Sergio Fabris, 1995.
- Watzlawick, Paul; Beavin, Janet Helmick; Jackson, Don D. *Pragmática da comunicação humana*: um estudo dos padrões, patologias e paradoxos da interação. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2007.

Data de recebimento: 28/10/2016

Data de aprovação: 06/12/2016

# SISTEMA DE NULIDADES DO PROCESSO ARBITRAL À LUZ DA SEGURANÇA JURÍDICA

## ANNULMENTS SYSTEM OF THE ARBITRATION PROCEEDINGS TO LIGHT SYSTEM OF LEGAL SECURITY

*Paulo Henrique Silva Godoy\**

*Cristiano Aparecido Quinaia\*\**

### RESUMO

---

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a ampliação do acesso à justiça, ocorreu o fenômeno da expansão da litigiosidade, para o qual a estrutura do Poder Judiciário tem se reinventando visando atender ao contingente de processos. Somado a isso, a sociedade brasileira tem se inserido cada vez mais no cenário empresarial e econômico, sendo território de fixação de grandes corporações multinacionais. Nesse contexto, a Arbitragem ganhou destaque como forma extrajudicial de solução de conflitos em razão da segurança e celeridade que confere às grandes negociações e empresas. Com o presente, será analisado o universo da teoria das nulidades aplicadas ao processo de arbitragem, com a leitura do sistema original trazido pela Lei n. 9.307/96 e suas recentes alterações com a Lei n. 13.129/2015, de forma a apresentar uma interpretação em harmonia com a garantia de segurança jurídica nas relações sociais.

**Palavras-chave:** Processo; Arbitragem; Nulidades.

### ABSTRACT

---

With the advent of the Federal Constitution of 1988 and the expansion of access to justice, was the expansion of litigation phenomenon, for which the structure of the judiciary has been reinventing itself to meet

---

\* Procurador do Estado. Mestre em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Atualmente é docente da Faculdade de Direito de Bauru, mantida pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru. [phgodoy@uol.com.br](mailto:phgodoy@uol.com.br).

\*\* Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu mantido pela Instituição Toledo de Ensino. Especialista em Direito Civil e Processual Civil. Professor convidado de curso de pós-graduação lato sensu. [cquinaia@gmail.com](mailto:cquinaia@gmail.com).

the quota process. Added to this, the Brazilian society has increasingly inserted in the business and economic environments and territory fixation of large multinational corporations. In this context, arbitration has gained prominence as an extrajudicial form of dispute resolution for reasons of safety and speed that gives the major negotiations and businesses. With this, it will be analyzed the universe of the theory of nonentities applied to the arbitration process, with the reading of the original system brought by Law n. 9.307/96 and its recent amendments to the Law n. 13.129/2015, in order to present an interpretation in keeping with the legal guarantee of security in social relations.

**Keywords:** Process. Arbitration; Nullities.

## INTRODUÇÃO

O Processo de Arbitragem ocupa local de destaque entre as iniciativas de solução de conflitos do núcleo de corporações da moderna sociedade capitalista. Desde o início da linha evolutiva do processo, com a utilização da arbitragem facultativa, aparece como mecanismo histórico que cada vez mais ganha maior espaço.

Na década de 1990, o Poder Judiciário experimentou a explosão dos litígios oriundos do exercício dos direitos sociais fundamentais e as discussões oriundas dos planos econômicos implantados no primeiro governo presidencial sob a égide da Constituição Federal de 1988.

Em soma, o sistema judiciário, sobretudo dos Países em desenvolvimento – como é o caso brasileiro – não atingiu o nível de eficiência, segurança e confiança que se espera para o investimento e iniciativa privada.

Sobrevive o ranço da ausência de tecnicidade e de uniformidade na interpretação do direito posto que conduzam a um risco-país desmotivador para a implantação de fusões, incorporações e operações com as multinacionais.

Ao lado disso cada vez mais se expande a Arbitragem com seu arrojado procedimento capaz de se amoldar à preferência das partes quanto ao sistema de instrução e forma de julgamento – se por equidade ou de direito – incluindo-se entre as vantagens a possibilidade de eleição de profissionais *experts* em cada área do conhecimento a fim de que a decisão seja aceitável por ambos.

Para se ter ideia, em pesquisa realizada pelo Ipea – Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas, de 1999 a 2005 o número de processos arbitrais processados aumentou de dois mil para dezoito mil.<sup>1</sup>

Como sistema que exerce a jurisdição, a capacidade de dizer o direito ao caso, não pode olvidar das garantias e princípios vinculados à cláusula do devido

---

<sup>1</sup> Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1139:reportagens-materias&Itemid=39](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1139:reportagens-materias&Itemid=39)>. Acesso em: 06/10/2016.

processo legal, como do contraditório e da ampla defesa, que têm aplicabilidade a todo e qualquer processo judicial, ou não.

Em suma, também o procedimento e processo arbitral se sujeitam ao regime constitucional da jurisdição, vinculando, ainda que na esfera privada, os arbitralistas ao catálogo de garantias mínimas aos cidadãos.

A imparcialidade do árbitro (não corrupto) e a validade de sua sentença (ou laudo arbitral como querem alguns) dependem da obediência ao sistema geral de validades do processo, que se diferencia do sistema de invalidades do direito civil.

Fixadas tais premissas, o presente estudo é endereçado com o foco de delimitar e conciliar as nulidades da sentença arbitral com o sistema de nulidades do processo, de sorte a contemplar a harmonia da teoria do Direito Processual Constitucional.

## **O ENQUADRAMENTO DA SENTENÇA ARBITRAL COMO ATO PROCESSUAL**

A Fenomenologia ocupa local de destaque na Ciência Jurídica, seja para a análise puramente normativa-descritiva do positivismo, seja na busca pelo realismo da teoria egológica cossiana sob o enfoque sociológico da conduta.

Aos adeptos da funcionalidade do sistema positivista, a norma é um fato juridicizado com validade vinculada a uma norma pressuposta. Já para o programa desenvolvido por Carlos Cossio, a conduta ocupa local central na análise do lícito-ilícito, focada na liberdade humana, e a normatividade em segundo plano.

Como a denominação sugere no egologismo (o “eu” central) o direito se ocupa da liberdade da conduta humana, não da análise singela de sua ilicitude e desta conotação normativa. Na lição do mestre argentino:<sup>2</sup>

Para la teoría egológica, en cambio, la norma no es el objeto, sino la significación o concepto expresado por el texto. Y el objeto que a ella corresponde es la conducta humana en su interferencia intersubjetiva, de modo que en el Derecho, al igual que en cualquier ciencia de realidades, hay una intuición sensible que capta precisamente el objeto; porque la conducta humana es un hecho perceptible como tal.

Em qualquer caso, portanto, a Ciência Jurídica se ocupará do estudo e enquadramento de fenômenos humanos em sociedade, em sua mais complexa gama e infinidade quanto permita a evolução.

---

<sup>2</sup> COSSIO, Carlos. *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, 202.

Se a função do Direito é a ordenação da vida intersubjetiva de forma a coordenar a fluência da liberdade e da competição social, todos os fenômenos que de alguma forma impliquem na relação entre as pessoas será de interesse científico, conforme anota Maria Helena Diniz:<sup>3</sup>

O direito como objeto cultural deve ser compreendido, uma vez que os objetos culturais, que implicam sempre um valor, não se explicam nem por suas causas, nem por seus efeitos, mas se compreendem. Compreender é revelar o sentido, e isso só se obtém através do método empírico-dialético, dirigido a lograr uma investigação entendedor e não meramente explicativa.

Os fenômenos produzidos interessam à Ciência Jurídica, desde que impliquem no desfazimento, criação ou modificação de direitos. Os fatos são assim denominados “os acontecimentos que interessam ao ordenamento jurídico, sendo regulamentados por este, e principalmente associados a consequências jurídicas”<sup>4</sup>

Se forem atos do homem os fatos podem ser classificados como comissivos (ação) e omissivos. Já aqueles que ocorrem independentemente de sua vontade ou intervenção são denominados fatos jurídicos em sentido estrito.

Quando um ato é praticado pelo homem com vistas a declarar sua vontade, produzir efeito em relação a terceiros, violar a ordem jurídica, fala-se em ato jurídico, “nesse sentido, o ato jurídico é uma subcategoria dos fatos jurídicos, já que exclui os fatos jurídicos em sentido estrito, isto é, os ocorrentes sem manifestação de ação humana”.<sup>5</sup>

Paralelo ao regulamento das relações jurídicas, diante do monopólio jurisdicional, desde a emancipação científica proposta por Oskar Von Büllow restou esclarecido aos operadores do Direito a existência de outra faceta, extraída a partir da relação que se verifica quando há violação, ameaça ou exercício de direito sem a conjugação da vontade alheia.

Nesses casos, forma-se o processo com direitos e deveres específicos que nascem com a triangularização da relação dos jurisdicionados (autor e réu) e o Estado-juiz:

Desde que los derechos y las obligaciones procesales se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que, también, a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda

<sup>3</sup> *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 135.

<sup>4</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2010, p. 230.

<sup>5</sup> DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*, p. 232.



evidencia, al derecho público y el proceso resulta, por lo tanto, una relación jurídica pública.<sup>6</sup>

Fala-se assim em Direito Processual e Direito Material, e em relação jurídico-material e relação jurídico-processual. As duas ciências possuem regras, conceitos, princípios e finalidades próprias.

O processo em si é uma figura teleológica, abstrativizadamente representado com o instrumento da jurisdição a serviço da proteção à ameaça e lesão de direito (Constituição Federal, art. 5º, XXXV). É o modo pelo qual a Constituição organiza e legitima o exercício da força e a concessão da tutela de natureza jurisdicional.

O que ocorre na prática na vida das pessoas é a concretização do processo através de procedimentos legalmente traçados, que asseguram a participação antitética na produção da norma individual, mediante a ocorrência de fatos e a prática de atos, de acordo com a lição de Dinamarco, Grinover e Cintra:

Ora, a passagem de uma para outra dessas posições jurídicas (caráter progressivo da relação processual) é ocasionada por eventos que têm, perante o direito, a eficácia de constituir, modificar ou extinguir situações jurídico processuais. Esses eventos recebem o nome genérico de fatos processuais. São fatos processuais os fenômenos que dispensam integração dos sujeitos processuais, e são atos aqueles praticados com o fim modificar, criar ou extinguir deveres ou obrigações na relação pública-processual.<sup>7</sup>

Mas, apesar da similitude, os atos processuais distinguem-se dos atos e fatos materiais. Para Cândido Rangel Dinamarco, inexistente a categoria de negócio jurídico-processual, pois, embora a parte pratique voluntariamente o ato, o efeito produzido independe de sua vontade.<sup>8</sup> Quando a parte pratica ou deixa de praticar um ato processual há apenas uma manifestação de vontade, para se desincumbir ou assumir o ônus de sua omissão.

Em todas as formas de resolução de conflito que se realizam por meio do processo, é aplicável a teoria dos atos e das nulidades processuais, distintamente da teoria dos fatos da Lei Civil.

O procedimento previsto na lei deve ser respeitado como garantia de que as pessoas possam exercer sua defesa, possam deduzir suas alegações e provas, com uma previsibilidade da sucessão dos atos. É a velha regra de se proibir tribunais de exceção.

Assim o é na Arbitragem, mecanismo modernamente adaptado do velho instituto romano de arbitragem facultativa e obrigatória que, afora a finalidade

---

<sup>6</sup> BULOW, Oskar Von. *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires, Jurídicas Europa-América, 1964, p. 2.

<sup>7</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 355.

<sup>8</sup> *Teoria geral do processo*, p. 356.

de extrajudicializar a solução de conflitos de interesse, em nada se assemelha ao procedimento que se fazia perante o Pretor.

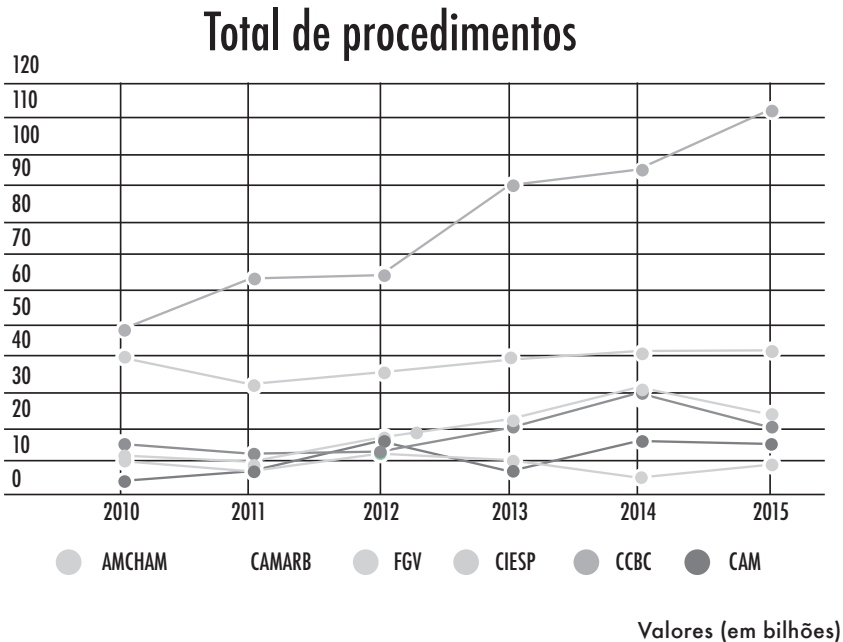
Remotamente antes do surgimento da jurisdição podiam as partes livremente eleger o sacerdote resolver o caso, ou, já no século V no direito romano arcaico o procedimento se dividia perante o pretor e perante o juiz.

Em se tratando de matéria privada, de interesses e direitos disponíveis, sempre se possibilitou que as partes se valessem de mecanismos autônomos de composição, extrajudiciais e sem a participação do Estado.

Regulada no Brasil pela Lei n. 9.307/96 – LA – a Arbitragem é tema de polêmica entre *processualistas* e *arbitralistas*, dos mais renomados praxistas e teóricos, diante da importância do instituto para o direito pátrio e frente ao cenário internacional.

Hoje se opera a arbitragem comercial, internacional, societária, e até fazendária em questões envolvendo construção civil com o Poder Público, tudo produzido graças ao arsenal prático trazido pela novel legislação.

De acordo com pesquisa apresentada por Selma Lemes no trabalho intitulado “Arbitragem em Números e Valores”, nos últimos seis anos subiu em 73% o número de casos de arbitragem no Brasil, conforme é possível aferir pelo gráfico<sup>9</sup> apresentado:



<sup>9</sup> Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-15/solucoes-arbitragem-crescem-73-seis-anos-mostra-pesquisa>>. Acesso em: 06/10/2016.

A importância do tema, portanto, é fundamental, sobretudo, no período de crise econômica enfrentada no qual a arbitragem se apresenta como mecanismo para solução equitativa do desgaste causado às empresas.

Por muito tempo se discutia a natureza dessa arbitragem. Havia aqueles que jamais lhe conferiam o caráter jurisdicional, entendendo que esta capacidade se reservava ao Estado-juiz, enquanto para outros não se trataria de mero acordo, mas, de verdadeira sentença que se obteria por meio do processo arbitral.

Se o escopo jurídico da jurisdição é resolver tecnicamente os conflitos e seu escopo político, é pacificar as pessoas, afigura-se correto atribuir o caráter jurisdicional à arbitragem, desde já, pensando em sua eficácia resolutive com traço de definitividade que conferiu à sentença arbitral o legislador (LA, art. 18).

Não integrar o sistema judiciário não significa dizer que não detém jurisdição. É como entende Carlos Alberto Carmona<sup>10</sup> e, sobre o tema, giza Dinamarco:<sup>11</sup>

Na medida em que o árbitro exerce atividades pacificadoras em processo de natureza cognitiva, essas atividades são jurisdicionais. Em sua origem a jurisdição limitava-se à cognição, excluída a execução por atos do Estado romano e entendendo-se por longo tempo que *jurisdictio in sola consistit* – e isso demonstra que o fato de ser vedada a atuação do árbitro *in executivis* não é sinal de que ele não exerça jurisdição.

Fixada a premissa de o moderno processo de arbitragem exerce sim função jurisdição (afinal, *jurisdictio*, do latim, significa dizer o direito), sob ela podemos caminhar no sentido de que se é jurisdicional e se exercitada por meio de um processo, a Arbitragem não é estranha à Teoria Geral do Processo e ao Direito Processual Constitucional.

É dizer, o Estado e a lei reconhecem na arbitragem a natureza jurisdicional, razão pela qual se torna imperioso um controle político e filosófico sobre seu funcionamento, que não pode macular as garantias das pessoas.

É reconhecida a funcionalidade empresarial da Arbitragem no tratamento de temas de ranhura técnica, tais como societário, fusão e contratação com empresa ou capital estrangeiro, pois, já que possibilita a nomeação do(s) Árbitro(s) os interessados têm a certeza de um julgamento por *experts* sem a interferência do Estado-juiz imparcial e, não raras vezes, apegado à forma e não à consequência comercial.

O caminhar paralelo do arbitralismo e da justiciabilidade exige o tratamento do tema da validade dos atos arbitrais à luz de uma teoria geral do processo, a fim de que em ambos (arbitragem e judiciário) observem-se as regras que constituem os pilares de liceidade do exercício da jurisdição.

<sup>10</sup> *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 26.

<sup>11</sup> *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 41.

Existindo na arbitragem um processo e nesse processo exercendo-se jurisdição, ação e defesa, é natural que seu estudo sistemático passe pela teoria geral do processo e por esses seus institutos fundamentais, antes de chegar ao enfoque especializado da arbitragem em si mesma.<sup>12</sup>

A forma dos atos, os prazos, a possibilidade de defesa, o escrúpulo do árbitro e etc., todos estes fatores formais não correspondem a um fim em si mesmo, mas, na verdade asseguram a liberdade e o patrimônio dos envolvidos.

Se ao final as partes não obterão contra si apenas um laudo, mas uma verdadeira sentença arbitral é necessária observarem-se quais os pressupostos de sua existência, validade e eficácia, assim como a doutrina tem tratado o tema das nulidades do processo judicial.

A partir da leitura do art. 29 da LA não se alcança um conceito horizontal acerca do que nela se deva entender por sentença arbitral, o que se torna mais inteligível se conjugado com o art. 162 do Código de Processo Civil, donde é crível concluir que a sentença *encerra* o processo arbitral, mas, tem por *consequência* a emissão de um título que deverá ser executado (*cumprido*) perante órgão do Poder Judiciário.

Esse é o escopo do processo arbitral: propiciar aos envolvidos uma sentença técnica, um processo produzido pelas características da causa envolvida e a partir das necessidades dos interesses. Da fase expropriatória encarrega-se o Estado como detentor da coerção.

## **NULIDADES E ANULABILIDADES: DIÁLOGO ENTRE PROCESSO CIVIL E PROCESSO DE ARBITRAGEM**

O sistema de nulidades do Processo Civil se diferencia das nulidades dos atos e negócios civis quanto à sua premissa básica: as normas de direito processual são cogentes, ao passo que há autonomia privada nas relações civis.

Assim, diferentemente de nulidade contratual cuja declaração extirpa as obrigações decorrentes da relação, em se tratando de nulidade processual haverá a inegável eficácia do ato até sua declaração judicial, não sendo possível eliminar o que se tenha produzido.

Todo ato do processo arbitral estará sujeito a esta mesma lógica, assim, enquanto vincule pessoas estas deverão e poderão cumprir suas determinações, cuja ordem poderá ser questionada arguindo-se sua nulidade.

“Não há nulidades *pleno iure* em direito público. Em direito público há relações de *sujeição*, sendo esta superiormente definida como *impossibilidade de evitar os atos de exercício do poder*”.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup> A arbitragem na teoria geral do processo, p. 15.

<sup>13</sup> A arbitragem na teoria geral do processo, p. 244.

Toda nulidade é um vício de invalidade do ato processual, mas, nem toda invalidade é uma nulidade. Expliquemos.

O ato processual é regido pela lei, especificamente o Código de Processo, que regula um procedimento para cada natureza de tutela jurídica que se pretenda buscar junto ao Poder Jurisdicional. O direito ao procedimento adequado é oriundo do devido processo legal.

Logo, “a adequação do ato processual ao modelo prefixado na lei (o tipo) fá-lo ato perfeito. A falta de correspondência entre o tipo e o ato determina sua imperfeição. O ato se torna defeituoso ou viciado, como dito geralmente”.<sup>14</sup>

Pode ocorrer de, a despeito da existência de uma irregularidade, nenhuma das partes se manifestarem, ou, ainda, ignorem-na dando cumprimento à sentença arbitral por livre e espontânea vontade. Nesses casos, apesar de existir um vício processual, enquanto não pronunciado produzirá seus efeitos práticos.

Não há consenso entre a terminologia que se atribua às invalidades e o fundo da verificação do vício. Ora se admite falar em nulidade absoluta e relativa, ora inclui-se a categoria de ato inexistente.

A teoria da inexistência do ato pelo vício que o inquina não pode ser tratada como categoria de vício do ato de processo, haja vista tratar-se de um não ato, conforme anota José Joaquim Calmon de Passos.<sup>15</sup> Significa dizer que o pronunciamento judicial nesse caso não reconhece a invalidade de um ato, mas, a *inexistência do pressuposto fático da subsunção da norma*. Busca-se a declaração da ausência do ato, que nem sequer nasceu de acordo com o regramento jurídico que o reconhece.

É diferente declarar que um ato inexistente do que declarar que o ato existe e está em desacordo com a lei. Quando o ato, apesar de observado o suposto fático (*fattispecie*) tem sua eficácia expungida por circunstância externa, ocasião em que se torna possível cogitar em pronunciamento do vício que macula sua identidade legal:

Esses atos têm prefixados na lei os seus pressupostos (elementos de existência e de validade), os seus requisitos (elementos de composição – a hipótese de fato) e os seus elementos de situação – a posição da hipótese de fato na relação processual, todos necessários para sua validade, todos definindo o tipo (legal) a que se deve adequar a atividade (real) dos sujeitos no processo, disso derivando a eficácia do ato, caso para a eficácia não se exija nenhuma condição.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 89.

<sup>15</sup> *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 91.

<sup>16</sup> *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*, p. 108.

Pode-se dizer que ato possui os requisitos intrínsecos de formação válida, do que decorre logicamente a produção dos efeitos, desde que praticado dentro da condição legal de eficácia, observada a forma de concretização (subsunção) do tipo abstrato à espécie fática.

O ato pode existir, e assim ser capaz de irradiar eficácia, criando, modificando ou extinguindo a relação processual. Ou, se não observado algum requisito de formação do tipo, significa dizer, omitida algum requisito de sua configuração como ato, será inexistente.

A gravidade é de tal sorte que Calmon de Passos<sup>17</sup> defendia a tese de que o ato inexistente, acaso considerado realizado pela sentença, não se convalida pelo trânsito em julgado diante do desrespeito ao ordenamento jurídico.

Situação diferente quando, apesar de observada a conjugação dos requisitos legais, em algum deles há vício quanto à forma que restou desrespeitada pelo protagonista do processo. Neste caso aterrissamos no universo propriamente dito das nulidades.

O Código de Processo Civil prevê um sistema conhecido doutrinariamente como *instrumentalidade das formas*, no sentido de que privilegia a preservação do ato em detrimento de declaração pela simples negativa de obediência da forma, “o que interessa, afinal, é o objetivo do ato, não o ato em si mesmo”<sup>18</sup>.

A forma pela forma é peremptoriamente evitada pela moderna processualística, na qual impera em que impera a operabilidade e eticidade do sistema, com a busca contínua pela rápida solução do litígio.

A respeito do tema há importante princípio oriundo do sistema processual francês que trata da preservação do ato, denominado *pàs nullité sans grief*, de acordo com os seguintes artigos do Código de Processo Civil Francês:

Article 115. La nullité est couverte par la régularisation ultérieure de l'acte si aucune forclusion n'est intervenue et si la régularisation ne laisse subsister aucun grief.

Article 121. Dans les cas où elle est susceptible d'être couverte, la nullité ne sera pas prononcée si sa cause a disparu au moment où le juge statue.

São duas, portanto, as regras básicas: a nulidade não é pronunciada se não prejudicar a defesa ou se o juiz puder decidir independentemente de sua existência.

No Brasil, é praticamente repetida *ipsis literis* pelo art. 277 do Novo Código de Processo Civil. Especificamente com relação aos vícios do pronunciamento

<sup>17</sup> Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais, p. 99.

<sup>18</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine; CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 366.

judicial, podem ser de tal forma relacionada ao ato em si e os elementos componentes ou relativos à contaminação da pessoa que o prolatou.

Quanto ao ato em si, falamos de sua constituição jurídico-política perante o ordenamento, desde a previsão constitucional de sua motivação (art. 93, IX), até as causas de sua invalidação por juiz corrupto.

O legislador se ocupou de arrolar as causas possíveis de anulação da sentença, tanto no Código de Processo Civil (art. 966) como na LA no art. 32.

Se o objetivo do processo – que se obtém por uma sentença eficaz – corresponde ao desígnio de eliminação do conflito e pacificação, seria contrária a este interesse a perpetuidade da instabilidade da sentença que, após certo tempo, torna-se imutável, e não mais passível de discussão em processo diverso, seja de natureza rescisória ou anulatória.

No Processo Civil, o prazo para a propositura de ação rescisória decai após dois anos da data do trânsito em julgado (art. 975), sendo que no Processo Arbitral o legislador foi – aparentemente – mais rígido, reduzindo este prazo para noventa dias (art. 33).

Igualmente, na Lei de Arbitragem as causas que suscitam a declaração de nulidade da sentença arbitral ora se referem ao ato, ora se relacionam à contaminação oriunda do árbitro prolator. Em uns casos a nulidade é pelo prejuízo que o desrespeito à forma causou à parte, nos outros casos, é a sentença que foi objeto de vício.

Mas, aqui há evidente distinção entre as ações rescisória e a anulatória.

Em se tratando de rescisão de sentença judicial, será competente o órgão hierárquico imediatamente superior, ao passo que a ação que visa desconstituir a sentença arbitral deverá ser prolatada pelo Poder Judiciário inclusive de primeiro grau. Aqui, o Estado conclama o monopólio jurisdicional de tutela de direitos, resguardando que as pessoas não se vinculem aos pronunciamentos nulos proferidos em processo arbitral.

Ocorre o que a especializada doutrina denomina momento de *relação com a jurisdição estatal*, “sendo um temperamento do sistema de direito positivo à autonomia da arbitragem e constitui um penhor de legitimidade desta perante a ordem constitucional, particularmente a garantia do controle judicial”.<sup>19</sup>

Mas, não resta descaracterizada a autonomia da sentença arbitral. Ela não será *revisada* pelo Poder Judiciário, tal como ocorre com o juízo rescindendo da ação rescisória. O que ocorre é a detecção do motivo de invalidação da sentença e seu pronunciamento, sendo que:

---

<sup>19</sup> A arbitragem na teoria geral do processo. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 235.

A demanda de sua anulação tem natureza claramente *constitutiva negativa*, porque a pronúncia de sua procedência tem por efeito a implantação de uma situação jurídica nova mediante a eliminação da sentença impugnada do mundo jurídico.<sup>20</sup>

É dizer, o Poder Judiciário se pronunciará apenas sobre a existência ou não do vício que macula a sentença arbitral, e, em havendo, determinará que novo julgamento seja proferido no âmbito arbitral. Ao Poder Judiciário é vedado revisar o mérito da sentença prolatada por um árbitro.

A regra da limitação do juízo rescindente vem agora para o texto da Lei de Arbitragem, com a nova redação atribuída ao § 3º do art. 33, com a redação atribuída pela Lei n. 13.129/2015.

O escopo e o objeto da ação anulatória se resumem em eliminar o ato processual arbitral de sentença do mundo jurídico, para que retorne ao mesmo ou outro órgão igualmente *arbitral* para novamente resolvê-lo com a superação do vício que o inquina.

Mas, não somente pela ação anulatória é possível suscitar e acolher a declaração de invalidade da sentença arbitral, em outros casos e situações assim definidas pela lei, sendo imperioso analisá-las paralelamente.

### **PARÂMETROS ENTRE DESCONSTITUIÇÃO E DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL**

A LA prescreve no art. 32 os vícios de ordem objetiva e subjetiva da sentença arbitral, em sendo: I – for nula a convenção de arbitragem (redação da Lei n. 13.129/2015); II – emanou de quem não podia ser árbitro; III – não contiver os requisitos do art. 26 desta Lei; IV – for proferida fora dos limites da convenção de arbitragem; V – não decidir todo o litígio submetido à arbitragem; VI – comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva; VII – proferida fora do prazo, respeitado o disposto no art. 12, inciso III, desta Lei; e VIII – forem desrespeitados os princípios de que trata o art. 21, § 2º, desta Lei.

Já no art. 33 reza a lei que o interessado poderá pleitear ao Poder Judiciária a decretação da nulidade da sentença arbitral. Ocorre que ambos os artigos não observam a rigorosa tecnicidade do sistema de invalidade processual. Vejamos.

Sob a ótica do direito material, o ato nulo é *declarado* pelo juiz, conforme se extrai do cotejo dos artigos 104, 166, 169, e 177, todos do Código Civil Brasileiro, sendo então pronunciamento de natureza *declaratória* com eficácia retroativa dos seus efeitos.

---

<sup>20</sup> A arbitragem na teoria geral do processo, p. 236.



Diferente é o reconhecimento judicial de invalidade de ato processual, pois, enquanto vigente produziu efeito imperativo sobre as partes, razão pela qual o pronunciamento judicial já não será puramente declaratório, mas, possui natureza *desconstitutiva* do ato.

Continuemos. No ato civil, a declaração da nulidade expulsa o ato do mundo jurídico, como se nunca houvesse existindo, porém, em se tratando de sentença arbitral, como ato processual, a desconstituição possui efeitos *ex nunc* (a partir de então), conforme respalda a doutrina:

Dito de outra forma: a tutela jurisdicional para atacar sentença arbitral, quando considerada nula pela lei, considerados os vícios tipificados na norma, tem natureza desconstitutiva. Sentença arbitral viciada, nula ou anulável (na linguagem processual), desconstitui-se, não se declara (ou decreta como diz a lei) a nulidade.<sup>21</sup>

A diferenciação entre o sistema de nulidade do Direito Civil e do Direito Processual é tão sensível que o próprio art. 32 da LA invoca do intérprete a prévia compreensão sobre o tema, pois o vocábulo *nulo* é empregado por duas vezes, mas com conotação diversa.

No *caput* diz-se que a sentença arbitral é nula, já no inciso I diz que a convenção de arbitragem é nula. Há evidente atecnia do legislador que deve ser superada pela interpretação sistêmica do ordenamento.

Como visto, a sentença arbitral é ato processual, portanto, não se decreta, e sim se declara sua nulidade. Já a convenção de arbitragem, é *negócio jurídico* resultante de manifestação para produção de efeitos jurídicos específicos, subordinando-se, portanto, ao conjunto de nulidades do Código Civil, como ensina Francisco José Cahali:<sup>22</sup>

Observe-se ainda que, quando o vício da convenção (negócio jurídico) for considerado pelo direito material como sendo de nulidade absoluta, será desnecessária a sua prévia arguição durante a arbitragem, pois, sendo de ordem pública, escapa da disponibilidade das partes, impedindo o seu saneamento durante o procedimento. Assim, enquanto nulo, o ato não se convalida, e mesmo omissa a parte até a sentença, o vício contamina toda a arbitragem, e compromete, inclusive, a decisão que estará exposta à invalidação nos termos dos arts. 32 e 33 da Lei Especial.

A Lei de Arbitragem está muito mais ligada à eficiência e autonomia das partes o que é visível quando se verifica o prazo reduzido de apenas 90 (noventa) dias para a propositura da ação anulatória perante o órgão judiciário competente, nos termos do art. 33, § 1º.

<sup>21</sup> *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 319.

<sup>22</sup> *Curso de arbitragem*, p. 324.

Nesse ponto, é importante destacar que toda a teoria de nulidades do processo é construída visando ao resguardo dos direitos fundamentais das pessoas, da vetusta garantia do devido processo legal, é dizer, há um interesse social no desempenho do processo pois, a partir dele, podem ser cerceadas a liberdade e o patrimônio.

Diante da constitucionalização do processo e a aplicação da teoria geral do processo ao Processo Arbitral, é inegável a influência do devido processo legal na regulação da regularidade procedimental de sorte a imperar o interesse público do processo em detrimento do interesse das partes.

Dito de outro modo, se o interesse submetido ao juízo de arbitragem pela sua natureza é eminentemente privado e disponível, não o é o interesse do Estado na solução do conflito. Portanto, sempre que houver processo, há de serem observadas as regras e formas.

Com isso, a doutrina admite o reconhecimento de vícios insanáveis pelos efeitos do trânsito em julgado da sentença arbitral, passíveis de serem alegados além dos muros da ação anulatória prevista no art. 32 da LA, conforme anuncia a doutrina:

Os casos de nulidade da sentença arbitral – para utilizar a expressão endossada pela Lei – são taxativos, de modo que não podem as partes ampliar os motivos de impugnação nem estabelecer na convenção de arbitragem novas formas de revisão judicial do laudo. Haverá, porém, casos verdadeiramente excepcionais, em que será necessário reconhecer a sobrevivência da via declaratória ou desconstitutiva para atacar o laudo.<sup>23</sup>

Assim, a par dos casos enunciados no artigo 32 da LA que viabilizam a desconstituição da sentença arbitral por invalidade, afigura-se correto afirmar a existência de hipóteses em que a nulidade absoluta do julgado poderá ser declarada por ação autônoma de impugnação, conforme o escólio:<sup>24</sup>

De qualquer forma, encontram-se subsídios para retirar do cenário a sentença arbitral quando totalmente comprometida, mesmo ultrapassado o prazo decadencial de 90 dias, através da ação declaratória.

Em nosso sentir, a ação declaratória, neste caso, tem como expectativa reconhecer, sempre, a inexistência do procedimento arbitral, ou, mais propriamente a inexistência da jurisdição arbitral.

Seu fundamento, este sim, poderá ser a nulidade absoluta ou inexistência da convenção (cláusula ou compromisso), ou da própria instauração do procedimento arbitral (p. ex., imposto contra a vontade e sem a participação da parte).

---

<sup>23</sup> *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009, p. 399.

<sup>24</sup> *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 335.

Curiosamente embora polêmica a tese da inexistência do ato processual, neste caso é possível vislumbrar a situação concreta de sentença prolatada em procedimento arbitral do qual inexista cláusula compromissória, ou seja, simulada, sem efeitos.

Haverá a comunicação do mundo material com o mundo processual, pois, embora a cláusula esteja prevista em convenção das partes, resultará em inexistência da relação arbitral-processual formada.

O processo arbitral somente se instaura, marcha e transita em julgado se observadas as condições legais e constitucionais, dentre elas o devido processo legal, sendo certo que ausente a condição válida, haverá contaminação do todo.

### **A DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INVALIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA**

O processo arbitral assim como processo judicial seguirá sua marcha natural: postulação, instrução, julgamento e execução. A expropriação dos bens também consagra o contraditório incidental mediante impugnação ofertada pelo devedor.

De acordo com a redação original da LA, “a decretação da nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante ação de embargos do devedor, conforme o art. 741 e seguintes do Código de Processo Civil se houver execução judicial” (art. 33, § 3º).

A redação do artigo causava destempero em comparação ao moderno Processo de Conhecimento Sincrético regulado pelo Código de Processo Civil, por meio do qual é prescrito o desdobramento do procedimento em fase de cumprimento da sentença, e não mais um novo processo, consoante o art. 525 e seguintes do *Codex*.

A Lei n. 13.129/2015 trouxe a atualização da Lei de Arbitragem, modificando o § 3º do art. 33 atribuindo a seguinte redação ao dispositivo: “A declaração de nulidade da sentença arbitral também poderá ser arguida mediante impugnação, conforme o art. 475-L e seguintes da Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil), se houver execução judicial”.

Com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil no ano de 2015 é preciso atenção do operador jurídico para os artigos correspondentes na nova lei que ainda não foram atualizados na LA.

Não se discute a autonomia conferida ao juízo arbitral, bem como sua *kompetenz-kompetenz*, ocorre que a Execução do título foi reservada ao Poder Judiciário, consoante se infere do disposto no art. 31 da LA.

Portanto, iniciada a execução de título arbitral perante o órgão do Poder Judiciário que seria o competente conforme as regras comuns da jurisdição abrir-se-á ao interessado a possibilidade de apresentação do incidente de Impugnação, conforme esclarece Cahali:<sup>25</sup>

---

<sup>25</sup> Curso de arbitragem, p. 282.

A sentença arbitral ‘tem os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário’ (art. 31 da Lei 9.307/1996) e, como tal, na mesma medida, terá eficácia natural *erga omnes*. Apenas se condenatória, qualifica-se como *título executivo judicial* apto a ensejar o cumprimento (ou execução forçada) perante o juízo estatal (art. 31 da Lei 9.307/1996); art. 475-N, do CPC.

Nada obstante a Impugnação esteja inserida no art. 32 da LA que trata da Desconstituição da Sentença Arbitral, a natureza jurídica do ato arbitral – sentença – conduz à inevitável conclusão de que além dos vícios constantes dos incisos do referido dispositivo, somam-se aqueles previstos no art. 525 do Novo Código de Processo Civil que dizem respeito ao ato em si.

O devedor que pretenda ofertar a Impugnação deve fazê-lo no prazo dos 90 (noventa) dias previsto no § 1º do art. 33 da LA. A interpretação é conduzida pela certeza legal conferida à sentença arbitral que desde início possui prazo exíguo para a ação anulatória.

Assim, a interpretação que melhor contempla a autonomia funcional do processo é aquela que conclui deverá o interessado ofertar ação desconstitutiva ou impugnação no prazo comum de 90 (noventa) dias, conforme referenda a autorizada doutrina:

Conclui-se, pois que na impugnação ao cumprimento de sentença arbitral a alegação só será admissível quando deduzida no prazo de noventa dias contado do ‘recebimento da notificação da sentença arbitral ou seu aditamento – e isso constitui uma natural consequência de a impugnação portadora dessas defesas ser um sucedâneo da ação anulatória, o que também concorre para que o prazo para opô-la seja regido de modo coincidente com o prazo para a propositura desta.<sup>26</sup>

A nosso ver, o legislador outorgou ao Código de Processo Civil a tarefa de dirimir a forma de autuação a Impugnação como incidente de questionamento da liceidade da execução da sentença, razão pela qual a conclusão quanto ao prazo e ao conteúdo se harmonizam com a integração propositalmente promovida.

A comunicação das fontes *processual e arbitral* produz outro ponto polêmico: a influência das súmulas vinculantes e/ou julgamento de inconstitucionalidade após a prolação da sentença.

O moderno operador do Direito já se acostumou com a atividade legislativa atípica exercida pelo Supremo Tribunal Federal que, apesar de polêmica, emite

---

<sup>26</sup> *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 271.

verbete de Súmula com eficácia vinculante a todos os órgãos e entidades legais, conforme preconiza o art. 103-A da Constituição Federal.

De outro ângulo o Código de Processo Civil prevê como fundamento para promoção da Impugnação ao Cumprimento da Sentença a cessação da eficácia do título judicial em razão de posterior julgamento de inconstitucionalidade da norma que ampara o juízo de mérito (art. 525, § 12º).

A solução deve ser tal de forma a preservar a máxima autonomia do Juízo Arbitral, e como tal, é imperioso estabelecer o divisor de água que é vontade criadora das partes em serem julgadas a) por lei ou b) por equidade, nos termos do 2º da LA.

Na primeira hipótese os árbitros vão dar solução técnico-legal ao caso, aplicando o direito positivo vigente (os Códigos), ao passo que na segunda hipótese não há vinculação do juízo arbitral ao terreno das leis. Poderá valer-se de direito estrangeiro, regulamentos, formas eleitas pelas próprias partes.

Diferente é o processo arbitral conduzido pela regra de direito, o árbitro se valerá de lei para decidir a causa, e esta, como todas as outras, estão em constante validação perante o Supremo Tribunal Federal.

A declaração de inconstitucionalidade expurga o ato do ordenamento jurídico, ele existe, mas, é ineficaz, não vincula e não produz efeitos, razão pela qual optou o legislador por afastar a certeza e exigibilidade do título judicial apoiado em lei posteriormente declarada incompatível com o texto constitucional.

Assim, quando envolto em juízo arbitral de direito o interessado também poderá se valer da Impugnação a fim de alegar a superveniência da inconstitucionalização da norma que afastará a exigibilidade do título.

No entanto, se o juízo arbitral estabelecido for por equidade, não há incidência da legalidade ou inconstitucionalidade do ordenamento, razão pela qual a doutrina afasta neste caso o óbice da atuação do Supremo Tribunal Federal:

Trata-se das sentenças arbitrais que, mesmo sendo nacionais, porque proferidas neste país, devam decidir com fundamento em outra ordem jurídico-positiva diferente da lei brasileira (direito de outro País, *lex mercatoria*, regras corporativas etc.), ou, por expressa autorização das partes, sejam proferidas com fundamento na equidade.<sup>27</sup>

Ou seja, caso as partes tenham feito a expressa opção pelo juízo arbitral por equidade, fica afastada a aplicação cogente do ordenamento positivo e, com ele, eventual suspensão de eficácia das leis que o compõem por incompatibilidade com a Constituição Federal.

---

<sup>27</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 213-214.

## CONCLUSÕES

A Arbitragem não se sujeita ao formalismo do processo civil, são compartimentos estanques, contudo, ambos atendem ao Direito Constitucional e ao regime constitucionalizado das garantias das pessoas no processo (*due process of law*).

O processo arbitral não é judicial, porém, é jurisdicional. Nele se resolve o conflito com traço de definitividade entre as partes, razão pela qual para a validade da sentença proferida pelo árbitro ou órgão arbitral faz-se de rigor a observância dos requisitos de existência, validade e eficácia do ato.

A segurança jurídica que se exige do processo arbitral em razão de sua vasta utilização do campo comercial não poderia abandonar a técnica processual de avaliação da legalidade de sua sentença.

Não se admite a prolação de sentença por juízes corruptos, tampouco proferidos em desobediência à ordem pública. Mas, é preciso distinguir-se o juízo arbitral de direito e de equidade a fim de não retirar desse mecanismo extrajudicial sua autonomia científica.

Assim, nem sempre a sentença arbitral sujeitar-se-á às decisões do Supremo Tribunal Federal, ou à jurisprudência dos demais tribunais brasileiros, ainda que proferidas em sede de controle de constitucionalidade abstrato ou por súmula vinculante.

O legislador modernizou o processo arbitral, deu-lhe roupagem moderna e independente, reconhecendo-se a *kompetenz-kompetenz*, limitando a fiscalização judicial e trazendo a segurança que dele se espera.

Assim, como todo processo em que ser exerça jurisdição haverá a necessidade de observância das garantias constitucionais que traçam o regime de validade e eficácia das decisões judiciais e arbitrais, sobretudo, a fundamentação, o juiz natural e o contraditório.

Com o advento da Lei n. 13.129/2015, inseriu-se agora mais uma possibilidade de se impugnar eventuais vícios da sentença arbitral, por meio do incidente de Impugnação ao Cumprimento de Sentença, colocando fim a dúvida que pairava quanto à possibilidade de sua utilização.

Não restam dúvidas de que o Processo de Arbitragem se apresenta atrativo e cada vez mais seguro para vinculação às grandes negociações empresariais, em razão da tecnicidade do diálogo e dos meios de impugnação da validade do julgado.

O aumento exponencial do número de processos de arbitragem administrados no Brasil desde a criação da lei mostra a boa receptividade que tem encontrado nas salas de reunião das empresas e que deverá se expandir nos próximos anos.

Na linha evolutiva do processualismo, cada vez mais se socorre a mecanismos que propiciem uma decisão justa e segura, o que passível de ser obtido por meio da Arbitragem como mecanismo de reconhecimento constitucional de natureza resolutiva de conflitos sociais e pacificação.

## REFERÊNCIAS

- ALVIM, Teresa Arruda. *Nulidades do processo e da sentença*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- BULOW, Oskar Von. *Teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*. Traducción de Miguel Angel Rosas Lichtschein. Buenos Aires: Juridicas Europa-America, 1964.
- CAHALI, Francisco José. *Arbitragem: estudos sobre a Lei n. 13.129 de 26-5.2015*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- CAHALI, Francisco José. *Curso de arbitragem*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e processo*. São Paulo: Atlas, 2009.
- COSSIO, Carlos. *la teoría egológica del derecho y el concepto jurídico del libertad*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964.
- DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do direito*. São Paulo: RT, 2010.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A arbitragem na teoria geral do processo*. São Paulo: Malheiros, 2013.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrine. CINTRA, Antônio Carlos de Araujo. *Teoria geral do processo*. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- FIORATTO, Débora Carvalho. *Teoria das nulidades processuais: interpretação conforme a Constituição*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2013.
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Nulidades no processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1993.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Ação de nulidade de sentença arbitral: In: *Soluções Práticas de Direito*, São Paulo, Revista dos Tribunais, v. II, 2011.
- NETO, João Luiz Lessa. *Arbitragem e poder judiciário*. A definição da competência do árbitro. Salvador: Juspovim, 2016.
- PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SALLES, Carlos Alberto de. *Arbitragem em contratos administrativos*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- SEBASTIÃO, José Roque. *Arbitragem: a solução viável*. São Paulo: Ícone, 2009.
- TESHEINER, José Maria. *Pressupostos processuais e nulidades no processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Data de recebimento: 01/03/2016

Data de aprovação: 27/09/2016

# SUSTENTABILIDADE E USO DA ÁGUA NAS ATIVIDADES AGRÁRIAS E A CULTURA DESENVOLVIMENTISTA

## SUSTAINABILITY AND WATER USE IN AGRICULTURAL ACTIVITIES AND THE CULTURE DEVELOPMENTALIST

*Ariana Garcia do Nascimento Teles\**

*Rildo Mourão Ferreira\*\**

### RESUMO

---

Este trabalho pretende abordar o tema da água em sua utilização nos processos produtivos agrários, com vocação de abastecimento de mercado consumidor dentro do agronegócio, que por sua vez é direcionado ao desenvolvimento econômico e não ao desenvolvimento sustentável. A partir disso, visa ainda demonstrar que essa concepção deve ser alterada, de forma a se primar pela conservação da água, em prol do meio ambiente ecologicamente equilibrado, da dignidade humana e do desenvolvimento social. Reflete sobre a necessidade de, na prática, se adotar mecanismos de produção mais sustentáveis e de buscar e cumprir uma regulação jurídica que abranja a ética sustentável como modelo paradigmático capaz de promover a sustentabilidade do uso da água.

**Palavras-chave:** Água e recurso hídrico; Uso nas atividades agrárias; Cultura do desenvolvimento; Apropriação do meio ambiente.

### ABSTRACT

---

This work intends to address the issue of water use in agricultural production processes, with consumer market supply vocation within the agribusiness, which in turn is directed to economic development rather

---

\* Advogada. Especialista em Direito Administrativo pela Faculdade do Centro do Paraná. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Goiás. Mestranda em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás. [arianagarcian@hotmail.com](mailto:arianagarcian@hotmail.com).

\*\* Professor pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Sociedade, Tecnologia e Meio Ambiente da Unievangélica. Professor do curso de Direito da Unievangélica e Unirv. Mestre em Direito Empresarial, doutor em Ciências Sociais e pós-doutor em Desenvolvimento Sustentável. [rildomourao@uol.com.br](mailto:rildomourao@uol.com.br).



than sustainable development. From this, visa still demonstrate that this concept must be changed, in order to prioritize water conservation, in favour of ecologically balanced environment, human dignity and social development. Reflects on the need for, in practice, if adopting more sustainable production mechanisms and to seek and fulfill a legal regulation which covers the sustainable ethics as a paradigmatic model capable of promoting the sustainability of water use.

**Keywords:** Water and water resource; Agricultural activities; Culture of development; Environment ownership.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir a água como recurso hídrico disponível para o uso sustentável de sua destinação às atividades agrárias, visando não só o desenvolvimento econômico, como a dignidade humana e o desenvolvimento social.

Para tanto, reflete sobre a lógica dominante do modelo agroeconômico, de produção para o mercado, que demanda a utilização dos recursos naturais, em geral, sem a preocupação de conservação e preservação.

O artigo se divide em três capítulos. No primeiro, cuidar-se-á de fazer uma distinção da água como recurso hídrico e suas destinações, inclusive previstas em lei. Nele, haverá duas subdivisões. A primeira, para falar sobre aspectos gerais de disponibilidade de água, para as várias destinações, com enfoque na utilização para o agronegócio. A segunda trata, sucintamente, sobre o tratamento jurídico da água, no ordenamento brasileiro.

O segundo capítulo vem subdividido em três, fazendo referência do uso da água para as atividades agrárias, de acordo com o modelo de desenvolvimento, pautado sobre o eixo econômico, muitas vezes, desconsiderando outros aspectos relevantes, implicando quase sempre em processos poluentes e escassez hídrica. Traz ainda a ideia de se despertar para a necessidade de se adotar métodos e meios para mitigar os impactos.

O último capítulo aponta para a sustentabilidade visando atenuação dessa realidade que compromete a água e sua disponibilidade como recurso hídrico, abordando, ainda, a ética para propor uma nova forma de se relacionar com a natureza e que prime pela conservação e preservação da água.

A construção desse trabalho se pautou em uma pesquisa qualitativa e objetiva uma análise da situação de crise hídrica que se instalou e merece enfrentamento.

## O tema água

O tema água é de alta relevância a diversas áreas do conhecimento. Desde a preocupação com sua composição e características químicas, sua localização no planeta, suas fontes e cursos, até o aproveitamento como recurso econômico em

grande escala, na contemplação dos processos produtivos e da viabilidade da vida, para o desenvolvimento econômico e social.

A água é um elemento da natureza e pode ser recurso hídrico. Para Pompeu,<sup>1</sup> água como recurso hídrico é “bem econômico, utilitário, passível de uso com tal fim”. Indo mais profundamente na distinção:

O conceito e a argumentação, em nada falaciosos, para os versados em hidrologia, estão fundamentados nos ensinamentos do conceituado geólogo cearense Aldo da Cunha Rebouças, que leciona: “o termo água refere-se, regra geral, ao elemento natural, desvinculado de qualquer uso ou utilização. Por sua vez, o termo recurso hídrico é a consideração da água como bem econômico, passível de utilização com tal fim. Entretanto, deve-se ressaltar que toda a água da Terra não é, necessariamente, um recurso hídrico, na medida em que seu uso ou utilização nem sempre tem viabilidade econômica”.<sup>2</sup>

Os recursos hídricos assumem muitas destinações: abastecimento público, consumo final, produção de energia hidrelétrica, satisfação das atividades agrárias e de pequenos núcleos populacionais rurais, insumo dos processos produtivos.

Essas destinações estão juridicamente definidas em diversos documentos legais<sup>3</sup> e servem aos processos produtivos, visando o desenvolvimento econômico e social, e viabilizando a vida.

Tais funções exigem gestão responsável, planejada e sustentável da água, que é recurso natural limitado e possui valor econômico, tal como define o art. 1º, inciso II da Lei n. 9.433/1997.<sup>4</sup>

A limitação da água como recurso a promover desenvolvimento tem causado preocupação ligada à crise hídrica e sua utilização sustentável, implicando em escassez para todas as suas demandas.

---

<sup>1</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 70.

<sup>2</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*, p. 71.

<sup>3</sup> A regulação da água e do direito sobre elas está previsto em muitas leis, dependendo até de sua localização e sua destinação. Para citar algumas: Código de Águas de 1934, Código Civil de 2002 (arts. 1.228 a 1.296), Lei n. 9.433/1997, Estatuto do Índio de 1973 (art. 24, § 1º), Constituição Federal de 1988 (arts. 20 e 21; 22, IV; 23, IX; 24, VI; 26, I; 43, IV e § 3º, Cap. V do Título VIII), Lei n. 9.984/2000, Lei n. 9.966/2000, Lei n. 9.537/1997, Lei n. 10.881/2004 e várias outras, além de outros normativos.

<sup>4</sup> BRASIL. Lei Federal n. 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei n. 8001 de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n. 7.990, de 28 de dezembro de 1989.

## Águas no Brasil – breve análise geral

Aproximadamente 12% (doze por cento) da água doce no Planeta encontram-se em terras brasileiras. Dois por cento delas, na Bacia Amazônica, região menos populosa, em relação ao restante do país.

Rebouças<sup>5</sup> descreve que “A água doce é elemento essencial ao abastecimento do consumo humano e ao desenvolvimento de suas atividades industriais e agrícolas e é de importância vital aos ecossistemas – tanto vegetal como animal – das terras emersas”.

Em um quadro mais minudente, expõe:

(...) o Brasil destaca-se no cenário mundial pela grande descarga de água doce dos seus rios, cuja produção hídrica, 177.900 m<sup>3</sup>/s e mais 73.100 m<sup>3</sup>/s da Amazônia internacional, representa 53% da produção de água doce do continente sul-americano (334 mil m<sup>3</sup>/s) e 12% do total mundial (1.448 milhões de m<sup>3</sup>/s).

(...) em três unidades hidrográficas – Amazonas, São Francisco e Paraná – estão localizadas cerca de 80% da nossa produção hídrica total. (...) estas três bacias hidrográficas: 1) Amazonas, 4) São Francisco e 6) Paraná cobrem cerca de 72% do território brasileiro, destacando-se a dimensão da Bacia Amazônica que tem uma área equivalente a 57% da superfície do Brasil.<sup>6</sup>

No tocante à qualidade, “dados da Agência Nacional de águas indicam que 6% da água no Brasil é considerada de ótima qualidade, 76% de boa qualidade, 11% regular, 6% ruim e 1% de péssima qualidade”, informa Barbosa.<sup>7</sup>

Essa água não tem distribuição uniforme pelo território brasileiro e o acesso aos recursos hídricos para as todas as demandas é desigual, nisto levando-se em consideração diversos fatores, desde a antropização das regiões, a pobreza de certas populações e a localização da água no território, presente nos rios perenes e temporários.

Além disso, fala-se em cultura do desperdício, dada a abundância da água como elemento da natureza, transmitindo a errônea impressão de livre disponibilidade do recurso, associada, ademais, ao baixo custo de sua utilização.

Assim, quer-se evidenciar pelo menos dois fatores que levam à escassez hídrica: antropização que, para este trabalho, associa-se à ideia de crescimento desordenado e ocupação desorganizada dos espaços, inclusive rurais, e a utilização desregrada nos processos produtivos, notadamente agrícolas, conforme será analisado no presente artigo.

---

<sup>5</sup> REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Água doce no mundo e no Brasil. Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 4. ed. São Paulo: Escrituras, 2015. p. 1.

<sup>6</sup> BARBOSA, Vanessa. *A última gota*. São Paulo: Planeta, 2014. p. 27.

<sup>7</sup> BARBOSA, Vanessa. *A última gota*, p. 27.

Considerando esses dois pontos de enfoque, há que se falar, ao longo da escrita, em formas sustentáveis de uso, bem como destacar a cultura paradigmática do mau uso da água, com uma noção de desenvolvimento econômico, a partir da ideia de apropriação da natureza, sem preocupações ético-sustentáveis.

Antes, todavia, impende ressaltar ainda neste tópico que aborda considerações mais gerais, a questão da escassez de água de boa qualidade para abastecer o consumo. Além de disponibilidade do recurso, destaca-se que a utilização da água depende não só de sua composição (doce, salubre, salina), como do padrão de qualidade.

Os padrões de qualidade são estabelecidos no Brasil, pela Portaria n. 36/90 do Ministério da Saúde, considerando os sólidos totais dissolvidos (STD) em 1.000 mg/L.

Novamente segundo Rebouças, quando os constituintes da qualidade da água ficam entre 5 e 0,01 mg/L são chamados menores e se ficam inferiores a 0,01 mg/L, são traços ou micropoluentes, sendo que os metais mais pesados se enquadram como constituintes menores ou traço.

Transcrevendo o que diz o referido geólogo:<sup>8</sup>

Atualmente, as populações dos grandes centros urbanos, industriais e áreas de desenvolvimento agrícola com uso intensivo de insumos químicos já se defrontam com problemas de escassez qualitativa da água para consumo. Deve-se ressaltar, ainda, que, se a escassez quantitativa de água para consumo constitui fator limitante ao desenvolvimento, a escassez qualitativa engendra problemas muito mais sérios à saúde pública, à economia e ao ambiente em geral.

(...)

Dessa forma, os aspectos qualitativos da água tornam-se cada vez mais importantes, ou tão importantes, em muitas regiões desenvolvidas ou muito povoadas do mundo, quanto os problemas tradicionais de escassez quantitativa natural ou engendrada pelo acréscimo acelerado ou desordenado das demandas locais.

O uso da água para os processos produtivos agrícolas tem ocasionado desmatamentos, erosão do solo, empobrecimento das pastagens nativas, redução das reservas de água do solo, migração da população rural para as cidades, que por sua vez, geram uma ocupação desordenada do espaço em geral, agravando secas e enchentes.

A isso se soma a questão cultural de não preservação da água como elemento da natureza. Pesquisa de opinião pública, realizada em 1997, pelo Ibope, reconhece que a água é um dos elementos que mais merecem proteção, no meio

---

<sup>8</sup> REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Água doce no mundo e no Brasil. Águas Doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação, p. 25-26.

ambiente. Dos 69% que assim declararam, no entanto, apenas 52% se disseram dispostos a combater o desperdício.

Essa visão é na verdade cultural. A forma como o ser humano se apropria da natureza como recurso a lhe servir, sem se preocupar com sua renovação ou conservação, é um reflexo da forma como o homem se relaciona com o meio ambiente, dissociando-se dele, muito longe da concepção de pertencimento, e cedendo espaço para o paradigma exploratório e mercadológico dos processos de produção, ligados a essa concepção de desenvolvimento que, por sua vez, encaram a terra e seus recursos naturais, como propriedades individualizadas.

Cumprе, todavia, ressaltar que a água representa, acima de tudo, além de dignidade humana, sob a análise do ponto de vista do desenvolvimento econômico e social, também saúde pública. Não só por gerar meios de viabilizar a vida saudável no planeta, como por estar umbilicalmente ligada a medidas de higiene e alimentação que perpassam o consumo humano. Para tanto, é necessário o gerenciamento dos recursos hídricos, para que a água não se transforme em vetor de epidemia ou mortalidade, inclusive.

Nesse aspecto, convenientes as palavras de Branco:<sup>9</sup>

Além da falta de saneamento básico, abastecimento, coleta e tratamento de esgoto deficientes em várias regiões brasileiras, o uso intensivo e extensivo da água para irrigação e geração de energia pode dar origem a inundações temporárias ou permanentes de grandes áreas, constituindo ambientes propícios ao desenvolvimento de vetores biológicos de diferentes doenças, como a esquistossomose, a malária e a dengue. As quais constituem as endemias de grande significado sanitário, social e econômico em diversas áreas do país.

Todas essas doenças são, portanto, atribuídas ao gerenciamento inadequado dos recursos hídricos e são denominadas sob um conceito mais abrangente como doenças associadas à água (...).

(...)

As doenças de transmissão hídrica são as mais relevantes do ponto de vista da saúde pública, uma vez que são aquelas causadoras de elevada morbidade e mortalidade por diarreia em crianças menores de 5 anos em todo mundo.

Mais uma vez, a qualidade da água está determinando não só questões de acesso ao recurso, como relevantes abordagens de ordem sanitária. A contaminação das águas pelos processos de degradação ambiental, decorrentes de técnicas agrícolas agressivas, igualmente contribuem para o comprometimento da saúde pública, pela presença de metais pesados e agentes químicos, dentre outros.

---

<sup>9</sup> BRANCO, Samuel Murgel et al. Água e saúde humana. Águas doce no Brasil: capital ecológico, uso e conservação, p. 240.

Branco<sup>10</sup> também salienta:

As atividades humanas levam a usos múltiplos dos recursos hídricos.  
(...)

Como consequência desses impactos é comum a verificação de acelerados processos de eutrofização – enriquecimento artificial dos ecossistemas a partir, sobretudo, de descargas de esgotos domésticos e industriais dos centros urbanos e regiões agricultáveis.

(...)

O crescimento da agroindústria em algumas regiões do Brasil tem sido bastante acelerado nos últimos 30 anos. A grande biomassa de cultivos monoespecíficos e a necessidade de intensificar o crescimento vegetal, pelo uso extenso de fertilizantes, têm corroborado para uma rápida eutrofização de rios e reservatórios (...).

O aumento da produção agrícola brasileira se deve ao agronegócio, que tem sido estimulado, para gerar crescimento econômico brasileiro. Com ele, todavia, vêm as produções em grande escala, destinadas a alimentar o mundo, criando transtornos ambientais desastrosos e implicações gritantes na escassez qualitativa de água, além da redução de potenciais aquíferos.

Rattner<sup>11</sup> avalia bem essa questão:

O avanço da economia brasileira para o interior foi comandado pelo agronegócio, que deixou em seu rastro um enorme vazio demográfico, expulsando as populações nativas, caboclas e indígenas. Ao mesmo tempo, possibilitou enormes latifúndios – foi o caso do “rei” da soja que ocupou sucessivamente as terras do cerrado e do sul da Amazônia, constituindo uma verdadeira ameaça aos ecossistemas, à biodiversidade, ao clima e à população do país.

As técnicas utilizadas pelo agronegócio, cuja lógica é a de produção de escala, são devastadoras do meio ambiente e dos ciclos hidrológicos. Por conseguinte, respeitam uma cultura de apropriação da natureza que precisa ser enfrentada e alterada, sob pena de grandes perdas, sobretudo com a má utilização dos recursos hídricos, comprometendo a vida no planeta e o acesso à água pelas comunidades mais pobres.

Muito se discute sobre privatização e comercialização das águas, como parte da solução do problema de seu mau uso. Mas definitivamente, essa solução afasta parcela considerável do mundo, do acesso à água como recurso hídrico a satisfazer mesmo suas necessidades mais vitais e a promover dignidade humana.

---

<sup>10</sup> BRANCO, Samuel Murgel. Água e saúde humana. Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação, p. 245-246.

<sup>11</sup> RATTNER, Henrique. *Uma ponte para a sociedade sustentável*. São Paulo: Senac, 2012. p. 69.

Não bastasse a distribuição física da água, no planeta e pelas regiões brasileiras, o que, por si só, pode gerar escassez quantitativa, considerando a densidade demográfica das regiões e sua disponibilidade de água; e não bastasse ainda o comprometimento da qualidade da água, que também pode gerar limitação de uso, a privatização das águas acarretaria um problema de viés democrático à luta pelo acesso ao recurso. Não seria solução interessante, considerando o interesse coletivo.

A questão parece que necessita passar pela alteração de paradigma, quanto à forma de como o ser humano se relaciona com a natureza. O aspecto cultural da apropriação e da utilização dos recursos naturais deve introduzir a sustentabilidade à noção de desenvolvimento, e assim, gerar melhores expectativas de futuro.

### Legislação brasileira sobre nossas águas – breve quadro

Esse subtópico não visa exaurir a matéria a respeito da legislação existente quanto ao tema água, no Brasil, mas sim ressaltar os principais tratamentos normativos, quanto ao uso e destinação deste recurso, tão importante ao ciclo da vida e que, portanto, assume tão grande papel na pacificação social e no campo dos fatos considerados para o Direito, ou seja, com implicação jurídica.

Em resumo, é possível extrair da obra de Pompeu,<sup>12</sup> algumas previsões na Constituição Federal de 1988 sobre o tema.

O art. 20, § 1º prevê exploração por órgãos da Administração Direta da União, estados, Distrito Federal e municípios, de recursos hídricos para energia elétrica (umas das demandas do uso da água), ou compensação financeira.

Também prevê o aproveitamento econômico e social de rios e das massas de água represadas ou represáveis em regiões de baixa renda, sujeitas a secas periódicas, visando desenvolvimento regional, com arrimo no art. 43, §§ 2º, IV e 3º da Constituição. Trata ainda dos potenciais hidroenergéticos, para exploração dos serviços e instalações de energia elétrica, através de autorização, concessão ou permissão, nos termos do art. 21, XII, *b* da Carta Magna.

Sobre definição de competência para legislar sobre águas, o texto constitucional trata em seu art. 22, IV e parágrafo único, da competência privativa da União para criar direito, reportando aos Estados e Distrito Federal, legislar sobre o assunto, por autorização da União.

Além disso, a competência comum dos três entes federados, para as ações de proteger o meio ambiente, combater a poluição, segundo preleção do art. 23, VI da Constituição da República, além da concorrente, do art. 24, VI.

---

<sup>12</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*, p. 48-55.

Fora a Constituição Federal, outras legislações tratam especificamente sobre o tema. Destaque para o Código de Águas, que elenca os aproveitamentos dos recursos hídricos e outras questões importantes, inclusive para “aplicações na agricultura” como dito no art. 43<sup>13</sup> e outros dispositivos que tratam de instrumentos da política nacional de recursos hídricos, artigos 5<sup>o</sup><sup>14</sup> e seguintes, e da cobrança pela utilização do recurso, artigos 19 a 22.<sup>15</sup>

Ainda no âmbito da destinação da água nas atividades agroeconômicas, a Lei n. 12.787/2013 deve ser lembrada como alteração do paradigma no pensamento da política nacional de irrigação, ao instituir princípios e objetivos que incentivam o agronegócio em articulação com a preservação do meio ambiente e a sustentabilidade, o que não se previu na Lei n. 6.662/1979.

No tocante ao Código Florestal, destaca-se que as alterações trazidas com esta lei, inclusive promovendo perdão ao passivo de reserva legal antes de 22 de julho de 2008 e diminuindo o raio das áreas de preservação ambiental dentro de propriedades, muito beneficia o aproveitamento da terra e seus recursos naturais para a exploração de interesse ao mercado econômico e internacional, bem como fomenta maiores desmatamentos para liberar a terra de sua cobertura vegetal originária e destiná-la às atividades lucrativamente rentáveis.

Em função da destinação das áreas rurais para a agricultura e pasto, além do extrativismo, corre-se um risco de esse Código, ao ser um instrumento de facilitação para a manutenção da estrutura fundiária de monoculturas, levando-se em conta os desmatamentos e outras medidas que a vocação econômico-agrícola

---

<sup>13</sup> Art. 43. As águas públicas não podem ser derivadas para as aplicações da agricultura, da indústria e da higiene, sem a existência de concessão administrativa, no caso de utilidade pública e, não se verificando esta, de autorização administrativa, que será dispensada, todavia, na hipótese de derivações insignificantes.

<sup>14</sup> Art. 5º São instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos:

I – os Planos de Recursos Hídricos;

II – o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos preponderantes da água;

III – a outorga dos direitos de uso de recursos hídricos;

IV – a cobrança pelo uso de recursos hídricos;

V – a compensação a municípios;

VI – o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos.

<sup>15</sup> Art. 19. A cobrança pelo uso de recursos hídricos objetiva:

I – reconhecer a água como bem econômico e dar ao usuário uma indicação de seu real valor;

II – incentivar a racionalização do uso da água;

III – obter recursos financeiros para o financiamento dos programas e intervenções contemplados nos planos de recursos hídricos.

Art. 20. Serão cobrados os usos de recursos hídricos sujeitos a outorga, nos termos do art. 12 desta Lei.

Parágrafo único. (VETADO).



e a exportação exigem, comprometer a água como recurso natural. A grande questão dessa legislação são os impactos da política de má conservação do meio ambiente.

Não se pode olvidar das leis ambientais de proteção contra a poluição, como Lei Federal n. 9.605/1998 e o Decreto Federal n. 6.514/2008, que incriminam condutas que atentam contra a qualidade da água em geral, bem como contra a contaminação dos recursos hídricos, dentre outras preocupações ambientais.

Não são leis específicas que se reportam às águas, mas ainda são instrumentos legislativos importantes para a contenção dos excessos contra o meio ambiente, promovendo o que ressalta o art. 225 da Constituição Federal, sobre “meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

De todo modo, o que se pode sentir dessas leis é que os recursos hídricos ora são tratados como meios para o desenvolvimento, sendo empregados em diversos aproveitamentos, e sendo regulados visando essa condição; ora são protegidos, dentro da visão de equilíbrio para a vida e a biodiversidade, muitas vezes, desconsiderando também, o aspecto desenvolvimentista, em seu âmbito maior, ou seja, restringindo a utilização da água, apenas com justificativa no enfoque ambiental e protecionista.

A interpretação do direito, entretanto, ou mesmo a efetiva utilização da água tem como pano de fundo, a cultura de tratar os recursos hídricos e os naturais, em geral, como fontes em prol do desenvolvimento econômico e da propriedade, deixando a conservação e a renovação do meio ambiente como retórica, de certa forma.

(...) a apropriação privada é justificada, o papel do Estado no controle do exercício do direito de propriedade é, por sua vez, legitimado e limitado, a propriedade é colocada no fundamento do próprio Estado: pois não é ela ‘a alma universal da legislação’, a ‘base de todas as instituições’?<sup>16</sup>

Esse fulcro, entretanto, deve ser modificado, como aponta Benfatti,<sup>17</sup> ao dizer que: “O meio ambiente não deve ser encarado como mero fornecedor de matéria-prima, como ocorreu no Brasil Colônia (busca de pau-brasil e metais preciosos) ou no Império Brasileiro (modelo exportador de recursos naturais e minerais)”.

A modernidade tardia do Brasil deve servir para antever os efeitos nefastos da superexploração do meio ambiente, para projetar desenvolvimento econômico, aliado à proteção ambiental.<sup>18</sup>

<sup>16</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Tradução de Chaves, Joana. Lisboa: Éditions La Découverte, 1995, p. 63.

<sup>17</sup> BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 161.

<sup>18</sup> BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Direito ao desenvolvimento*, p. 163.

## ÁGUA E O USO NAS ATIVIDADES AGRÁRIAS DE MERCADO

É certo que a modernidade da ciência biológica e das máquinas foi aproveitada para a produção em larga escala da agricultura, visando o atendimento do mercado externo.

A degradação ambiental que decorre do avanço tecnológico de métodos e sementes, visando a vocação agroeconômica dos países em desenvolvimento, entretanto, não é um grande novidade. A natureza demonstra, em diversos períodos históricos, o quanto sofre pelos impactos, ao se sujeitar a uma utilização agressiva.

Veiga<sup>19</sup> traz um retrospecto esclarecedor dessa ótica, quando salienta que:

Os machados de pedra polida foram temerários instrumentos de desflorestamento quando utilizados a torto e a direito. Arados e charruas tornaram-se muitas vezes temíveis engenhos de degradação dos solos quando passados com muita frequência em áreas insuficientemente adubadas, ou simplesmente usados em terras erodíveis. Durante muito tempo, o manejo de estrume foi mortífero sempre que acumulado muito perto das nascentes de água potável. O esterco também inviabilizou muitas sementeiras, quando aplicado com atraso, ou em quantidade excessiva. A forte expansão das fronteiras agrícolas em tempos medievais exigiu um posterior recuo, que foi, aliás, uma das principais razões das crises de abastecimento alimentar, fome e doenças que marcaram o século 13 europeu. E a vertiginosa expansão das ferrovias pelas novas áreas de povoamento durante o século 19 também trouxe ao mundo sua primeira grande crise de superprodução agrícola.

(...)

Hoje, mesmo em países periféricos como no Brasil, a grande massa dos produtores só consegue um padrão de vida dos mais modestos se participar de uma imensa maratona tecnológica, que, para muitos, é um cooper na esteira: só pára, quem pula fora. E é justamente essa corrida desenfreada pela adoção dos pacotes tecnológicos da agricultura moderna que provoca por aqui os mesmos impactos deletérios e ameaças ambientais antes constatados na Europa, na América do Norte ou no Japão.

Em desdobramento a essa constatação, desde a década de 1980, outros tipos de agricultura tem sido encontradas, para fazer contraponto às técnicas tradicionais, como a orgânica, a natural, mas ainda são insipientes. Talvez porque não respondam ao mercado consumidor externo, faminto.

---

<sup>19</sup> VEIGA, José Eli da. Agricultura no mundo moderno: diagnóstico e perspectivas. *O meio ambiente no sec. 21*. 4. ed. Sextante, 2003. p. 198-213.

O impacto negativo das técnicas de produção, as anteriores e as modernas, reflete-se na poluição das águas, contaminadas pelos agrotóxicos, erosão do solo, e causando assoreamento de rios. Também a descarga de dejetos da pecuária bovina, suína etc.

Dentre os principais usos da água, com consequências para sua escassez futura e contaminação, destaca-se a irrigação e a dessedentação de animais, na pecuária. O uso de agrotóxico é outro processo fortemente utilizado no setor, que promove contaminação e redução dos corpos hídricos.

Estima-se que em 2020 o consumo total da água em utilização no cultivo seja ainda de 60%, em que pese algumas medidas e estudos tem buscado diminuir esse percentual.

A grande questão desses números são os impactos ambientais decorrentes da utilização da água na agricultura e pecuária: salinização dos solos, lixiviação de agroquímicos, carreamento de partículas de solo e fertilizantes para a água, que sofre deterioração da qualidade, poluição dos corpos hídricos por contaminação pelas fezes e urinas de animais dessedentados, tudo agravado pelo escoamento da água das chuvas, podendo causar com grande potencial, danos à saúde humana e animal.<sup>20</sup>

Sobre tais pontos, tratar-se-á, resumidamente, evidenciando o mau uso da água, a fim de se projetar soluções sustentáveis, de modo a tornar compatível o desenvolvimento econômico e a renovação e conservação dos recursos hídricos.

### Do uso da água na irrigação

Trata-se de um dos principais usos consuntivos da água. Atualmente, informa Telles,<sup>21</sup> cerca de 8,5% das terras cultivadas no país se valem de diversos tipos de irrigação, sendo responsáveis por 20% do volume do que se produz e 35% do que se arrecada.

Goiás, por exemplo, tem 269.921 hectares de área irrigável. A Região Sul, uma das maiores produtoras de arroz, possui 1.224.578 hectares de área irrigável.

Segundo Veiga,<sup>22</sup> só no Estado de Goiás, a irrigação já consome vinte vezes mais água que os domicílios da capital. Alguns métodos afrontam a saúde da água, bem como afetam sua disponibilidade para todas as formas de consumo, chamando a atenção para um futuro de escassez, se o mau uso não for atenuado, ou se não se propuser e efetivar novos processos.

---

<sup>20</sup> TELLES, João Augusto. et al. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 319.

<sup>21</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 319.

<sup>22</sup> VEIGA, José Eli da. A agricultura no mundo moderno: diagnóstico e perspectivas. *O meio ambiente no sec. 21*, p. 198-213.

No Nordeste, também, informa o mesmo estudioso acima, a irrigação é um desajuste, visto não suprir a seca nordestina e não satisfazer, portanto, as demandas sociais das populações rurais.

Todavia, como dito por Barbosa:<sup>23</sup>

a agricultura brasileira tem o desafio de se tornar mais sustentável em termos ambientais, melhorando o uso da água na irrigação, bem como gerenciando com mais parcimônia a aplicação de agroquímicos a fim de reduzir a contaminação ambiental, especialmente a de recursos hídricos.

Dessas reflexões todas, nasce a ideia de sustentabilidade. No caso do uso da água para a irrigação, valiosa é a análise da Lei n. 12.787/2013, que institui a Política Nacional de Irrigação em substituição à anterior, Lei n. 6.662/79.

A lei substituída teve abrangência sobre as águas superficiais (permanentes e eventuais) de domínio da União, já que a Constituição de 1988 tornou as subterrâneas de domínio do Estado.

Demandava outorgas que poderiam se findar, pelo abandono ou renúncia pelo outorgado, assim como pelo inadimplemento, a caducidade, a poluição ou a salinização das águas, com prejuízos para terceiros, a critério do que decidisse o órgão ou entidade pública, ao considerar inadequado o uso da água para cumprir as finalidades socioambientais do projeto de irrigação.<sup>24</sup>

Já a novel legislação aponta para princípios que se dirigem à sustentabilidade e à integração como políticas de meio ambiente e outras desenvolvimentistas, como se vê no art. 3º.

Além disso, estabelece objetivos que almejam a produtividade com bases ambientalmente sustentáveis, a redução de riscos climáticos e o desenvolvimento de regiões com baixos indicadores sociais e econômicos, como descrito no art. 4º.

A vertente da nova política de irrigação é diferente daquelas previstas na lei de 1979. Considera a preocupação com o meio ambiente e define em lei, que a irrigação deve ser praticada com observância à sustentabilidade, abrindo espaço para um novo paradigma, que certamente influencia em métodos menos ofensivos aos recursos hídricos.

Esse viés sem dúvida altera o paradigma do uso da água na irrigação, técnica empregada na produção de grande escala do agronegócio, e deveria ajustar instrumentos como a outorga da água usada em processos produtivos, pautando exigências mais rigorosas ao produtor, para sua concessão, bem como cobrando maior fiscalização do uso dessa água, dentro dos parâmetros da outorga concedida.

---

<sup>23</sup> BARBOSA, Vanessa. *A última gota*, p. 81.

<sup>24</sup> POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*, p. 201.

Outro aspecto que a concepção da nova lei de irrigação deveria influenciar é a correta cobrança pelo uso da água parcialmente captada para utilização nesses processos produtivos voltados ao agronegócio, tanto a promover racionalização, contendo o desperdício, como para investir percentual que seja da arrecadação, a estudo e desenvolvimento de programas de conservação das bacias, dos corpos hídricos ou mesmo da biodiversidade degradada pelo uso do recurso e pela exploração da atividade agrária.

Essas nuances são contemplativas da Lei n. 9.433/97, no que se refere aos instrumentos da política nacional de recursos hídricos e à cobrança pela utilização em larga escala da água.

Todavia, é no plano prático que se deve pensar essa sustentabilidade. Os métodos mais comuns de irrigação são: 1) por superfície, 2) por aspersão, 3) por inundação, 4) pivô central, 5) localizada.

Sucintamente, o método de irrigação por superfície se dá por sulcos, faixas e tabuleiros. No quadro que descreve os métodos mais utilizados, por região no país, para o ano de 2006,<sup>25</sup> corresponde a 5,76% da área total irrigada do país, cerca de 4.453.925 hectares.

Outro processo é a irrigação por aspersão, que totaliza 35,32% das áreas irrigadas brasileiras. Pode ser portátil ou permanente, ou mais tradicional, de forma mecanizada.

Outro método ainda é a irrigação por inundação, que mais consome água, consistindo em 24,35% da área irrigada do Brasil. Grande parte dessa área está na Região Sul, que tem forte vocação para o cultivo de arroz, valendo-se desse processo.

Dado o alto consumo de água nesse método, a Região Sul tem investido no sentido de controlar a qualidade e o desperdício da água. Valem os relatos expostos de Telles:<sup>26</sup>

Nas décadas de 1970-1980, a produtividade média no RS era de 4 mil kg/ha e para isso eram utilizados mais de 15 mil m<sup>3</sup> de água. Em 2012/2013, a produtividade média no Estado era de 7.642 kg/ha, utilizando 8 mil litros de água para produzir 955 Kg de arroz. O objetivo, no Rio Grande do Sul, é atingir a escala 1 para 1, utilizar 1m<sup>3</sup> de água para produzir 1 Kg de arroz.

Outro mecanismo é a irrigação por pivô central, que ocupa 18,86% das áreas irrigadas do Brasil. Exige, em regra, grandes volumes de água. Cada 100

---

<sup>25</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 321.

<sup>26</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 322.

hectares pode consumir a capacidade de um município de 30 mil habitantes, como informa Telles.<sup>27</sup>

As técnicas mais utilizadas no mundo são as localizadas. No Brasil, 7,36% das áreas irrigadas usam o mecanismo. Dentre os tipos da irrigação localizada, a mais comum é o gotejamento, usado inclusive, no semi-árido baiano, para benefício do cultivo de manga, cebola, melão e cana de açúcar, gerando 50% de economia de água e permitindo alta produtividade, como no caso dos melões e cebolas, 400% e 200%, respectivamente. Nos canais brasileiros, a técnica incrementou 50% na produção. São dados extraídos de Barbosa.<sup>28</sup>

Impende, por fim, apenas mencionar que para a escolha do melhor método de irrigação, há que se levar em consideração, aspectos como topografia, as características dos solos, as peculiaridades da cultura, do clima, a fonte, a expectativa econômica, social e ambiental, além dos fatores humanos, principalmente nível de escolaridade, hábitos, tradições do homem do campo e do produtor. É como descreve, novamente, Telles.<sup>29</sup>

Comporta refletir que as técnicas de irrigação devem passar a ser escolhidas pelo produtor, além dos fatores acima descritos, considerando a necessidade de poupar a natureza da utilização insustentável da água como recurso hídrico, sem racionar a preocupação com futura escassez tanto quantitativa, como qualitativa.

Enxergar o meio ambiente com olhos de proteção e preservação é cumprir a Constituição da República, em louvor ao equilíbrio ecológico.

### Do uso da água na pecuária

A água utilizada na atividade pecuária serve para dessedentar animais, sendo que quantidade considerável é despendida nesse processo, para o gado em confinamento, suprimindo os bebedouros, chuveiros e tanques para redução de temperatura de animais etc.

Telles<sup>30</sup> apresenta um quadro que reflete o tipo de rebanho cultivado e o consumo da água utilizada na pecuária, por região brasileira e o Brasil. Analisando tais informações ali dispostas, tem-se que em ordem decrescente, os rebanhos que mais utilizam água para o dessedentamento: rebanho bovino, seguidos do suíno, equino, ovino, caprino, muare, bubalino, asinino.

---

<sup>27</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 324.

<sup>28</sup> BARBOSA, Vanessa. *A última gota*, p. 82-83.

<sup>29</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 324.

<sup>30</sup> TELLES, João Augusto. Água na agricultura e pecuária. Águas doces do Brasil: capital ecológico, usos e conservação, p. 328-329.

Não só o uso da água para o gado é um fator de preocupação. A contaminação dos recursos hídricos em decorrência do descarte dos efluentes de confinamentos animais causa séria deterioração da qualidade da água.

O ciclo é contaminação pelos efluentes orgânicos (urina e fezes) dos animais, que diminuem a quantidade de oxigênio da água e mata peixes e micro-organismos. Ademais, liberam-se nitratos, fósforo e outros minerais, que podem causar: fixação do fósforo no solo, absorção pelas plantas, percolação, precipitação e os resíduos agregados ao solo podem ser carregados aos corpos hídricos com as chuvas.

O nitrogênio presente nos nitratos pode ocasionar lixiviação nas águas subterrâneas.

O rebanho suíno, por sua vez, libera metais pesados presentes em antibióticos e rações ingeridas, alterando sobremodo o pH da água, implicando em fim das condições para algumas espécies, que podem não suportar viver em ambiente muito ácido ou alcalino. E isto altera a cadeia alimentar.

A água contaminada tanto compromete o solo, como pode sofrer consequência pelo solo poluído. A presença de dejetos suínos no solo pode desestabilizar a salinidade da terra e provocar desequilíbrio de nutrientes, que, mais uma vez, pode contaminar as águas superficiais e agir toxicamente nos cultivos, acarretando, inclusive, perda de valor econômico aos produtos.

O excesso de nitrato pode ainda causar doenças em animais e no homem, além da toxicidade também às plantas.

Logo, é séria a contaminação da água, em virtude de sua utilização na pecuária, e devem ser adotadas medidas para controle dessas circunstâncias nocivas ao meio ambiente.

A integração pecuária – agricultura – floresta pode reduzir os impactos ambientais ocasionados pela utilização do solo com vocação para a criação de gado, logicamente influenciando benéficamente na conservação da água, e ainda na proteção de outros recursos naturais. A harmonização dessas atividades como política está prevista na Lei n. 12.805/2013, outra legislação que irradia em todo o seu texto, muita preocupação com a sustentabilidade ambiental.

Mais uma vez o que se ressalta é a necessidade de cumprimento das leis, de forma a exercer o agronegócio com uma ética mais sustentável, aplicando-se técnicas e mecanismos que priorizam não o desenvolvimento econômico puro e simples, mas o desenvolvimento sustentável, conciliando o crescimento à necessidade de se conservar o meio ambiente de forma segura. Assim, ao diminuir causas que potencializam a escassez e a contaminação da água, possam propiciar, efetivamente, viabilidade de vida digna a todos e desenvolvimento social.

## Do uso de agrotóxicos e a contaminação dos recursos hídricos

Sem dúvida, o uso desses produtos coincide com a produção massiva de alimentos, visto que a economia de grande escala depende do cultivo sem cessar, muitas vezes na entressafra, sem aguardar o descanso do solo, para corrigir déficit de nutrientes, ou simular características adequadas para certo tipo de produção. Enfim, o controle de pragas, para melhor proveito econômico e em prol de mais celeridade ao abastecimento dos mercados e o lucro tem aumentado muito o uso nas plantações de defensivos agrícolas, pesticidas etc.

A verdade é que nem sempre há controle desses praguicidas. “(...) o uso de agrotóxicos, armazenamentos irregulares e abusos são uma ameaça ao mundo em desenvolvimento”, diz Barbosa.<sup>31</sup>

É indiscutível o potencial da poluição que esses venenos podem causar aos lençóis freáticos e demais reservas de água. Isto, não bastasse, o quanto a ingestão de alimentos e plantas com esses defensivos pode causar problemas de saúde em homens e animais.

Logo, o controle do uso e conscientização sobre os danos dessa prática são medidas urgentes.

Aliás, a atenção com a escassez qualitativa da água, frente à má utilização oriunda da irrigação, da pecuária ou da contaminação pelo uso de agrotóxicos é questão de mais absoluta importância. Sobretudo, se levarmos em consideração, que tais processos são próprios da produção em larga escala, que existe para atender o mercado e a lógica econômica que não se coaduna, muitas vezes, com preocupações ambientais e sociais, ou com a dignidade humana para todos.

A lógica que domina essa realidade é ainda, a do paradigma da propriedade voltada para o desenvolvimento econômico, que pouco se preocupa com o meio ambiente e que se doa, quase completamente, inclusive do ponto de vista ideológico, à ideia de desenvolvimento econômico que depende dos recursos naturais até a última gota.

Por essa cultura de modelo de desenvolvimento, a água está sendo desajustadamente utilizada como recurso hídrico, de forma a comprometer sua disponibilidade. A escassez, que tanto pode ser quantitativa, como já se explicou, como qualitativa, denota uma realidade ainda mais alarmante de diminuição da água doce disponível, pela alteração dos ciclos hidrológicos e reflexos desses problemas para a humanidade. A dependência da água para o desenvolvimento representa aspectos muito mais abrangentes que o econômico.

A situação exige uma reflexão profunda de mudanças de hábito, alterações de modelos e visões hermenêuticas mais concretas sobre as leis e os aspectos

---

<sup>31</sup> BARBOSA, Vanessa. *A última gota*, p. 86.



jurídicos que regulam a água, que não podem deixar a vertente econômica se sobrepor sobre a sustentável.

### 3. ÉTICA PELA SUSTENTABILIDADE

O que é preciso fazer para transformar esse cenário com ética ambiental? Afinal, ensina-nos Nalini<sup>32</sup> “Preservação e progresso não são ideais incompatíveis. A tutela do ambiente é perfeitamente conciliável com a necessidade de o Brasil progredir”.

Basta, todavia, entender a sustentabilidade como “parâmetro inevitável”, em contraponto a fortes setores organizados e representados politicamente, inclusive, que defendem como correta a exploração intensificada da água, sem retorno de preservação e conservação, e com retorno lucrativo, para recuperar o alegado atraso econômico brasileiro (tardio).

Mas, soluções éticas para conterem a escassez hídrica dependem de considerar não só implemento de técnicas e boas práticas agropastoris, como também uma alteração de concepções calcadas no neoliberalismo, que propugna não haver limites à livre iniciativa na propriedade privada e à utilização dos recursos ambientais.

Mais que isso, perpassa, ainda, por adoção de políticas públicas e de fomento a soluções alternativas, e isto, muitas vezes, exige do próprio Estado, subsídio e parceria.

Arendt<sup>33</sup> defende que a sustentabilidade possui uma natureza revolucionária, propondo unidade entre homem/natureza, determinando certamente, um novo conceito distante do atual que atua como com a lógica da apropriação mercantil da natureza.

A nova lógica é o que Ost<sup>34</sup> denomina propriedade-usufruto que contrasta com a propriedade-abandono ou propriedade-especulação. Aquela, para o autor, traz a ideia de propriedade guardiã da natureza, enquanto as últimas, uma ideia de patrimônio frio, que dá azo à liberdade de empreender, sem restrições.

Um novo olhar assente na ideia de que “para o *Grande Lar Terra*, não se pode exaurir sem reposição e sem pensar no amanhã. O mundo já deu insistentes sinais de que está em seus limites. O que viria após da exaustão dos recursos naturais?”<sup>35</sup>

Há que se ter limite o progresso econômico. O momento é de refrear o consumismo e buscar posturas singelas diante da locupletação humana, frente à utilização dos recursos da natureza.

---

<sup>32</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 173.

<sup>33</sup> ARENDT, Hannah. Apud NALINI, José Renato. *Ética ambiental*, p. 175.

<sup>34</sup> OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Tradução de Chaves, Joana. Lisboa: Éditions La Découverte, 1995. p. 76.

<sup>35</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*, p. 175.

Tomando a água como recurso utilizado nas atividades agrárias, atendendo modelo agroeconômico de produção para o grande consumo, a ética em prol da sustentabilidade é muito importante, para prevenção da poluição de bacias hidrográficas e para o controle de desmatamento. A questão passa a ser vista mais seriamente, quando se pensa nas abordagens feitas ao longo desse trabalho. Primeiro, a distribuição geográfica da água, que como já salientado, está concentrada em menor proporção, no país, em áreas mais populosas.

Além desse aspecto, o desmatamento para retirar a cobertura vegetal de grandes extensões de terra e destinar o solo à agricultura e pecuária é uma preocupação. O reflorestamento é medida que se impõe, para “devolver” a água, através da recomposição de matas ciliares. Como menciona Nalini,<sup>36</sup> “a produção natural de água depende da preservação”.

A contaminação hídrica ainda é outro problema que implica na escassez qualitativa da água. E a contaminação advém, significativamente, do uso de agrotóxicos, fertilizantes, venenos em sementes e rações, sem falar nos assoreamentos de rios, pela perda da vegetação original, processos que muitas vezes, não tem recomposição.

Soma-se a isto, a cultura pelo desenvolvimento desenfreado, unicamente com matiz econômica, deixando outras necessidades na contramão da dignidade humana e do desenvolvimento social.

É necessária a implantação de políticas para o uso da água, englobando a correção desses apontamentos já feitos. Assim salienta Nalini:<sup>37</sup>

Evidente o viés ético do tema. Ética no traçado da política nacional de água, na destinação de recursos orçamentários, na elaboração de planos de recuperação das bacias hidrográficas, na implementação de projetos, na fiscalização do dispêndio, no acompanhamento de todo o processo. Com transparência e com seriedade, a manifestar ao povo brasileiro que o *gigante pela própria natureza* significa também problemas gigantescos. Sem uma conscientização eficiente de toda a população, os desvios políticos continuarão a agravar um problema que já se vislumbra ser gravíssimo.

Para o alcance do consumo sustentável, e da adoção de técnicas sustentáveis de agricultura, a conscientização prioritária e incisiva é eficaz para se evitar desperdícios hídricos.

No que é pertinente às bacias hidrográficas, primeiramente é necessário o reconhecimento da urgência no cuidado com o uso da água. A capacidade hídrica está diminuída pela destruição indiscriminada das matas ciliares e o desmatamento em geral, além de desperdícios e comprometimento de biomas.

---

<sup>36</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*, p. 86.

<sup>37</sup> NALINI, José Renato. *Ética ambiental*, p. 95.

Neste último ponto, compete especial atenção ao Rio São Francisco, que sofre talvez hoje a maior descaracterização de seu percurso, ocasionando fortíssimos impactos ambientais.

É preciso também cessar a devastação da cobertura vegetal do Cerrado e outros biomas, e preservar o que ainda não foi desmatado. Não só através de proibição legal, mas por meios eficazes de coibição: vedação de créditos, implementação de número maior de áreas protegidas (o que está na contramão da sistemática do Código Florestal de 2012), fazer corredores de biodiversidade, punir com rigor e rapidez efetiva, tais crimes.

Principalmente se eles forem cometidos por homens públicos, grandes proprietários ou empresas que atuam no descompasso do interesse público.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em conclusão, o que se verifica é que a utilização da água como recurso empregado em atividades agrárias sofre as mesmas consequências do descaso com a proteção e a conservação de outros recursos naturais.

Essa realidade se demonstra com a escassez não só quantitativa, como qualitativa desse recurso, decorrente de processo poluente, por sua vez, oriundo do desenvolvimento, encarado apenas através da vertente econômica, desconsiderando por completo outros aspectos.

Sendo a água e o acesso democrático a ela, suas destinações de uso e demandas, aspectos da dignidade humana e, conseqüentemente, de desenvolvimento social, deve o direito interpretar as leis que tratam dos recursos hídricos, com uma visão mais ampla e que contemple a sustentabilidade.

Assim, técnicas de produção no campo, bem como processos de desgaste ambiental devem ser analisados, com enfoque no desenvolvimento sustentável, para, desde já, procurar-se caminho de conservação da água, a partir de concepções éticas na relação entre a humanidade e a natureza.

Somente se alterada a cultura meramente econômica do desenvolvimento, e apenas com a modificação de paradigmas, é que a sustentabilidade para o uso da água em atividades agrárias será uma realidade a ponto de estimular a adoção de técnicas e metodologias capazes de atenuar ou mesmo barrar o uso eminentemente exploratório da água.

A mudança de modelos exploratórios é urgente e premente, diante do estado de redução dos recursos hídricos, que em breve tempo, deixarão de se apresentar na mesma disponibilidade, em virtude da escassez que caminha desenfreadamente, pelo mau uso da água, em atividades agrícolas e pastoris, principalmente.

A diminuição do uso de fertilizantes, venenos e agrotóxicos, e conseqüentemente das contaminações dos corpos hídricos, a redução dos desmatamentos e suas decorrências nocivas ao solo, aos rios e até mesmo a mudança de hábitos

alimentares são medidas generalizadas de sustentabilidade, na busca pela conservação e preservação da água.

A proteção jurídica igualmente é relevante, visto que não pode o direito se curvar e servir ao mercado, e sim assumir intuito regulatório visando promover ou assegurar políticas desenvolvimentistas como um todo. Não com ações isoladas de crescimento meramente econômico, deixando a proteção ambiental e o desenvolvimento social e humanitário de lado.

## REFERÊNCIAS

- AMIN, Samir; VERGAPOULOS, Kostas. *A questão agrária e o capitalismo*. 2. ed. Tradução de Resende, B. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.
- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- BARBOSA, Antônio Gomes. Encontros e desencontros da extensão rural brasileira na construção coletiva de conhecimentos e saberes. *Agroecologia: um novo caminho para a extensão rural sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 37-53.
- BARBOSA, Vanessa. *A última gota*. São Paulo: Planeta, 2014.
- BENFATTI, Fábio Fernandes Neves. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BOWMAN, Jeffrey Alan. *Shifting Landmarks: Property, proff, and Dispute in Catalonia around the Year 1000*. USA: Ithaca, 2004.
- BRAGA, Benedito; TUNDISI, José Galizia; TUNDISI, Takako Matsumura; GIMINELLI, V. S. T. Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. São Paulo: Escrituras, 2015.
- BRANCO, Samuel Murgel. Água e saúde humana. In: REBOUÇAS, Aldo da Cunha; BRAGA, Benedito; TUNDISI José Galizia. Águas doces no Brasil: capital ecológico, uso e conservação. 3. ed. São Paulo: Escrituras, 2006.
- BRASIL. *Lei Federal n. 9433, de 8 de janeiro de 1997*. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei n. 8001 de 13 de março de 1990, que modificou a Lei n. 7990 de 28 de dezembro de 1989.
- BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Mapeamento do uso e cobertura do cerrado*: projeto TerraClass 2013. Brasília: MMA, 2015. Disponível em: <<http://www.dpi.inpe.br/tccerrado>>. Acesso em: 07/02/2016.
- CARVALHO, Horácio Martins. A expansão do capitalismo no campo e a desnacionalização do agrário no Brasil. Agronegócio e realidade agrária do Brasil. *Revista ABRA*, p. 31-44, jul./2013. Disponível em: <<https://mestrado.direito.ufg.br>>. Acesso em: 01/03/2016.
- DELGADO, Guilherme Costa. Reestruturação da economia do agronegócio – anos 2000. In: DELGADO, Guilherme Costa. *Do capital financeiro na agricultura à economia do agronegócio: mudanças cíclicas em meio século (1965-2012)*. Porto Alegre: UFRGS, 2012. p. 89-109.
- FREIRE, Arnaldo Cardoso. *A sustentabilidade do cerrado e o agronegócio: desafios e perspectivas para a educação ambiental*. Dissertação em Mestrado em Desenvolvimento e Planejamento Territorial – Pontifícia Universidade Católica de Goiás. Goiânia, 14 de março de 2014. Disponível em: <<http://tede.biblioteca.ucg.br>>. Acesso em: 10/03/2016.

- HARVEY, David. La Tería de la Renta. In: Hervey, D. *Los límites del capitalismo y la teoría marxista*. Tradução de Caso, M. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1990. p. 332-347.
- LINHARES, Maria Yeda; SILVA, Francisco Carlos Teixeira. A questão agrária no Brasil, uma dívida não resgatada. In: LINHARES, Maria Yeda; SILVA, Francisco Carlos Teixeira. *Terra prometida: uma história da questão agrária do Brasil*. Rio de Janeiro: Campus, 1999. p. 67-135.
- LOPES, Alfredo Scheid; DAHER, Eduardo. Agronegócio e recursos naturais no cerrado: desafios para uma coexistência harmônica. *Savanas: desafios e estratégias para equilíbrio entre sociedade, agronegócio e recursos naturais*. Disponível em: <<https://www.bdpa.cnpia.embrapa.br>>. Acesso em: 10/03/2016.
- MEDEIROS, Leonilde Sérvalo. Movimentos sociais no campo, lutas por direitos e reforma agrária na segunda metade do Seculo XX. In: CARTER, Miguel. *Combatendo a desigualdade social: o MST e a reforma agrária*. São Paulo: UNESP, 2010. p. 113-135.
- NALINI, José Renato. Ética ambiental. 4. ed. São Paulo: RT, 2015.
- NEVES, Cleuler Barbosa das. Águas doces no Brasil. Rio de Janeiro: Descubra, 2011.
- OST, François. *A natureza à margem da lei: ecologia à prova do direito*. Tradução de J. Chaves. Lisboa: Éditions La Decouverte, 1995.
- POLANYI, Karl. O mercado auto-regulável e as mercadorias fictícias: trabalho, terra e dinheiro. In: Polanyi, Karl. *A grande transformação*. 3. ed. Tradução de F. Wrobel. Rio de Janeiro: Campus, 1980. p. 81-85.
- POMPEU, Cid Tomanik. *Direito de águas no Brasil*. 2. ed. São Paulo: RT, 2010.
- RATTNER, Henrique. *Uma ponte para a Sociedade Sustentável*. São Paulo: Senac, 2012.
- REBOUÇAS, Aldo da Cunha. Água doce no mundo e no Brasil. Águas doces no Brasil; capital ecológico, uso e conservação. 4. ed. São Paulo: Escrituras, 2015.
- SILVA, Lígia Osório. O predomínio da posse. In: SILVA, Lígia Osório. *Terras devolutas e latifúndio: efeitos da lei de 1850*. 2. ed. Campinas: UNICAMP, 2008. p. 88-103.
- SMITH, Roberto. *A propriedade da terra e transição: estudo da formação da propriedade privada da terra e transição para o capitalismo no Brasil*. São Paulo: Brasiliense, 1990.
- THEODORO, Suzi Huff; DUARTE, Laura Goulart; ROCHA, Eduardo Lyra. Incorporação dos princípios agroecológicos pela extensão rural brasileira: um caminho possível para alcançar o desenvolvimento sustentável. *Agroecologia: um novo caminho para a extensão rural sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. p. 19-35.
- THOMPSON, Edward Palmer. *Os costumes em comum: estudo sobre a cultura popular tradicional*. 2. ed. R. Eincheberg, Tradução de São Paulo: Companhia das Letras, 1998.
- VEIGA, José Eli da. A agricultura no mundo moderno: diagnóstico e perspectivas. *O meio ambiente no sec. 21*. Sextante, 2003. 4. ed. p. 198-213.
- WELZER, Harald. *Guerras climáticas: por que mataremos e seremos mortos no sec. XXI*. São Paulo: Geração Editorial, 2010.

Data de recebimento: 26/09/2016

Data de aprovação: 09/01/2017

# TELETRABALHO – DOMINAÇÃO OU SERVIDÃO VOLUNTÁRIA? UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA TEORIA DE MICHEL FOUCAULT E DE ETIENNE DE LA BOÉTIE

## TELECOMMUTING – DOMINATION OR SERVITUDE VOLUNTARY? AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE THEORY OF MICHEL FOUCAULT AND LA BOETIE ETIENNE

*Marco Antonio Barbosa\**

*Magali Rodrigues de Souza\*\**

### RESUMO

Analisando as mudanças ocorridas no modelo de trabalho advindas do uso de tecnologias de informação e comunicação vê-se surgir o teletrabalho prometendo melhoria na qualidade de vida do trabalhador e na mobilidade urbana, além da redução de custos ao empregador. Objetiva-se questionar tais “benefícios” e entender o teletrabalho, conhecendo suas vantagens e desvantagens; inquirir se o direito à desconexão existe na prática e se a telessubordinação corresponderia ao *Panóptico* de Bentham na sociedade virtualizada, ou se tal subordinação seria voluntária. A metodologia aplicada é o estudo crítico da legislação pátria e a revisão bibliográfica, usando como referenciais teóricos Michel Foucault e Étienne de La Boétie. Conclui-se que o limite é tênue entre “modernidade” e “retrocesso”, pois para cumprimento do direito à desconexão é necessária

---

\* Diretor de Pesquisa do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU), São Paulo, SP, Brasil e da Escola de Direito. Professor, pesquisador e orientador do curso de graduação e do programa de mestrado em Direito da Sociedade da Informação do mesmo Centro Universitário (FMU). Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre e bacharel em Direito pela mesma Universidade. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito da Sociedade da Informação e Direito dos Povos Indígenas. mantobarbosa@gmail.com.

\* Mestranda em Direito da Sociedade da Informação no programa de mestrado em Direito da Sociedade da Informação do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU) de São Paulo, SP, Brasil. Pós-graduada em Gestão de Pessoas (MBA). Graduada em Direito e Administração. Advogada. Perita em cálculo judiciais – Analista (MF). marsouza@yahoo.com.br.

enorme disciplina e a falta de legislação específica é um dos óbices que dificulta o exercício do teletrabalho sem que haja exploração do trabalhador ou prejuízo ao empregador.

**Palavras-chave:** Teletrabalho; Desconexão; Vigilância; Servidão voluntária; Ética.

#### ABSTRACT

Making a review on how the changes occurred in labor's model as a result of the usage of Information and Communication Technologies, is seen the rise of teleworking; promising improvement in worker's quality of life and urban mobility, besides the cost-cutting for the employer. It aims to question these benefits; to understand teleworking knowing its advantages and disadvantages; inquire about if there is a right to disconnect in practice and if remote subordination corresponds to the Bentham Panopticon in virtualized society, or whether such subordination would be voluntary. The methodology applied is the critical study of the national legislation and Literature Review, using theorists as references like Michel Foucault and Étienne de La Boétie. In conclusion there's a narrow border line between "modernity" and "backward" because to comply the right to disconnect requires an enormous discipline, and the lack of an specific legislation comes to be one of the obstacles that makes more difficult the management of teleworking without having workers exploration or liabilities towards the employer.

**Keywords:** Telework; Disconnection; Surveillance; Voluntary servitude; Ethic.

#### INTRODUÇÃO

Analisando as mudanças ocorridas no modelo de trabalho em decorrência do uso dos novos sistemas de informação e de comunicação digitais, que deram origem à chamada sociedade da informação, vê-se surgir o teletrabalho. Na sociedade da informação a ênfase se dá às novas tecnologias que produzem e fazem circular a informação, capazes de prover a comunicação quase que instantaneamente entre pessoas em qualquer parte do mundo, em oposição clara à sociedade industrial, cuja principal característica era o uso das máquinas e equipamentos que necessitavam ser operadas por pessoas em rotinas exaustivas de trabalho para garantir o sistema de produção em massa.<sup>1</sup> Aquela sociedade nascida com o advento da revolução industrial foi marcada pela extrema especialização do trabalho e do trabalhador, bem como na divisão de tarefas capazes

---

<sup>1</sup> GOMBAR, Jane. Home office na vida dos trabalhadores: panoramas do cotidiano, (re) inserção no mercado de trabalho e suas contingências através das tecnologias da informação. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 1, n. 1, 2015.

de suportar tamanha especialização. Em linhas gerais, houve a banalização do trabalhador chegando ao ponto de este passar toda a sua jornada de trabalho realizando uma única atividade repetidamente, segundo a visão de Frederick W. Taylor, “as indústrias de sua época padeciam de três males 1. Vadiagem sistemática dos operários; 2. Desconhecimento pela gerência, das rotinas de trabalho e do tempo necessário para sua realização; 3. Falta de uniformidade das técnicas e dos métodos de trabalho”.<sup>2</sup> Exemplo imortalizado no filme *Tempos Modernos* de Charlie Chaplin.

Ainda na transição entre a produção em massa e a produção quase personalizada, vive-se hoje o fenômeno do teletrabalho. O trabalhador aos poucos deixa de ser visto apenas como um ser operacional capaz de realizar somente uma tarefa por vez e a mesma por toda sua vida laborativa e começa a ser visto como um ser humano com múltiplas habilidades,<sup>3</sup> inclusive cognitivas. Após muitos avanços na psicologia, na administração e na gestão de pessoas chegou-se ao denominador comum de que os trabalhadores hoje são reconhecidamente capazes de se autogerir e controlar seu próprio tempo, capazes de desenvolver seu trabalho adequadamente, independente da presença da figura do chefe ou do “dono do negócio”, tornando possível e oportuna a existência do teletrabalho. Isso tudo, associado ao pensamento de sustentabilidade que prega a redução da poluição, através da diminuição da circulação diária de veículos e a racionalização dos transportes públicos e da política de mobilidade urbana, nos grandes centros contribui para que se enaltecem as supostas vantagens que o teletrabalho ofereceria aos trabalhadores, aos empregadores, ao meio ambiente e à sociedade em geral. Jack Nilles, o “Pai do Teletrabalho”, o define como “quaisquer formas de substituição de deslocamentos relacionados com a atividade econômica por tecnologias da informação, ou a possibilidade de enviar o trabalho ao trabalhador, no lugar de enviar o trabalhador ao trabalho”.<sup>4</sup>

O teletrabalho aparece no cenário da sociedade da informação com a promessa de melhorar a qualidade de vida do trabalhador, contribuir para a melhoria da mobilidade urbana, além de reduzir custos ao empregador. Diante de todas essas promessas não se pode olvidar de questionar como se dão essas melhorias e se há realmente potencial para que as promessas feitas, até agora, sejam cumpridas.

Este estudo busca entender o teletrabalho, saber quais as vantagens e desvantagens para o trabalhador. O fato de poder trabalhar em qualquer lugar e a

---

<sup>2</sup> TAYLOR, Frederick W. *Princípios de administração científica*. São Paulo: Atlas, 1970, p. 34.

<sup>3</sup> BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. *Em evidência – Revista Magister de Direito Empresarial*, n. 55, fev./mar. 2014, p. 5-32.

<sup>4</sup> NILLES, Jack apud GOMBAR, J.; SEOANE, Y. L.; SILVEIRA, M. G. C. I. Teletrabalho na sociedade pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito*, v. 1, n. 1, jan./jun. 2014, p. 78.



qualquer hora tornaria o teletrabalhador o novo escravo do século XXI? O direito a desconexão existe na prática para o teletrabalhador? A telessubordinação poderia ser equiparada ao *Panóptico* de Bentham, como representado por Michel Foucault, desta sociedade virtualizada, ou na verdade os teletrabalhadores se subordinariam voluntariamente por julgarem o teletrabalho algo maravilhoso, como representado por Étienne de La Boétie em seu *Discurso da servidão voluntária*?<sup>5</sup>

O avanço tecnológico e a globalização da economia contribuíram para a mudança no trabalho e conseqüentemente no direito do trabalho brasileiro. Essas mudanças associadas ao pensamento de sustentabilidade e melhoria da mobilidade urbana induzem muitos a sustentar que o teletrabalho se constitua em modelo ideal de trabalho contemporâneo. No entanto, também se observa a ausência de normas claras e leis mais específicas regulamentadoras do teletrabalho. Essa situação, permite até se questionar se não tratar-se-ia de uma certa modalidade de escravidão do século XXI, uma vez que o trabalhador pode acabar ficando disponível para o trabalho vinte e quatro horas por dia, sem receber contrapartida financeira por isso; como é possível também supor, que já venha ocorrendo na maioria dos casos, de ter que produzir mais do que o trabalhador que desenvolve seu trabalho dentro dos limites físicos da empresa ou escritório. Em síntese, são essas questões que buscar-se-á discutir e responder ao longo da presente análise, enquanto problemas da pesquisa.

O método adotado é o do estudo crítico da legislação e da jurisprudência aplicadas ao teletrabalho no Brasil, além da revisão da bibliografia dedicada ao tema, seja jurídica ou de outras áreas do conhecimento que se dedicam à análise do assunto. Ademais, são também consideradas as contribuições em ciências sociais e humanas relativas à sociedade da informação na qual se materializa o teletrabalho. Igualmente, como referencial teórico o estudo é balizado na perspectiva filosófica de Michel Foucault e sua temática do poder disciplinar e do biopoder, especialmente por meio de seu apelo ao Panóptico de Bentham, poder apreendido como algo que circula em forma de rede, onde os indivíduos a cada momento estão, seja em posição de exercê-lo, seja em posição de submetidos a ele.<sup>6</sup>

Outro demarcador teórico do presente estudo é o Discurso da Servidão Voluntária de Étienne de La Boétie, que afirma que os tiranos antes de cometerem os seus mais revoltantes crimes os fazem preceder de belos discursos sobre o bem geral, a ordem pública e o consolo a ser dado aos infelizes. E dentre todas as causas que aponta para a identificação da servidão voluntária a principal, que

---

<sup>5</sup> LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 2. ed. Tradução de Casemiro Linarth. São Paulo: Martins Claret, 2009.

<sup>6</sup> POGREBINSCHI, Thamy. Foucault, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova*, n. 63, 2004, p. 182.

considera “o segredo e a mola mestra da dominação, o apoio e fundamento de toda tirania”, é a rede de interesses pessoais, formada entre os serviços do regime. Em degraus descendentes, a partir do tirano, são corrompidas camadas cada vez mais extensas de agentes da dominação, mediante o atrativo da riqueza e das vantagens materiais.<sup>7</sup> O que se pretende problematizar ao longo do presente estudo refere-se ao teletrabalho que possa ser observado ou como enquadrado no poder disciplinar ou biopoder na perspectiva foucaultiana ou como modalidade pós-moderna de servidão voluntária na perspectiva de La Boétie, ou ainda, em ambas as perspectivas a um só tempo, ou ainda, em nenhuma delas, como se busca elucidar ao longo da discussão.

O esforço se justifica amplamente do ponto de vista social, isso porque, o teletrabalho é modalidade contemporânea de trabalho, ainda carente de regulamentação específica e que apresenta inúmeras questões e problemas sem respostas satisfatórias, conforme se pretende aqui discutir. Desse modo, analisar as questões e eventuais soluções interessa a todos: trabalhadores, empregadores, Estado e sociedade em geral. Do ponto de vista pessoal dos autores, igualmente o estudo se justifica plenamente, haja vista serem profissionais do Direito que atuam no campo do direito da sociedade da informação, preocupados especialmente com as questões éticas envolvidas. Assim, conhecer os problemas e buscar oferecer contribuições às possíveis soluções, trata-se de autêntico objetivo pessoal. Ademais, o trabalho também se justifica do ponto de vista acadêmico. Isso porque, tendo em vista apresentar-se o teletrabalho como modalidade recente de atividade laboral, a produção de trabalhos especializados é ainda incipiente neste campo, exigindo que os pesquisadores se debruçam sobre o tema e contribuam assim com a produção de conhecimento específico.

Destarte, este estudo está organizado da seguinte forma: após esta introdução, buscar-se-á identificar o que vem a ser exatamente o teletrabalho; depois, aborda-se a independência velada – facetas da autogestão no modelo do teletrabalho. O quarto item é dedicado ao estudo da subordinação jurídica do teletrabalhador. O quinto é dedicado ao tema da precarização do trabalho na era do neoliberalismo. O sexto é dedicado ao direito à desconexão. No sétimo, estuda-se o tema relativo ao espírito subserviente do teletrabalhador – a servidão voluntária. O oitavo foca o teletrabalhador como psicoprisioneiro – isolamento, medo e controle à distância no teletrabalho.

Conclui-se, após analisar de perto a situação do teletrabalhador, que há um limite muito tênue entre a “modernidade” trazida pelo teletrabalho e o “retrocesso”, uma vez que o teletrabalho e o telegerente precisam ser muito autodisciplinados

---

<sup>7</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A servidão voluntária. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/a-servidao-voluntaria>>. Acesso em: 22/06/2016.

para que haja o cumprimento do direito à desconexão, bem como o descanso diário impostos pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT. Verifica-se igualmente que a falta de legislação específica que normatize o teletrabalho e determine penalidades aos descumprimentos constitui-se no primeiro entrave para que o teletrabalho seja exercido de forma correta sem exploração do teletrabalhador ou prejuízo para a empresa. Estevão Mallet<sup>8</sup> afirma que o advento da Lei n. 12.551/2011 pouco acrescentou à disciplina do teletrabalho no Brasil. Segundo ele, dizer que os meios telemáticos e informatizados de comando, controle e supervisão se equiparam, para fins de subordinação jurídica, aos meios pessoais e diretos de comando, controle e supervisão do trabalho alheio, como fez a Lei n. 12.551, não acrescenta nada. Apenas explicita algo patente na própria definição de empregador e empregado e na previsão do art. 6º da CLT. Sendo assim necessário recorrer à jurisprudência para que se tenha entendimento mais claro acerca de pontos específicos dessa relação contratual.

## O QUE É O TELETRABALHO

O teletrabalho é a modalidade na qual o exercício das atividades profissionais é realizado à distância, o trabalhador não precisa se deslocar até o interior da empresa para desenvolvê-lo. O trabalho pode ser executado da casa do trabalhador ou em qualquer lugar que julgar adequado, apresentando-se como fator de melhoria da qualidade de vida do trabalhador, que estaria livre do estresse dos longos deslocamentos, contribuiria para a melhor mobilidade urbana, haja vista que, se um número considerável de trabalhadores optasse por essa modalidade de trabalho, reduzir-se-ia a quantidade de automóveis nas vias públicas em horário de “pico”, e mesmo o número de passageiros nos ônibus e metrô, nesses horários, também seria reduzido, conforme dados da Sobratt (Sociedade Brasileira de Teletrabalhos e Teleatividades), a mobilidade urbana é um dos fatores de maior estresse para o trabalhador e os longos deslocamentos fazem com que o trabalhador desperdice tempo e dinheiro.

Uma das mais importantes razões dos protestos que mobilizaram a população é a morosidade dos deslocamentos urbanos na região metropolitana de São Paulo. São Paulo e outras grandes cidades brasileiras estão a cada dia mais imobilizadas. Levantamento do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA, 2013) 2013 indica que os paulistanos perdem em média 85 minutos por dia no trânsito. A Fundação Getúlio Vargas (2013) e André Franco Montoro Filho (2013) estimam o custo dessa lentidão em algo entre R\$ 40 bilhões e R\$ 60 bilhões por ano. O

---

<sup>8</sup> MALLET, Estevão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei n. 12.551. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 115, p. 44-51, abr. 2012.

tempo produtivo perdido por causa dos congestionamentos é superior a duas horas por dia na Região Metropolitana de São Paulo, ou 12,5% da jornada de trabalho. Cada trabalhador paga pelo tempo perdido R\$ 20 por dia, um “pedágio invisível” pago tanto por quem usa carro particular viajando sozinho quanto quem anda espremido em um transporte público.<sup>9</sup>

Assim, a possibilidade de realizar o trabalho em qualquer local que o teletrabalhador julgue adequado, inclusive em sua própria casa, traz não apenas benefícios para ele próprio, como para a sociedade como um todo. Nos dizeres do ministro Guilherme Augusto Caputo Bastos: “Nesse contexto, o teletrabalho surge como a forma de produzir que mais atende às exigências da globalização, permitindo a flexibilidade do tempo e do espaço, em uma perspectiva diferente de ambiente e de métodos de trabalho, que atrai cada vez mais a atenção de empresários e trabalhadores”.<sup>10</sup> Mas o fato de o trabalho ser realizado na casa do trabalhador não quer dizer que este se torne um trabalhador doméstico, pois as características do teletrabalho são bastante diferente do trabalhador doméstico, seja pelo nível de escolaridade exigido seja pela complexidade das tarefas realizadas. Para Alice Monteiro de Barros, não se pode confundir um com o outro, porque:

(...) o teletrabalho distingue-se do trabalho a domicílio tradicional não só por implicar, em geral, a realização de tarefas mais complexas do que as manuais, mas também porque abrange setores diversos como: tratamento, transmissão e acumulação de informação, atividade de investigação, secretariado, consultoria, assistência técnica e auditoria, gestão de recursos, vendas e operações mercantis em geral, desenho, jornalismo, digitação, redação, edição, contabilidade, tradução, além da utilização de novas tecnologias, como a informática e telecomunicações, afetas ao setor terciário.<sup>11</sup>

Segundo Maria de Fátima de Lima:

O processo de reestruturação global da economia, proporcionado pelo desenvolvimento científico tecnológico, prenunciam a lenta morte da distância e apontam cada vez mais para as relações no mundo virtual, onde os computadores capazes de compreender a fala, ler textos manuscritos,

---

<sup>9</sup> Sobratt – Sociedade Brasileira de Teletrabalhos e teleatividades. Estudo de estratégias de gestão de mobilidade via teletrabalho e teleatividades no estado de São Paulo: Resolução SMA n. 24, de 10 de abril de 2013. Disponível em: <<http://www.sobratt.org.br/index.php/estudo-de-estrategias-de-gestao-de-mobilidade-via-teletrabalho-e-teleatividades-no-estado-de-sao-paulo>>. Acesso em: 18/07/2016.

<sup>10</sup> BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. *Em evidência – Revista Magister de Direito Empresarial*. Porto Alegre, v. 10, n. 58, jan./fev. 2014, p. 26.

<sup>11</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008, p. 258.

executar tarefas anteriormente desempenhadas por seres humanos, anunciam uma nova organização social na qual o desenvolvimento de atividades dependerá cada vez mais de tecnologias – A Sociedade da Informação.<sup>12</sup>

No âmbito da sociedade atual, redesenham-se as formas de vida e de trabalho, impondo novo ritmo ao desenvolvimento das atividades humanas. O funcionamento da sociedade da informação implica na necessidade de redefinição de tempo e de espaço, resultando, dentre outros fatores, em novos processos na organização e no desenvolvimento do trabalho por meio do ciberespaço. Nesta sociedade, o trabalho caracteriza-se pela utilização da tecnologia da informação e da comunicação (TICs), agregando elevada carga de inovação, tecnologia e conhecimento na produção de bens e de serviços. Portanto, o teletrabalho trata-se de um fenômeno do mundo do trabalho perfeitamente em conformidade com as demandas atuais, sendo a consequência inevitável do funcionamento da sociedade da informação.

### **AUTONOMIA VELADA – FACETAS DA AUTOGESTÃO NO MODELO DO TELETRABALHO**

O teletrabalho emergiu na chamada sociedade da informação como uma evolução do trabalho. Segundo Silveira, Seoane e Gombar, o teleworking<sup>13</sup> é a consequência inevitável, e que assim traz em seu bojo inúmeros benefícios desde a melhoria da qualidade de vida do trabalhador até a preservação do meio ambiente, passando também pela melhoria da mobilidade urbana. Todavia, todas as mudanças têm dois lados o positivo e o negativo, sendo necessário também olhar para o lado negativo do teletrabalho. O teletrabalhador, segundo Winter,<sup>14</sup> fica isolado do convívio social proporcionado pelo trabalho *in loco*.

Além da telessurbordinação, o teletrabalhador pode ser o tempo todo vigiado; por ser uma gerência onipresente, ele não a vê, mas se sente obrigado a trabalhar mais e melhor, tal qual o *Panóptico* de Bentham, proposto por Foucault.<sup>15</sup> O filósofo francês Michel Foucault em sua postulação sobre o biopoder na sociedade moderna se refere ao Panóptico de Bentham, que se trata de uma concepção arquitetônica, idealizada para os presídios, constituída de células carcerárias

---

<sup>12</sup> PINEL, Maria de Fátima de Lima. *Teletrabalho: o trabalho na era digital*. Rio de Janeiro: Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Disponível em: <<http://www.teletrabalhador.com/index.html>>. Acesso em: 05/04/2016.

<sup>13</sup> GOMBAR, J.; SEOANE, Y. L.; SILVEIRA, M. G. C. I. Teletrabalho na sociedade pós-moderna, p. 77.

<sup>14</sup> WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr/Biblioteca LTr Digital 2.0, 2005.

<sup>15</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramalhetete. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 190.

justapostas umas às outras em forma circular no centro das quais situa-se uma torre de vigilância da qual apenas um vigilante pode controlar todas as unidades de encarceramento. Essa referência de vigilância será desenvolvida por Foucault para se referir ao mundo moderno, que aplicaria o modelo em todos os regimes disciplinares, como nos hospitais, nas casernas, nas fábricas, nas escolas etc., e teria avançado na ideia inicial de Bentham até ao ponto de não mais ser sequer necessária a existência material do *Panóptico*, que já estaria introjetado em cada indivíduo que se autovigia.

Como já adiantado na introdução, a proposta geral da pesquisa é desenvolver o estudo e a análise do teletrabalho a partir de tal referência, ou seja, verificar se as regras e as práticas nessa modalidade de trabalho confirmam ou infirmam a postulação teórica de Foucault relativa ao biopoder e a biopolítica,<sup>16</sup> pois o simples fato de saber que pode estar sendo vigiado é o suficiente para levantar o temor independentemente de estar sendo ou não monitorado 24 horas por dia.

O *Panóptico* de Bentham é a figura arquitetural dessa composição. O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível.<sup>17</sup>

A telessubordinação, ou seja, a supervisão realizada por meios telemáticos e informatizados pode tornar o trabalhador temeroso. Saber que está sendo monitorado por essa chefia invisível, indiscutivelmente é uma forma de poder advindo do controle do tempo. Mesmo estando em sua casa o teletrabalhador perde parte de sua autonomia e a soberania sobre sua própria vida e suas atividades, como um todo, podem ficar comprometidas. “Daí o efeito mais importante do *Panóptico*: induzir no detento [no teletrabalhador] um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Fazer a vigilância ser permanente em seus efeitos, mesmo se é descontínua

---

<sup>16</sup> RABINOW, Paul; ROSE Nikolas. O conceito de biopoder hoje: política & trabalho. *Revista de Ciências Sociais*, n. 24 abr. 2006, p. 27-57.

<sup>17</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 190.

em sua ação”.<sup>18</sup> Portanto, para Foucault, quanto mais separados estiverem os indivíduos maior será a visibilidade que se tem sobre eles. Eliminam-se assim as distrações que atrasam o trabalho.

E esta é a garantia da ordem. Se os detentos são condenados não há perigo de complô, de tentativa de evasão coletiva, projeto de novos crimes para o futuro, más influências recíprocas; se são doentes, não há perigo de contágio; loucos, não há risco de violências recíprocas; crianças, não há “cola”, nem barulho, nem conversa, nem dissipação. Se são operários, não há roubos, nem conluíus, nada dessas distrações que atrasam o trabalho, tornam-no menos perfeito ou provocam acidentes.<sup>19</sup>

A princípio pode parecer certo exagero, mas há relatos sobre empresas britânicas e japonesas que instalaram videofones nas residências dos teletrabalhadores, a fim de saber se estavam trabalhando e com isso poder melhor controlá-los.<sup>20</sup> Desta forma, parece ser necessário repensar o teletrabalho e principalmente como regulá-lo, uma vez que deixar a cargo apenas da própria empresa a regulação torna possível a ocorrência dessa e de outras formas de distorções. Ao que parece como afirmado por Jorge Werthein:

O determinismo e o evolucionismo distorcem a análise do complexo processo de mudança social e alimentam uma atitude passiva, contemplativa, em relação a esse processo. Tais posturas impedem ou ignoram que a sociedade, especialmente por intermédio do Estado, tem desempenhado, no decorrer da história, um papel muito ativo tanto para promover quanto para sufocar o desenvolvimento tecnológico e suas aplicações.<sup>21</sup>

Para que não haja sufocamento do desenvolvimento tecnológico, nem que este seja usado para a exploração do trabalhador, são necessárias regras claras e bem definidas.

Exageros especulativos à parte, é preciso reconhecer que muitas das promessas do novo paradigma tecnológico foram e estão sendo realizadas, particularmente no campo das aplicações das novas tecnologias à educação. Educação à distância, bibliotecas digitais, videoconferência, correio eletrônico, grupos de “bate-papo”, e também voto eletrônico,

---

<sup>18</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 190.

<sup>19</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir*: nascimento da prisão, p. 190.

<sup>20</sup> TROPE, Adalberto. *Organização virtual*: impacto de teletrabalho nas organizações. Rio de Janeiro: Quality, 1999.

<sup>21</sup> WERTHERIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.* Brasília, v. 29, n. 2, maio/ago. 2000, p. 72.

banco *on-line*, *video-on-demand*, comércio eletrônico, trabalho à distância, são hoje parte integrante da vida diária na maioria dos grandes centros urbanos no mundo.<sup>22</sup>

Não há como fechar os olhos para essa realidade, a sociedade da informação é caracterizada pela tecnologia da informação e da comunicação (TICs) e utiliza-se dessas ferramentas para a produção de suas atividades.<sup>23</sup> Assim, necessário se faz avaliar até que ponto essas tecnologias podem ser utilizadas de maneira produtiva e a partir de qual momento passam a ser apenas nova forma de exercer poder seja sobre a sociedade, seja sobre o trabalhador, nos dizeres de Foucault, o Biopoder,<sup>24</sup> essa espécie de poder capaz de alterar a forma de viver das pessoas e grupos sociais, capaz de condicionar-lhes a existência e de moldar comportamentos.

Ao que parece esta nova sociedade – a da informação – preocupa-se em gerar dados e informações, sem se dar conta de que é, na mesma proporção e força, influenciada por esses mesmos dados e informações, sem que ao menos, se processe a sinapse entre informação e conhecimento. Como bem pontua Lyotard,<sup>25</sup> o saber é e será produzido para ser vendido e ele é e será consumido para ser valorizado numa nova produção. Nos dois casos, para ser trocado. O fato de serem geradas, a cada instante, milhares de informações e a disseminação delas ser quase imediata não significa que o conhecimento seja produzido e adquirido na mesma velocidade, de forma que há o risco de se criar condições que, por falta de real conhecimento, sujeitem grupos e pessoas a diferentes tipos de dominação, expondo os corpos e as mentes à aplicação do biopoder. Ao que parece, o teletrabalho pode ser uma das formas de exercer esse biopoder, na medida em que o empregador, indiretamente, consegue adentrar a casa do trabalhador e, por meio da própria tecnologia da informação, pode se intrometer em seu cotidiano, em seus hábitos e em sua cultura, alterando-os. Para Antunes o *home office* é:

Outro desdobramento do cibertrabalho é o trabalho a distância, o melhor dos mundos para o capital. Você trabalha em sua casa, onde o público e o privado se embaralham: como não há definição do que é trabalho e do que é descanso, a jornada se estende. Você fica sempre disponível e pode ser incomodado a qualquer hora por questões de trabalho, afinal você não está só em casa, está também no escritório. A noção de tempo desmorona com a vida privada. É uma nova modalidade de precarização permitida pela tecnologia. O pior é que virou

<sup>22</sup> WERTHERIN, Jorge. *A sociedade da informação e seus desafios*, p.75.

<sup>23</sup> GOMBAR, J.; SEOANE, Y. L.; SILVEIRA, M. G. C. I. Teletrabalho na sociedade pós-moderna, p. 76-95.

<sup>24</sup> RABINOW, Paul; ROSE Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & Trabalho*, 2006, p. 27-57.

<sup>25</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução: Ricardo Corrêa Barbosa. Posfácio: Silvano Santiago. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000, p. 4-5.



tendência, essa é a nossa tragédia. Sou capaz de compreender o lado positivo do trabalho a distância para certo tipo e trabalhador que dispõe de “capital cultural” e acha bom ter controle sobre o próprio tempo. Mas o inverso disso é a individualização, o isolamento, o fim do trabalho coletivo e a quebra dos laços sociais.<sup>26</sup>

Para Pezzerella e Bublitz, existe uma sujeição do empregado ao poder diretivo e disciplinar conferido ao empregador, pelo fato de ter colocado à disposição deste a sua força de trabalho por meio da contraprestação de salário.

Com o advento do teletrabalho, a subordinação ficaria mitigada, todavia, o emprego da tecnologia não extinguiu o elemento da subordinação na relação de emprego. Ao contrário, intensificou a submissão do empregado às ordens emanadas pelo empregador por meio de sistemas obrigando a reformulação da morfologia de “subordinação”.<sup>27</sup>

Assim, no próximo tópico dedica-se um espaço maior para examinar as características da subordinação no teletrabalho.

## SUBORDINAÇÃO JURÍDICA DO TELETRABALHADOR

Vários autores afirmam que existe a subordinação jurídica do teletrabalhador ao empregador. As mudanças introduzidas pela Lei n. 12.551, de 15 de dezembro de 2011, ao artigo 6º da CLT, igualando o teletrabalho ao trabalho “convencional”, nos artigos 2º e 3º (pessoalidade, habitualidade, subordinação e onerosidade)<sup>28</sup> são elementos suficientes para comprovar que há a subordinação jurídica do teletrabalhador ao seu empregador.

Conforme entendimento da doutrina majoritária, o fato de não se encontrar o trabalhador no mesmo ambiente físico do empregador, não implica, contudo, que o empregador tenha renunciado ao poder diretivo (art. 2º, parte final, da CLT). O controle sobre a atividade do empregado continua sendo exercido pessoalmente, só que por meio eletrônico ou telemático e com maior ênfase sobre o resultado final do trabalho do que sobre a atividade em si mesma. Barros<sup>29</sup> afirma que há referências sobre a existência de softwares (programas de computador) específicos que permitem, conectados ou não à internet, registrar o tempo

<sup>26</sup> ANTUNES, Ricardo; Ruy Braga. *Infoproletários: degradação real do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 234.

<sup>27</sup> PEZZELLA, Maria Cristina Cereser; BUBLITZ, Michelle Dias. A pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: teletrabalho como forma de inclusão social – um desafio. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, p. 92.

<sup>28</sup> PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 224, 2002, p. 58-64.

<sup>29</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

de trabalho, as pausas, os erros, a cadência de trabalho, recebimento de instruções etc., e em caso de desobediência das instruções codificadas no sistema, o programa bloqueia as atividades nele determinadas. Verifica-se, neste caso, que o controle do empregador se encontra no próprio instrumento de trabalho, inexistindo qualquer traço de autonomia na prestação do serviço.

Ainda que não sejam estabelecidos horários de trabalho, o que pode causar a falsa impressão de haver liberdade na iniciativa e execução do trabalho, o controle do empregador sobre o teletrabalhador é feito à distância, por meio do estabelecimento de metas, prazos, dentre outras possíveis condições, de forma a levar o empregado a se comprometer consigo mesmo em atingi-las, obrigando-se a jornadas longas e extenuantes, sendo as ordens emitidas por meio de e-mail, mensagens de texto, ligações telefônicas por celulares, adentrando muitas vezes na esfera da vida privada do trabalhador. A presença virtual do empregador se assemelha a sua presença física. Assim, não restam dúvidas de que existe a subordinação do teletrabalhador ao empregador, independentemente de a forma de controle de sua jornada de trabalho ser apenas virtual.

A seguir, dedica-se espaço para o estudo das novas condições de trabalho impostas pelo “bum” neoliberal no mundo da sociedade da informação e que são determinantes também para o teletrabalho, como será analisado.

## **A PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO NA ERA DO NEOLIBERALISMO**

A ruptura das responsabilidades do Estado diante das necessidades reais de intervenção em favor dos trabalhadores e que favoreceu e favorece ainda os valores e as práticas do neoliberalismo – a autorregulação de mercado – provocou e continua a provocar a precarização das condições de trabalho.

A globalização neoliberal e a internacionalização dos processos produtivos estão acompanhadas da realidade de centenas e centenas de milhões de trabalhadores desempregados e precarizados no mundo inteiro. O sistema fordista nos havia acostumado ao trabalho pleno e de duração indeterminada. Agora, ao contrário, um grande número de trabalhadores tem um contrato de curta duração ou de meio expediente; os novos trabalhadores podem ser alugados por algumas poucas horas ao dia, por cinco dias da semana ou por poucas horas em dois ou três dias da semana.<sup>30</sup>

A ausência do Estado ou sua inepta participação faz com que o mercado se autorregule, todavia, essa autorregulação não se traduz em igualdade. Ao inverso disso, a autorregulação quase que invariavelmente impõe o poder do mais forte sobre o mais fraco. As empresas precisam de mão de obra, mas estão dispostas a

---

<sup>30</sup> ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho*, p. 235.

pagar sempre o mínimo por isso, de modo que vão ao mercado fazer a captação de recursos humanos, que por vezes encontram-se em abundância, principalmente em períodos de crise como o que se vive hoje. Assim, a exemplo do que ocorre com a relação de consumo, disciplinada pelo Código de defesa do consumidor, a relação empresas-candidatos ou empresas *versus* empregado, é de hipossuficiência. O empregado sempre será a parte mais fraca da relação. Mesmo que detenha vasto conhecimento e domínio técnico, ainda assim, o detentor do poder econômico sempre será a empresa/mercado. Assim o trabalhador quase sempre se submete aos ditames do mercado, obedecendo o que lhe é imposto.

Não obstante essa realidade, não raro os teletrabalhadores têm o sentimento de usufruir maior autonomia em seu trabalho. Ainda que não se possa falar em uma autonomia real,<sup>31</sup> constata-se que o teletrabalho em geral proporciona maior flexibilidade. Como se pode observar, no teletrabalho, a jornada de trabalho rígida deixa de fazer sentido e é substituída pela flexibilidade. O trabalho em casa permite adicionar às tarefas cotidianas momentos de interação social, pequenas paradas para uma alimentação de qualidade; e, ainda, para outras atividades, como ir a uma academia de ginástica, ao barbeiro, ao dentista e ao médico em horários em que há menos procura ou o trânsito é mais favorável. Essa nova organização permite enriquecer conhecimentos, possibilitando que, ao lado do ganho subjetivo do trabalhador, haja também um ganho por parte da empresa, pois há uma agregação de valor ao seu capital intelectual. É o que diz Chanlat “(...) o tempo não é apenas uma dimensão objetiva e mensurável. É igualmente subjetivo e qualitativo. A vivência do trabalho não é dissociável do modo pelo qual se constrói ao mesmo tempo pessoal e socialmente a temporalidade. Ao tempo objetivo da organização responde o tempo subjetivo dos indivíduos”.<sup>32</sup> No entanto, essa falsa impressão de autonomia e de controle de seu tempo, aos poucos vai sendo sentida como tal pelo teletrabalhador, porque embora teoricamente desfrute de maior liberdade, uma vez que não está preso a um escritório, o fato de ser vigiado o tempo todo e poder ser acionado a qualquer momento pode limitar sua rotina e acabar por deixá-lo o tempo todo à disposição do empregador e, frequentemente, recebendo o mesmo salário que aquele que está em um escritório cumprindo uma rotina rígida de trabalho.

Destarte, a precarização do trabalho ao longo dos anos persiste na sociedade da informação sob a falsa ideia de se tratar de uma evolução do trabalho. Na verdade, o teletrabalho, frequentemente, torna-se para o trabalhador uma espécie de fuga do ambiente hostil e pouco salutar de trabalho, buscando o teletrabalhador

---

<sup>31</sup> ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, 2011, p. 207-233.

<sup>32</sup> CHANLAT Jean-François. *O indivíduo na organização: dimensões esquecidas*. São Paulo. Atlas, 1996, v. 1, p. 110.

refúgio e mais qualidade de vida no ambiente doméstico, embora isso implique não raro em se sujeitar a jornadas extenuantes de trabalho e privação de liberdade.

Por essas razões, dedica-se a seguir espaço para discussão ao que se convencionou chamar na atual sociedade da informação de direito à desconexão.

## O DIREITO À DESCONEXÃO

É fato que o teletrabalho se apresenta como alternativa factível de trabalho na sociedade da informação, nesta sociedade globalizada na qual os meios de comunicação e informática ganham cada vez mais força, não apenas pela alta velocidade de transmissão de dados e fomento da informação, mas pela redução de custos que esta mudança significa para as empresas. Em vista disto, o teletrabalho ganha força e cada vez mais adeptos. Para os empregados a possibilidade de trabalhar sem sair de casa apresenta-se como uma novidade formidável, já para as empresas a redução de custos e a disponibilidade integral do trabalhador com foco total no trabalho, apresenta-se como alternativa rentável. No entanto, justamente por essa disponibilidade integral do trabalhador, não se pode esquecer dos direitos e garantias fundamentais assegurados a todo trabalhador, seja na modalidade de teletrabalho ou não: o direito ao descanso.

No teletrabalho o descanso é entendido como o direito à desconexão, ou seja, a desvinculação total do trabalhador a qualquer meio de comunicação, ainda que virtual, com a empresa, Segundo Resedá<sup>33</sup> o direito ao descanso, ao lazer e à desvinculação completa ao trabalho são requisitos necessários para a manutenção da vida saudável do empregado. O teletrabalho acaba por figurar-se como um risco a esse direito. A disponibilidade excessiva do trabalhador e o poder de vigilância do empregador fazem com que o teletrabalhador nunca se desconecte completamente do trabalho. A lógica utilizada no teletrabalho, segundo Salomão Resedá, é bastante simples:

Ao ter a disponibilidade de exercer a sua atividade em qualquer lugar, desde que conectado por computador, o empregado estará vinculado à empresa de forma virtual, sendo possível, portanto, uma disponibilidade maior ao empregador, visto que sempre que estiver utilizando-se da informática poderá estar “lincado” com a empresa. Em outras palavras, o superior hierárquico também sairá dos limites físicos da empresa adentrando em outros âmbitos da vida do seu subordinado.<sup>34</sup>

Desta forma, o teletrabalhador é o tempo todo vigiado e pode ser “acionado” por qualquer meio de comunicação virtual, esteja onde estiver, sendo o seu direito ao descanso amplamente violado, porém, pela habitualidade no uso desses

---

<sup>33</sup> RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*, 2007.

<sup>34</sup> RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*, p. 169-170.

recursos em geral não se dá conta de que está trabalhando o tempo todo. É, neste sentido, que se direciona o direito à desconexão, entendido como o direito do empregado de não permanecer “lincado”<sup>35</sup> com o empregador fora dos horários de trabalho, nos finais de semana, férias ou quaisquer outros períodos que sejam destinados ao seu descanso. De forma oposta, Sérgio Pinto Martins sustenta que: “Somente se o empregado permanece em sua residência, aguardando a qualquer momento o chamado para o serviço, é que há sobreaviso, pois sua liberdade está sendo controlada”.<sup>36</sup> Desta forma, é possível verificar o antagonismo entre as visões tradicionalistas, que inclusive regem a Consolidação das leis do trabalho, e a visão contemporânea, que sabe que a disponibilidade do trabalhador não se limita ao impedimento do deslocamento físico, mas sim a todo acionamento para o trabalho, ainda que por meios virtuais como e-mail, mensagens de texto, “WhatsApp”, ou qualquer outro meio, quando este se encontra em seu intervalo inter ou intrajornada.

O posicionamento de Sérgio Pinto Martins e de outros doutrinadores que entendem ainda desta maneira o regime de prontidão, apresenta-se como incompatível com os ditames deste novo modelo de trabalho. Não há que se falar mais em restrição de liberdade de locomoção, para que se afirme que o trabalhador está à disposição do empregador, uma vez que os novos equipamentos de comunicação à distância existentes hoje favorecem a mobilidade completa. Não muito tempo atrás era necessário que o empregado permanecesse próximo a um telefone fixo para que estivesse à disposição do empregador, sendo este praticamente o único meio de comunicação entre ambos. Hoje, o teletrabalhador pode ser localizado e acionado em qualquer lugar onde esteja. Assim, não é possível mais apelar para a mobilidade para se afirmar se o trabalhador estava ou não à disposição da empresa.

O fato de ter mobilidade física, não quer dizer que este não esteja vinculado à empresa. Não se deve confundir a disponibilidade física com a disponibilidade virtual.

## **O ESPÍRITO SUBSERVIENTE DO TELETRABALHADOR – A SERVIDÃO VOLUNTÁRIA**

**Étienne de La Boétie, escritor humanista e poeta francês, em sua famosa obra *Discurso da servidão voluntária* trata da capacidade (ou tendência) das pessoas de abrirem mão de sua própria liberdade para servir a alguém como se se tratasse de sua própria vontade. Nesse sentido, o teletrabalho à medida em que o trabalhador parece ser ou efetivamente é “vigiado” de perto em seu ambiente**

<sup>35</sup> RESEDÁ, Salomão. *O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho*, p. 169-170.

<sup>36</sup> MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 463.

doméstico, abrindo mão muitas vezes de seu direito à desconexão, pode ser entendido como uma espécie de servidão voluntária, valendo aqui, em muito, as reflexões e ponderações feitas por La Boétie em relação ao comportamento político de sua época, as quais podem ser transportadas para os dias de hoje para buscar entender ou explicar o comportamento dos trabalhadores na sociedade da informação, que neste caso, no sentido empregado por Étienne, voluntariamente se submetem aos teleempregadores. O trabalhador dedica-se quase que exclusivamente ao trabalho por julgar que o teletrabalho é uma benesse concedida pelo empregador, e para que faça jus à ela, dedica-se sem limite de tempo ao trabalho. Como conceitua Rosenfield: “Em tal contexto, a autonomia outorgada é alienante, visto seu caráter contraditório que pretende a inclusão em um universo excludente, nesse sentido só é capaz de conferir ao trabalhador um estado de servidão voluntária”.<sup>37</sup>

Conforme Lyotard:

Esta lógica do melhor desempenho é, sem dúvida, inconsistente sob muitos aspectos, sobretudo no que se refere à contradição no campo socioeconômico: ela quer, simultaneamente, menos trabalho (para baixar os custos da produção) e mais trabalho (para aliviar a carga social da população inativa). Mas a incredulidade resultante é tal que não se espera destas contradições uma saída salvadora, como pensava Marx.<sup>38</sup>

Ainda segundo o *Discurso da servidão voluntária*, de La Boétie, os indivíduos abrem mão de sua liberdade por acharem que aquela condição à qual estão se submetendo é a melhor possível e aceitam de bom grado a exploração e a privação de sua liberdade. O indivíduo está de tal forma inserido naquele dado contexto que se mostra incapaz de enxergar a curto prazo que seus direitos estão sendo violados. O mesmo parece ocorrer em relação ao teletrabalho. Admirados com a possibilidade de exercer suas atividades no conforto do seu próprio lar ou ao menos fora do ambiente físico da empresa, os teletrabalhadores parecem não ser capazes de perceber em um primeiro momento que na verdade estão sendo explorados, que seu direito ao descanso está sendo frequentemente violado, que está se tornando disponível para a empresa, para o chefe, para o trabalho, por muito mais tempo do que as oito horas que antes passava no escritório, e ainda que tivesse essa percepção, ela não parece ser suficientemente forte para induzi-lo a reagir contra essa modalidade de trabalho.

---

<sup>37</sup> ROSENFELD, C. L. (2004) Autonomia outorgada e apropriação do trabalho. *Sociologias*. Porto Alegre, n. 12, 2004, p. 223.

<sup>38</sup> LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa; posfácio: Silvano Santiago. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. Título original: *La condition postmoderne*, 1979, p. xvii.

## PSICO-PRISIONEIRO – ISOLAMENTO, MEDO E CONTROLE A DISTÂNCIA NO TELETRABALHO

Michel Foucault aborda a relação entre poder e conhecimento e seu uso associado e retroalimentado como forma de controle e domínio social. Em sua obra *Vigiar e Punir* examina os mecanismos sociais e teóricos que motivaram as grandes mudanças que se produziram nos sistemas penais ocidentais durante a era moderna. Dedica-se à análise da vigilância e da punição, que se encontram em várias entidades estatais (hospitais, prisões e escolas, entre outras).<sup>39</sup>

Na verdade, o que Foucault parece estar dizendo em *Vigiar e Punir* é que não é necessário apenas conhecimento para se exercer o poder. Precisa-se também de um dispositivo para construir e produzir tanto a sociedade quanto o conhecimento. O verdadeiro dispositivo é o panóptico, enquanto tecnologia intelectual. Existindo ainda muitas outras tecnologias capazes de mudar escala e tempo, de reorganizar o espaço, o tempo, subverter níveis etc. Desse modo, o estudo de Foucault é útil no que se refere às tecnologias da sociedade e de produção do conhecimento.

Traçando-se um paralelo entre o pensamento de Foucault sobre as prisões e outras tecnologias disciplinares e o que vê hoje no ambiente de trabalho, mais particularmente no que concerne ao teletrabalho, parece que todos os parâmetros e tecnologias percebidos por Foucault para moldar o “espírito” dos prisioneiros se fazem presentes. Para Foucault o indivíduo sob vigilância produz mais, melhor e quase não comete erros, também não tem distrações, nem espaço para o ócio. O simples fato de crer que está sendo vigiado é suficiente para que siga as regras e se mantenha produtivo. “O poder disciplinar é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor. Ele não amarra as forças para reduzi-las; procura ligá-las para multiplicá-las e utilizá-las num todo”.<sup>40</sup>

Esse modelo de vigilância, denominado de *Panóptico* de Bentham, para o filósofo era da mesma ordem que os adotados em outros regimes disciplinares nos quais são buscadas ordem, concentração e produtividade, como nas escolas, nas penitenciárias, nos hospitais, nas fábricas, nas organizações militares e no trabalho em geral. A vigilância constante faz as pessoas se amoldarem ao padrão de comportamento esperado e o isolamento do indivíduo, remetido a si mesmo, faz com que não haja ou diminua muito a contestação e a possibilidade de rebeliões. “O corpo, do qual se requer que seja dócil até em suas mínimas operações, opõe e mostra as condições de funcionamento próprias a um organismo. O

<sup>39</sup> POGREBINSCHI, Thamy. *Foucault para além do poder disciplinar e do biopoder*, p. 179-201.

<sup>40</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 190.

poder disciplinar tem por correlato uma individualidade não só analítica e “celular”, mas também natural e orgânica”.<sup>41</sup>

Os indivíduos pouco a pouco se tornam padronizados em seus comportamentos, e o isolamento os torna ineptos a comparações com os demais, assim, aceitar sua condição fica mais fácil, seja pelo espírito da servidão como descrito por La Boétie, seja pelo excesso de vigilância e pelo temor como exposto por Foucault.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Analisar o teletrabalho não apenas pelo enfoque do direito e da administração, mas pelo lado sociológico, filosófico e antropológico do indivíduo, faz com que se chegue à conclusão de que a “evolução” tecnológica da informação e dos meios de comunicação e em especial a teleinformática criaram novas “janelas” para o mundo, interligaram pessoas, mas, também, mudaram por completo as relações humanas e, conseqüentemente, o ambiente de trabalho. Falar em “evolução” nesse sentido indica no mínimo um paradoxo. Exige que se discuta e pense no sentido conferido ao termo evolução. A carência de tempo e o ritmo frenético impostos aos indivíduos ao longo dos anos fazem com que os trabalhadores queiram mais tempo para si, para estarem entre familiares e distantes das intempéries do ambiente físico do trabalho.

Essa motivação parece criar o cenário ideal para o teletrabalho, modalidade de trabalho a distância que por meio do uso de tecnologias da informação e comunicação (TIC) permite ao trabalhador exercer suas atividades em qualquer lugar em que esteja e para tanto usando equipamentos e recursos de teleinformática. Essa motivação pessoal e as loas cantadas pela própria indústria das tecnologias associada à redução de custos para o empregador e um certo apelo ecológico, uma vez que se prega a melhoria da mobilidade urbana e a diminuição de gases poluentes na atmosfera, fazem com que o teletrabalho se apresente como tábua de salvação para o século XXI. No entanto, é preciso verificar lados obscuros desta modalidade de trabalho.

O isolamento social e a disponibilidade de tempo integral do trabalhador ao trabalho parecem ser os mais gritantes e inquestionáveis. O teletrabalhador, justamente pelo uso de equipamentos eletrônicos, que lhe permitem estar em contato com a empresa em qualquer lugar e a qualquer hora, torna-se sempre disponível para o trabalho, seu tempo de dedicação acaba sendo exclusivo e ilimitado, e os mecanismos jurídicos para o controle de jornada de trabalho, atualmente existentes na legislação brasileira, não parecem corresponder às novas nuances desta modalidade de trabalho. O teletrabalhador pode ser localizado e contatado esteja aonde estiver, o que limita não apenas a sua liberdade, mas também seu direito ao descanso, à desconexão. O que parece é que essas novas tecnologias criadas para a “evolução” da sociedade aprisionam o indivíduo e

---

<sup>41</sup> FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, p. 150.



criam uma espécie de comportamento padrão, em que o isolamento social, quebrado apenas pelas relações virtuais, parece ser o mais propício para a “nova sociedade” que se intitula da informação.

O excesso de exposição da vida particular e sua confusão com o ambiente de trabalho aproximam-se mais à precariedade do trabalho do que propriamente a qualquer ideia de evolução. Os trabalhadores, ainda que em ambiente doméstico, estão cada vez mais expostos às jornadas extenuantes de trabalho e, ao que tudo indica, ainda assim parecem preferir este tipo de exploração a estarem nas instalações físicas da empresa. Ora, isso induz a crer, seja no trabalho convencional seja no teletrabalho, que a condição do trabalhador não parece ter “evoluído” tanto assim. Há carências a serem atendidas para oferecer condições justas, dignas e éticas, de modo a cessar a exploração do trabalhador em todas as possíveis modalidades.

## REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo; BRAGA, Ruy. *Infoproletários: degradação real do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2010.

BARROS, Alice Monteiro de. *Contratos e regulamentações especiais de trabalho: peculiaridades, aspectos controvertidos e tendências*. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: LTr, 2008.

BASTOS, Guilherme Augusto Caputo. Teletrabalho (telework ou telecommuting): uma nova forma de ver o tempo e o espaço nas relações de trabalho. *Em evidência – Revista Magister de Direito Empresarial*. Porto Alegre, v. 10, n. 58, p. 25-52, jan./fev. 2014

CHANLAT Jean-François. *O indivíduo na organização: dimensões esquecidas*. São Paulo: Atlas, v. 1, 1996.

COMPARATO, Fábio Konder. A servidão voluntária. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/politica/a-servidao-voluntaria>>. Acesso em: 22/06/2016.

COSTA, I. S. A. Controle em novas formas de trabalho: teletrabalhadores e o discurso do empreendedorismo de si. *Cadernos EBAPE. BR*, v. 11, p. 462-474, 2013.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2010.

GOMBAR, J.; SEOANE, Y. L.; SILVEIRA, M. G. C. I. Teletrabalho na sociedade pós-moderna. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 1, n. 1, p. 76-95, jan./jun. 2014.

GOMBAR, Jane. Home office na vida dos trabalhadores: panoramas do cotidiano, (re) inserção no mercado de trabalho e suas contingências através das tecnologias da informação. *Revista da Faculdade de Direito de Pelotas*, v. 1, n. 1, p. 51-75, 2015.

JARDIM, Carla da Silva. *O teletrabalho e suas atuais modalidades*. São Paulo, LTr, 2003.

LA BOÉTIE, Étienne de. *Discurso da servidão voluntária*. 2. ed. Tradução de Casemiro Linaeth. São Paulo: Martins Claret, 2009.

LEI N. 12.551, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2011. Altera o art. 6º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, para equiparar os efeitos jurídicos da subordinação exercida por meios telemáticos e informatizados à exercida por meios pessoais e diretos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112551.htm)>. Acesso em: 18/06/2016.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. Tradução de Ricardo Corrêa Barbosa; posfácio: Silvano Santiago. 6. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2000. Título original: *La condition postmoderne*, 1979.

MALLET, Estevão. Trabalho, tecnologia e subordinação: reflexões sobre a Lei 12.551. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 115, p. 44-51, abr. 2012.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do trabalho*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PAIVA, Mário Antônio Lobato de. Diretrizes para utilização dos meios eletrônicos no ambiente de trabalho. *Revista Justiça do Trabalho*, n. 224, p. 58-64, 2002.

PEZZELLA, Maria Cristina Cereser, BUBLITZ, Michelle Dias. A pessoa como sujeito de direitos na sociedade da informação: teletrabalho como forma de inclusão social – um desafio. *Pensar*. Fortaleza, v. 19, n. 1, p. 179-200, jan./abr. 2014.

PINEL, Maria de Fátima de Lima. *Teletrabalho: o trabalho na era digital*. Rio de Janeiro: Faculdade de Administração e Finanças, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 1998. Dissertação (Mestrado em Ciências Contábeis). Disponível em: <<http://www.teletrabalhador.com/index.html>>. Acesso em: 18/07/2016.

POGREBINSCHI, Thamy. Foucaut, para além do poder disciplinar e do biopoder. *Lua Nova*, n. 63, p. 179-201, 2004.

RABINOW, Paul; ROSE Nikolas. O conceito de biopoder hoje. *Política & trabalho. Revista de Ciências Sociais*, n. 24, p. 27-57, abr. 2006.

RESEDÁ, Salomão. O direito à desconexão: uma realidade no teletrabalho. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 33, n. 126, p. 157-175, abr./jun. 2007.

ROSENFELD, Cinara L. Autonomia outorgada e apropriação do trabalho. *Sociologias*. Porto Alegre, n. 12, p. 202-227, jul./dez. 2004.

ROSENFELD, Cinara L.; ALVES, Daniela Alves de. Autonomia e trabalho informacional: o teletrabalho. *Dados*. Rio de Janeiro, v. 54, n. 1, p. 207-233, 2011.

SOBRATT – Sociedade Brasileira de Teletrabalhos e teleatividades: *Estudo de estratégias de gestão de mobilidade via teletrabalho e teleatividades no estado de São Paulo*: Resolução SMA n. 24, de 10 abr. 2013. Disponível em: <<http://www.sobratt.org.br/index.php/estudo-de-estrategias-de-gestao-de-mobilidade-via-teletrabalho-e-teleatividades-no-estado-de-sao-paulo>>. Acesso em: 18/07/2016.

TAYLOR, Frederick W. *Princípios de administração científica*. São Paulo: Atlas, 1970.

TROPE, Adalberto. *Organização virtual: impacto de teletrabalho nas organizações*. Rio de Janeiro: Quality, 1999.

WERTHERIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000.

WINTER, Vera Regina Loureiro. *Teletrabalho: uma forma alternativa de emprego*. São Paulo: LTr/Biblioteca LTr Digital 2.0, 2005.

Data de recebimento: 23/09/2016

Data de aprovação: 18/10/2016

# UMA RELEITURA DOS ASPECTOS PROCEDIMENTAIS DO MANDADO DE INJUNÇÃO À LUZ DA LEI N. 13.300/2016

## A REVIEW OVER THE PROCEDURE OF THE BRAZILIAN INJUNCTION WRIT UNDER THE INJUNCTIVE WRIT ACT 2016 (ACT N. 13.300/2016)

*Adriano Gonçalves Feitosa\**

*Bernardo Silva de Seixas\*\**

### RESUMO

O presente trabalho pretende traçar um esboço atualizado do mandado de injunção enquanto ação de controle incidental das omissões inconstitucionais. Previsto no art. 5º, inciso LXXI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o remédio em estudo apenas recebeu a devida regulamentação formal em 23 de junho de 2016, por meio da Lei n. 13.300. Enquanto ausente lei formal, seus procedimentos se pautaram na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na aplicação da lógica sistemático-normativa de interpretação constitucional, que permitiu a subsunção analógica dos mandamentos da Lei do Mandado de Segurança (Lei n. 12.016/2009) até o advento da lei específica. Ao fim do presente ensaio, espera-se esboçar com sucesso os aspectos procedimentais do mandado de injunção à luz da Lei n. 13.300/2016 e da jurisprudência do STF, bem como evidenciar a Lei n. 13.300/2016 como mais um passo do Estado brasileiro em direção à efetivação dos direitos fundamentais e do acesso à justiça.

---

\* Advogado. Pós-graduando em 'Direito Público: Constitucional, Administrativo e Tributário' pela Universidade Estácio de Sá. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Amazonas (Ufam). [adrianogoncalvesfeitosa@hotmail.com](mailto:adrianogoncalvesfeitosa@hotmail.com).

\*\* Professor universitário da Universidade Federal do Amazonas (Ufam). Mestre em Sistema Constitucional de Garantias de Direito pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Pós-graduado em Giustizia Costituzionale e Tutela Giurisdizionale dei Diritti Fondamentali pela Universidade de Pisa – Itália. Especialista em Direito Processual pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – Ciesa. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ensino Superior do Amazonas – Ciesa. Advogado em Manaus/AM. [seixas.bernardo@gmail.com](mailto:seixas.bernardo@gmail.com).

**Palavras-chave:** Mandado de injunção; Omissões inconstitucionais; Supremo Tribunal Federal.

#### ABSTRACT

This paper aims to set up a general and updated outline of the Brazilian injunctive writ as instrument of judicial review of unconstitutional omissions. Contemplated in section 5 (LXXI) of the Brazil's Constitution of 1988, the injunctive writ was only regulated in June 23, 2016, through the Injunctive Writ Act of 2016 (Act n. 13.300/2016). While absent its regulation, its procedures were guided by Brazilian Supreme Court's jurisprudence and the use of constitutional interpretation and legal reasoning, which allowed so far, by analogy, the application of the provisions of the Writ of Mandamus Act 2009 (Act n. 12.016/2009). In conclusion, this paper seeks to demonstrate the general procedures of the examined writ under the light of its recent regulation and the well-established jurisprudence of the Brazilian Supreme Court, as well as to highlight the writ as a further step towards the consolidation of fundamental rights and the access to Justice in Brazil.

**Keywords:** Injunctive writ; Unconstitutional omission; Brazilian Supreme Court.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa discutir o instituto do mandado de injunção e de seus procedimentos sob a ótica de sua lei reguladora (Lei n. 13.300/2016). Nesse ínterim, cumpre discutir de que forma a Lei n. 13.300/2016, recente ato normativo regulamentador do mandado de injunção, consolida os seus procedimentos consoante o que ao longo das três últimas décadas vinha decidindo o Supremo Tribunal Federal.

Ao longo de quase três décadas, o mandado de injunção – remédio constitucional inaugurado pela Constituição de 1988 – não recebeu a regulamentação que a Carta Magna indicava necessária.

Não obstante a Lei n. 8.038/1990 tenha autorizado a tratativa analógica do mandado de injunção sob as regras da Lei n. 12.016/2009, que dispõe sobre o mandado de segurança, coube em um primeiro momento à doutrina e ao Poder Judiciário, mormente ao Supremo Tribunal Federal, suprir as omissões normativas dos outros dois poderes e traçar os parâmetros procedimentais gerais para a viabilização da ação injuntiva.

Desta forma, a jurisprudência do STF balizou a abordagem prático-forense do tema até o advento da Lei n. 13.300/2016, que consagra em diploma específico justamente os posicionamentos daquela Corte ao longo dos últimos trinta anos.

Este estudo tem o objetivo geral de traçar um esboço procedimental atualizado da referida ação; por sua vez, em cumprimento aos seus objetivos específicos,

dar-se-á enfoque a uma releitura histórico-jurisprudencial do tema, simultaneamente à análise dos dispositivos da Lei n. 13.300/2016 e demais diplomas que com ela se comunicuem, estabelecendo entre os julgados e a legislação estudada a devida interconexão causal.

A presente pesquisa visa a atingir os objetivos delineados mediante a aplicação do método hipotético-dedutivo, auxiliado pelos métodos histórico e comparativo. Nesses termos, para a confirmação das hipóteses ora firmadas, proceder-se-á ao estudo comparado da jurisprudência temática do Supremo Tribunal Federal e dos diplomas legais pertinentes, com enfoque na Lei n. 13.300/2016.

O presente trabalho encontra esteio na recente edição da Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016, que enfim regulamentou o remédio injuntivo, e em sua evidente relevância e repercussão tanto no campo acadêmico quanto na prática forense.

Esse importante instrumento de controle normativo incidental das omissões inconstitucionais tem previsão originária no artigo 5º, inciso LXXI, da Carta Magna, segundo o qual “conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania”.

Mesmo sem efetiva regulamentação, o mandado de injunção já vinha sendo utilizado na experiência prática, porém em desconformidade com seu pleno potencial. Até então, vinha sendo norteado tanto pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que será revisitada para os fins metodológicos do presente estudo, quanto pela aplicação da lógica sistemático-interpretativa do texto constitucional.

Isso é o que se depreende da leitura do § 2º do art. 5º da CRFB/1988, combinado com o parágrafo único do art. 24 da Lei n. 8.038/1990, que remete os aspectos procedimentais do mandado de injunção aos do mandado de segurança, “no que couber, (...) enquanto não editada legislação específica”.

Inicialmente, caberá contextualizar o mandado de injunção em suas noções gerais, para em seguida discutir-lhe o conceito e histórico, ao que se buscará extrair de doutrina autorizada a mais bem lapidada definição daquilo que de fato é o remédio injuntivo; pretende-se, ainda, distinguir as origens da ação injuntiva brasileira e dos remédios alienígenas, cujo entrelace absoluto reportam desavisadamente os autores mais precipitados.

Em sequência, traçar-se-á as regras gerais de competência para o julgamento da ação, partindo-se logo após para as regras específicas no âmbito do Supremo Tribunal Federal. Respeitados os limites formais deste trabalho, finaliza-se o estudo do mandado de injunção por meio de uma releitura pormenorizada de

seus aspectos procedimentais, ainda sob o manto da jurisprudência norteadora do STF, analisados os principais tópicos de interesse, a saber: as modalidades de mandado de injunção; a questão da omissão parcial; os legitimados ativos e passivos; a questão da liminar em mandado de injunção; as provas; o reconhecimento do estado de mora legislativa pelo STF e seus efeitos; a eficácia da decisão; e, por fim, a condenação em custas e honorários advocatícios.

## NOÇÕES GERAIS

Após quase três décadas sem lei infraconstitucional específica que o regulamentasse, o mandado de injunção enfim passa a ser regulado pela Lei n. 13.300, sancionada em 23 de junho de 2016 pelo vice-presidente Michel Temer, no exercício da presidência da República.

Justamente por ser recente, e dado o cenário histórico-político em que hoje o Brasil se insere, esse diploma legal representa grande avanço no tocante à promoção do acesso à justiça pelo Estado brasileiro.

Com a edição da regulamentação legal do mandado de injunção, o Judiciário deixa de figurar como protagonista normativo da matéria, sem que se desmereçam seus entendimentos já consolidados, ao mesmo tempo em que o Poder Legislativo assume para si tarefa que originalmente já lhe pertencia, em franco prestígio à sua igual função de agente viabilizador do acesso à justiça para os despossuídos, vulneráveis e hipossuficientes.

Almejando disciplinar o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo, a lei em comento traz em seu bojo quinze artigos.<sup>1</sup> Embora sucinta e de certa forma incompleta, vem em bom tempo, tendendo a superar um dos obstáculos elencados por Mauro Capelletti<sup>2</sup> como entrave à efetivação do acesso à justiça: a aptidão de reconhecer um direito e propor uma ação específica em sua defesa.

## CONCEITO E HISTÓRICO

Seguindo o que a moderna doutrina convencionou chamar de direito processual constitucional, Mendes e Branco (2015, p. 449) classificam o mandado de

---

<sup>1</sup> Para Uadi Lammêgo Bulos (2002, p. 401), mesmo sem regulamentação legal específica antes de 2016, o § 2º do art. 5º já desempenhava a chamada função integrativa, responsável por trazer coesão ao ordenamento jurídico brasileiro, seja pela incidência de normas de direito internacional advindas de tratados internacionais de que o Brasil seja signatário ou mesmo de outros direitos decorrentes do regime e dos princípios constantes da Carta Maior de 1988. É nesse sentido que funcionou a referida norma por tanto tempo, ao permitir o tratamento analógico das figuras mandado de segurança e mandado de injunção.

<sup>2</sup> CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988, p. 8.

injunção como “instrumento do processo constitucional voltado para a defesa de direitos subjetivos em face de omissão do legislador ou de outro órgão incumbido de poder regulatório”, assentando que ao seu lado previu a Constituição a figura da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (art. 103, § 2º, CRFB/1988).

Barroso delinea bem as duas ações, distinguindo-lhes os aspectos essenciais:<sup>3</sup>

A ação direta de inconstitucionalidade por omissão é mecanismo institucional de fiscalização abstrata, de competência concentrada do Supremo Tribunal Federal e materializada em processo objetivo. Já o mandado de injunção destina-se ao controle incidental da omissão, tendo sido concebido para a tutela de direitos subjetivos constitucionais, frustrados pela inércia ilegítima do Poder Público.

Em linhas gerais, o mandado de injunção é um remédio inserido no texto constitucional e destinado ao controle incidental e concreto da omissão e inércia legislativas, objetivando dar cumprimento aos direitos subjetivos constitucionais.

Embora tenha recebido a devida regulamentação legal apenas em junho de 2016, os procedimentos aplicados ao mandado de injunção até então se baseavam nos comandos da Lei n. 8.036/1990, que procedimentaliza processos perante o STJ e o STF; e da Lei n. 12.016/2009, que unificou as normas disciplinadoras do mandado de segurança.<sup>4</sup>

Ao longo desse longo período em que pesou a falta de regulamentação formal, isto é, mediante lei que traçasse suas diretrizes gerais, o mandado de injunção esteve exposto a críticas ferrenhas. Inicialmente, um dos argumentos levantados se baseava na coexistência de instrumentos jurídicos alternativos muito mais eficientes. No aniversário de dez anos da Constituição Cidadã, eis o que o professor Luís Roberto Barroso pontuava à época:

No tocante ao mandado de injunção, instrumento criado para permitir a efetivação de determinados direitos constitucionais prejudicados por omissão legislativa, o Supremo Tribunal Federal minimizou o instituto, tratando-o com desconfiança e má vontade. Na verdade, o entendimento que prevaleceu foi o de que o objeto do mandado de injunção é o de dar mera ciência ao órgão omisso da existência da omissão isto é, o mesmo da ação direta de inconstitucionalidade, e não, como prega toda a doutrina, a atribuição de competência ao Judiciário para formular, nos

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e da jurisprudência. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

<sup>4</sup> A Nova Lei do Mandado de Segurança, Lei n. 12.016/2009, obteve êxito ao unificar em um só corpo legal normas até então distribuídas em leis esparsas: Lei n. 1.533/1951 (revogada), Lei n. 4.348/1964 (revogada), Lei n. 5.021/1966 (revogada) e Lei n. 8.437/1992 (em vigor).

limites do caso concreto submetido à sua apreciação, a regra faltante. A atenuação da rigidez do entendimento inicial em alguns casos posteriores não serviu para a recuperação do instituto, que caiu no domínio da desimportância.<sup>5</sup>

Quanto ao seu histórico, percebe-se que desavisadamente muitos autores noticiam ter o instituto do mandado de injunção brasileiro se inspirado no direito estadunidense, por existir naquele ordenamento a figura do “writ of injunction”.

Todavia, a doutrina mais qualificada há muito já chegou ao consenso de que, em sede de direito comparado, apesar da nomenclatura, nada têm a ver entre si as duas ações, o que atesta o tradicional “Black’s Law Dictionary” no verbete “ENJOIN”, termo legal conceituado como “requerer, ordenar, direcionar positivamente; exigir, por ‘mandado de injunção’ de uma Corte de Equidade, que uma pessoa faça, abstenha-se ou desista da prática de algum ato”. (tradução livre)<sup>6</sup>

O mesmo dicionário, que se mantém em constante atualização desde sua primeira edição, em 1891, elenca logo após seu prefácio os “cânones da ética judicial” a serem levados em conta pelos juízes americanos quando da atuação no processo, sendo deles exigido que “se lembrem de que uma “injunção” é a limitação sobre a liberdade de ação do réu e não deve ser usada de forma leviana e inadvertidamente”.<sup>7</sup>

Em se tratando da semântica jurídica, as palavras “injunction” e injunção são falsos cognatos; portanto, nada têm em comum o mandado de injunção brasileiro e o “writ of injunction” americano, senão o nome. Em âmbito nacional, nesse mesmo sentido se pronuncia o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho,<sup>8</sup> para quem, essencialmente, o “writ” americano se trata de “medida judicial que impõe um não fazer, razão pela qual não pode ser encarado como inspiração do mandado de injunção, cujo objetivo é o exercício de um direito, superando-se a falta de norma regulamentadora”.

Já o direito italiano também traz a figura da “ingiunzione”, que, nas palavras de Roberto Sciacchiato,<sup>9</sup> quer tratar de:

<sup>5</sup> BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 214, p. 17, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>>. Acesso em: 28/07/2016.

<sup>6</sup> No original: ENJOIN. To require; command; positively direct. To require a person, by writ of injunction from a court of equity, to perform, or to abstain or desist from, some act. (grifos nossos) Cf. BLACK, Henry Campbell. *Black’s Law Dictionary*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing, 1968, p. 623.

<sup>7</sup> No original: [...] He [the judge] should remember that an injunction is a limitation upon the freedom of action of defendants and should not be granted lightly or inadvisedly.

<sup>8</sup> FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 356.

<sup>9</sup> Apud FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, p. 356.



Um instituto processual mediante o qual pode conseguir-se uma decisão de condenação de forma mais simples que a do processo ordinário. Dada esta característica, o procedimento é particularmente útil para os créditos certos e munidos de prova, em relação aos quais o devedor não teria razão para resistir em juízo e poderia fazê-lo, num processo ordinário, somente com finalidade dilatória da condenação.

Novamente, não é este o caso do mandado de injunção brasileiro, que daquelas figuras alienígenas diverge teleologicamente. Evidenciado seu caráter inovador e original, o mandado de injunção desponta como uma promessa de efetivação de direitos fundamentais, autenticamente brasileiro.<sup>10</sup>

## COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

### Competências gerais

A competência geral para o julgamento do mandado de injunção se exerce de acordo com a autoridade responsável pela edição da norma regulamentadora em falta. A Constituição de 1988 traz a previsão da apreciação do remédio pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, *q* e II, *a*), pelo Superior Tribunal de Justiça (art. 105, I, *h*) e pelos Tribunais Regionais Eleitorais (art. 121, § 4º, V).

Em função do princípio da simetria constitucional, também as Constituições estaduais podem dispor acerca do mandado de injunção, sendo comum tal atribuição pertencer aos Tribunais de Justiça se as normas questionadas forem de alçada da respectiva Assembleia Legislativa; ou mesmo de juízes de primeiro grau, caso em que é imperativo o controle tão somente sobre normas de competência municipal.<sup>11</sup>

---

<sup>10</sup> O reflexo da tão esperada regulamentação, que responde a antigo e legítimo clamor social, já se manifesta na grande mídia, como se observa no editorial de 16 de julho de 2016 do jornal *O Estado de S.Paulo*: “(...) É inegável que a Lei n. 13.300/2016 – cuja origem remete a uma proposta do grupo judiciário do “Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, criado em 2009 e que contou com a participação dos Três Poderes – chega num momento em que uma jurisprudência sobre o mandado de injunção mais consolidada pode ser vista como menos relevante. No entanto, as controvérsias de fundo, que afloraram no debate sobre o mandado de injunção, continuam vivas. E continuam a exigir uma equilibrada sensibilidade por parte do STF. A simples afirmação da força normativa da Constituição está longe de resolver satisfatoriamente – e democraticamente – os complexos conflitos que batem à porta do Judiciário. Também o Poder Legislativo deve ter presente que o tema do mandado de injunção se refere especialmente à qualidade e à funcionalidade do seu trabalho. Ou seja, o que a Constituição realmente obriga é que os Três Poderes funcionem”.

<sup>11</sup> A Constituição do Estado do Amazonas estabelece em seu art. 72, inciso I, *e*, que compete ao Tribunal de Justiça julgar, originariamente, o mandado de injunção quando a norma regulamentadora for atribuída às seguintes pessoas: governador e vice-governador; prefeitos municipais; presidente e membros da mesa diretora da Assembleia estadual; presidente da Câmara

## Competência específica do STF

Interessante é o estudo feito por Daniel Mitidiero<sup>12</sup> no que diz respeito à efetiva atuação do STF, e também do STJ, enquanto cortes que ocupam o vértice da organização judiciária. Ao afirmar que ambas, ao contrário do que seria desejável, pendem em verdade mais para o modelo de Cortes Superiores do que para o de Cortes Supremas, o autor estabelece como elemento de distinção o valor dado ao precedente judicial como meio orientador da sociedade civil e da comunidade jurídica a respeito do significado que deve ser atribuído aos enunciados legislativos:

A interpretação é o *fim* das cortes de vértice (...) e a formação do precedente tem um papel central, de modo que a violação à interpretação ofertada pela corte de vértice pelos juízes que compõem a própria corte e por aqueles que se encontram nas instâncias ordinárias é vista como *uma grave falta institucional que não pode ser tolerada* dentro do sistema jurídico (grifos no original).

A essência finalística da Suprema Corte brasileira é marcada pela busca da efetividade das normas constitucionais e pela guarda dos direitos fundamentais. A História nos mostra que essa função parece estar longe de ter seu alcance e significado reduzidos, à medida que crise torna-se uma palavra cada vez mais frequente no vocabulário popular brasileiro. Crise econômica. Crise política. Crise de representatividade. Crise do presidencialismo etc. Isso tudo torna cada vez mais evidente a necessidade crescente de se invocar o Judiciário a solucionar impasses entre os dois outros poderes.

Nesse sentido, Alexandre de Moraes<sup>13</sup> diz:

Nesse panorama de crise do sistema representativo e aumento dos reclamos sociais por outros canais de pressão ao governo, que não mais exclusivamente por meio dos representantes eleitos no Parlamento, torna-se cada vez mais necessária a adoção de dois mecanismos com-

---

Municipal e sua mesa diretora; presidente e conselheiros do Tribunal de Contas do Estado; procurador-geral de Justiça; corregedor-geral do Ministério Público; procurador-geral do Estado; chefe da Defensoria Pública; secretários de Estado; o próprio presidente do Tribunal de Justiça, seu vice-presidente e o corregedor-geral de Justiça. Nota-se, no caso do Amazonas, que o mandado de injunção se concentrou no Tribunal de Justiça, mesmo no caso das autoridades municipais, não sendo sua competência compartilhada com os juízos inferiores, o que também é possível, como ensina o professor Luís Roberto Barroso. Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*: exposição sistemática da doutrina e da jurisprudência, p. 133.

<sup>12</sup> MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas*: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo: RT, 2013, p. 12.

<sup>13</sup> MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 59.

plementares, de fortalecimento da democracia: reforma política do Estado e atuação do Tribunal Constitucional como árbitro da sociedade.

Com o advento da Constituição de 1988 e toda a sua carga valorativa – princípios, direitos e garantias fundamentais –, verificou-se a incapacidade de a Administração Pública cumprir tais disposições em sua totalidade.

Pode-se dizer que a partir daí a relação da sociedade civil com as instituições judiciárias se modificou de forma virtuosa. O Judiciário deixou de ser visto como um departamento técnico especializado e passou a desempenhar papel verdadeiramente político, ao lado dos dois outros poderes.

O significado disso: viu-se crescer o ajuizamento de demandas pleiteando execução de direitos fundamentais e políticas públicas. Essa ascensão institucional do Judiciário e de seus agentes, juízes e tribunais, explica-se por dois motivos determinantes:

Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual.<sup>14</sup>

As grandes questões de direitos fundamentais que o Poder Constituinte havia assegurado em 1988 como de competência do Executivo passaram em última instância para os gabinetes dos ministros do Supremo Tribunal Federal. Aumentaram as demandas e despontou o chamado ativismo judicial.

A redemocratização do país, aliada à percepção e adoção da teoria dos direitos fundamentais em seu ordenamento legal, já aperfeiçoada sob a égide do Estado Constitucional, exigiu a criação de mecanismos processuais que viabilizassem os numerosos e onerosos direitos fundamentais e garantias reconhecidos a partir de então.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Cf. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, abr./jun. 2005, p. 36. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 10/04/2016.

<sup>15</sup> Mitidiero comenta sobre a passagem do Estado Legislativo para o Estado Constitucional, em que pese ter havido três grandes mudanças na concepção do direito: I. Princípios e postulados ganham *status* de normas, junto com as regras propriamente ditas; II. Conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais passam a compor o campo da técnica legislativa, junto com a casuística tradicional; e III. A interpretação jurídica ganha um novo significado, havendo a separação entre texto e norma. Diz o autor que “a partir dessa passagem, o processo civil passou a responder não só pela necessidade de resolver casos concretos mediante a prolação de uma decisão justa para as partes, mas também pela promoção da unidade do direito mediante a formação de precedentes”.

Em 1988, findado o regime militar, a constituição cidadã havia prometido mais do que podia cumprir de pronto, ou mesmo nas duas décadas que se seguiram. Consequência: abarrotamento do Judiciário com demandas muitas vezes versando sobre um mesmo bem da vida. Todas pleiteando justamente o que o Estado prometera na Constituição da República de 1988.

No mesmo sentido, Picardi e Nunes<sup>16</sup> pontuam que:

(...) De um lado, buscou-se adaptar o sistema brasileiro aos ganhos do movimento do acesso à justiça (...), mas de outro, o Brasil se inseria, em termos institucionais, numa perspectiva neoliberal que impôs impactos no modo de se dimensionar o sistema processual, o que impediu o delineamento de uma efetiva democratização processual.

Todas as reformas na processualística brasileira nas últimas décadas, culminando na tão esperada operacionalização do CPC/2015, de um modo ou de outro buscaram também reafirmar a função precípua das Cortes superiores, qual seja, a uniformização da interpretação de questões constitucionais e seus tão esperados desdobramentos: prestação jurisdicional justa, isonômica, fundamentada, coerente etc.

Consequentemente, os valores que hoje são inerentes ao que se chama de Neoconstitucionalismo, tais como igualdade, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, coerência e previsibilidade das decisões receberam uma importante carga de efetividade no novo sistema.

Na estrutura do Judiciário brasileiro, o Supremo Tribunal Federal desponha como tendo por função constitucionalmente estabelecida julgar determinadas causas originárias (art. 102, inciso I c/c art. 103, § 2º, CRFB/1988), bem como julgar recursos ordinários (art. 102, inciso II, CRFB/1988) e extraordinários (art. 102, inciso III, CRFB/1988).

De modo extraordinário, o STF atua como última instância de todas as Justiças, comuns ou especiais, quanto ao julgamento dos recursos extraordinários, porém limitando-se a analisar questões de direito que guardem relação ao respeito da ordem constitucional.

Originariamente, o STF possui amplas atribuições, dentre as quais se destacam a competência para julgar a ação direta de inconstitucionalidade, a ação declaratória de constitucionalidade, a arguição de descumprimento de preceito fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.<sup>17</sup>

<sup>16</sup> NUNES, Dierle; PICARDI, Nikolas. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011, p. 100-101. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242945/000939985.pdf?sequence=3>>. Acesso em 31/07/2016.

<sup>17</sup> Respectivamente, ADI e ADC – inciso I, alínea *a*, do art. 102; ADPF – § 1º do art. 102; ADO – art. 103; e MI – art. 102, inciso I, alínea *q*, do art. 102, todos constantes da CRFB/1988.

Tanto as causas originárias acima destacadas quanto o julgamento de recurso extraordinário compõem o “núcleo do sistema de controle de constitucionalidade e legitimidade de leis ou atos normativos, bem como das omissões inconstitucionais”.<sup>18</sup>

Para os fins do presente estudo, destaca-se a competência da Corte Suprema brasileira para julgar o mandado de injunção (art. 102, inciso I, alínea *q*, CRFB/1988).

## UMA RELEITURA DA JURISPRUDÊNCIA DO STF À LUZ DA LEI N. 13.300/2016

### Modalidades

O art. 1º confirma o que antes a jurisprudência do STF já havia legitimado, isto é, a viabilidade do mandado de injunção coletivo. Afinal, se este instrumento deveria se espelhar no mandado de segurança e este expressamente admite a propositura por uma coletividade no polo ativo (art. 5º, LXX, CRFB/1988), qual seria o óbice da mesma atribuição ao mandado de injunção? Na prática, nenhum; tanto foi que em 1994 o STF consolidou seu entendimento nesse sentido, pacificando a admissibilidade dos mandados de injunção coletivos, tal qual se admitia na tratativa constitucional e na legislação esparsa do mandado de segurança.

Esse entendimento, proferido em voto do Ministro Néri da Silveira e ratificado pelo Pleno do STF, por maioria de votos, em 8 de abril de 1994, quando do julgamento do Mandado de Injunção n. 361/RJ, representa o “leading case” da matéria, cuja ementa abaixo se colaciona:

**EMENTA: I – MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: ADMISSIBILIDADE, POR APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 5º, LXX, DA CONSTITUIÇÃO; LEGITIMIDADE, NO CASO, DE ENTIDADE SINDICAL DE PEQUENAS E MÉDIAS EMPRESAS, AS QUAIS, NOTORIAMENTE DEPENDENTES DO CRÉDITO BANCÁRIO, TÊM INTERESSE COMUM NA EFICÁCIA DO ART. 192, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO, QUE FIXOU LIMITES AOS JUROS REAIS. (MI 361, Relator (a): Min. Néri da Silveira, Relator (a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, DJ17-06-1994 p. 15707 Ement v. 01749-01 p. 46.) (grifos nossos)**

Posteriormente, o entendimento acima consagrado foi confirmado em decisões contemporâneas à época, tais como MI 342/SP, Rel. Min. Moreira Alves; MI 20/DF, Rel. Min. Celso de Mello; e MI 472/DF, Rel. Min. Celso de Mello.

---

<sup>18</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 984.

Esses julgados formaram o núcleo duro de precedentes que balizaram a admissibilidade do mandado de injunção coletivo até o presente ano, data a partir da qual perdem relevância prática – mas não a relevância histórica – diante da força normativa advinda da Lei n. 13.300/2016.

### Omissão parcial

Prosseguindo, o art. 2º da Lei n. 13.300 reproduz o comando constitucional do art. 5º, inciso LXXI, acrescentando-lhe apenas que mesmo a omissão parcial enseja a aplicação do remédio injuntivo, compreendida tal parcialidade enquanto hipótese de insuficiência das normas editadas pelo órgão legislador competente.

O parágrafo único do referido artigo legal assume para si tarefa até então realizada pela doutrina, e que a jurisprudência superior já havia ratificado, isto é, a definição daquilo que se poderia entender como omissão parcial. O parágrafo único dispõe que “considera-se parcial a regulamentação quando forem insuficientes as normas editadas pelo órgão legislador competente”.

Com o intuito de complementar a breve e sucinta conceituação legal apontada, invoca-se o magistério autorizado e sempre recente de Gilmar Mendes e Paulo Branco:<sup>19</sup>

A omissão parcial envolve (...) a execução parcial ou incompleta de um dever constitucional de legislar, que se manifesta seja em razão do atendimento incompleto do estabelecido na norma constitucional, seja em razão do processo de mudança nas circunstâncias fático-jurídicas que venha a afetar a legitimidade da norma (inconstitucionalidade superveniente), seja, ainda, em razão de concessão de benefício de forma incompatível com o princípio da igualdade (exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade).

Já para Barroso,<sup>20</sup> a omissão parcial se divide em duas espécies: a omissão relativa e a omissão parcial propriamente dita. A omissão relativa se opera quando a lei exclui do seu âmbito de incidência uma determinada categoria que dela deveria se beneficiar, em franca violação ao princípio da isonomia. Já em se tratando da inconstitucionalidade por omissão parcial propriamente dita, esta ocorre quando o legislador atua sem necessariamente violar o princípio da isonomia, mas deficitariamente quanto à obrigação inerente à atividade legislativa regulamentadora.

<sup>19</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, p. 1.224.

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e da jurisprudência*, 2009, p. 37-38.

Em 1993, quando do julgamento da apreciação de pedido de liminar na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão n. 529-DF,<sup>21</sup> promovida pelo Partido dos Trabalhadores, o STF se posicionou quanto à inconstitucionalidade por omissão parcial – no sentido de violação à isonomia do art. 37, X, da CRFB/1988 –, à medida que o presidente da República à época editou Medida Provisória que majorou os índices de remuneração dos servidores públicos militares, em detrimento dos valores prestados aos servidores civis, privando estes de benefício constitucional a que também faziam jus.

### Legitimados para a propositura da ação: polo ativo e polo passivo

A jurisprudência da Corte Suprema aplicou também às entidades aptas ao ajuizamento do mandado de injunção coletivo a exigência de prévia constituição legal e funcionamento há, pelo menos, um ano, como se observa do “decisum” referente ao MI n. 689/PB, em cujo primeiro tópico da ementa vem assim consignado: “O acesso de entidades de classe à via do mandado de injunção coletivo é processualmente admissível, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há pelo menos um ano”. (MI 689 PB, Relator: Min. Eros Grau, Data de Julgamento: 07/06/2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJ* 18-08-2006, v. 28, n. 333, 2006, p. 139-143.)

A regra anteriormente exposta, de prévia constituição e funcionamento há, pelo menos, um ano, antes se depreendia da interpretação analógica do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 (Lei do Mandado de Segurança), constando a partir da Lei n. 13.300/2016 expressamente consignada em seu art. 12.

Além das pessoas jurídicas, aí incluídas as entidades de classe, associações e sindicatos, já examinados, também integram o rol dos legitimados ativos para a impetração do remédio as pessoas naturais,<sup>22</sup> contanto que sejam titulares dos direitos a que faz menção o *caput* do art. 2º.

---

<sup>21</sup> ADI 529/DF, Relator: Min. Sepúlveda Pertence, Data de Julgamento: 19/06/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJ* 05-03-1993, p. 2.896, Ement v. 1694-02, p. 199, *RTJ*, v. 146-02, p. 424.

<sup>22</sup> Diante da moderna concepção dos direitos humanos fundamentais, constante da lógica constitucional consagrada pela Constituinte de 1988, a pessoa natural, isto é, o ser humano, é naturalmente beneficiário de quaisquer prerrogativas, das mais básicas às mais complexas, bem como dos remédios que as venham garantir, não importando distinções de nacionalidade, raça, gênero, idade ou escolaridade. Conclusão lógica que se pode extrair do movimento de universalização dos direitos humanos é que todo e qualquer ser humano, seja brasileiro ou estrangeiro, residente ou em trânsito pelo Brasil, pode fazer uso do instrumento do mandado de injunção, se dele puder pleitear a efetivação de garantias fundamentais que lhe digam respeito. Nesse interim, importante é o art. 12, inciso IV, da Lei n. 13.300/2016, que elenca a Defensoria Pública como legitimada à promoção da ação em se tratando de tutela pertinente à defesa dos direitos humanos e dos interesses individuais e coletivos dos “necessitados”, aqui também compreendidos como “hipossuficientes” ou “vulneráveis”.

Não obstante a universalização dos direitos humanos, excepcional é a situação do servidor público militar, que, em decorrência do regime especial que a ele se aplica, não foi reconhecido como legitimado “ad causam” para reclamar via mandado de injunção o exercício do direito à estabilidade no serviço público. Nesse sentido, os argumentos do STF nos Mandados de Injunção n. 188/RJ e n. 107/DF foram essencialmente que:

Só tem “legitimatio ad causam”, em se tratando de mandado de injunção, quem pertença a categoria a que a Constituição Federal haja outorgado abstratamente um direito, cujo exercício esteja obstado por omissão com mora na regulamentação daquele. (...) Em se tratando, como se trata, de servidores públicos militares, não lhes concedeu a Constituição Federal direito a estabilidade, cujo exercício dependa de regulamentação desse direito, mas, ao contrário, determinou que a lei disponha sobre a estabilidade dos servidores públicos militares, estabelecendo quais os requisitos que estes devem preencher para que adquiram tal direito. Precedente do STF: MI 235. Mandado de injunção não conhecido. (MI 107 DF, Relator: Min. Moreira Alves, Data de Julgamento: 21/11/1990, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ02-08-1991, v. 01627-01, RTJ v. 00135-01.)

Já no polo passivo devem constar como impetrados “o Poder, o órgão ou a autoridade responsável pela edição da norma em falta”, como aponta a literalidade do art. 3º da Lei n. 13.300/2016.

Esse mesmo dispositivo também confirma entendimento jurisprudencial pacificado pelo Supremo no sentido de que não deve haver litisconsórcio passivo, necessário ou facultativo, entre a autoridade competente para a edição da norma em falta e particulares – que, com a eventual edição da norma, venham a ser obrigados ao cumprimento da mesma –, nem mesmo de litisconsórcio com outros entes públicos, quando forem estes institutos de previdência:

(...) o STF tem competência para apreciar os mandados de injunção impetrados por servidores públicos municipais, estaduais e distritais, e não há litisconsórcio passivo necessário com o Estado ou instituto de previdência. (MI 1.565AgR, rel. min. Teori Zavascki, julgamento em 24-4-2013, Plenário, DJE de 27-5-2013.) No mesmo sentido: MI 2.247AgR, rel. min. Luiz Fux, julgamento em 19-9-2013, Plenário, DJE de 11-10-2013.

Quanto à inclusão dos institutos de previdência em litisconsórcio passivo junto aos órgãos competentes pela edição das normas faltantes, a questão costuma ser suscitada diante da não efetivação de regulamentações previdenciárias previstas no art. 40 da CRFB/1988. Tome-se como exemplo a hipótese de aposentadoria especial do § 4º, inciso III, do já mencionado artigo, utilizado em 2013



como fundamento pelo Sindicato dos Cirurgiões Dentistas do Amazonas para a regulamentação da aposentadoria especial pelos profissionais da área, que alegadamente exerceriam atividade prejudicial à saúde ou à integridade física, nos termos do inciso III.

No caso mencionado acima (MI 4.503/DF), o estado do Amazonas interpôs Agravo Regimental contra decisão monocrática do Ministro Ricardo Lewandowski que determinou que o AMAZONPREV, instituto previdenciário da esfera estadual, reanalisasse o pleito de aposentadoria especial. Alegava o ente federativo que o Fundo Previdenciário AMAZONPREV não havia sido intimado, o que atentaria contra os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Desnecessário dizer que tais argumentos não foram aceitos, não só em respeito a entendimento jurisprudencial já firmado (MI 1.525-AgR/DF, Rel. Min. Cármen Lúcia), como também em obediência ao aspecto primordial do mandado de injunção, que é o nexos com a norma regulamentadora, em falta total ou parcial, motivo que exige o ajuizamento da ação em face da autoridade competente para suprir a omissão legiferante.

Quanto ao não cabimento do litisconsórcio passivo, isto é, a impossibilidade de se requerer a inclusão de particulares interessados, ou pretensos intervenientes, no polo passivo, o Ministro Octavio Gallotti, relator do Mandado de Injunção n. 345/SP, proferiu voto em 1991, trecho do qual se reproduz, “in verbis”:

Em mandado de injunção (tal como no mandado de segurança), não cabe concessão de medida liminar. Assim tem, reiteradamente, considerado o Supremo Tribunal Federal. (...) Não há lugar, porém, na espécie, para o pretendido litisconsórcio passivo, entre a autoridade competente para a elaboração da norma regulamentadora e os particulares que vierem a ser obrigados ao seu cumprimento. (MI 345 SP, Relator: Min. Octavio Gallotti, Data de Julgamento: 06/11/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJ* 13-12-1991, PP-18353, Ement v. 01646-01.)

O referido voto foi acompanhado pela unanimidade do Pleno, em 06 de novembro de 1991, ementado o acórdão da seguinte forma:

**NÃO CABE AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DESPACHO QUE INDEFERE LIMINAR, EM MANDADO DE INJUNÇÃO. NESTE NÃO HÁ, IGUALMENTE, LUGAR PARA CITAÇÃO, COMO INTERVENIENTE, OU TERCEIRO INTERESSADO, DOS PARTICULARES, BEM COMO PARA O LITISCONSÓRCIO PASSIVO ENTRE ESTES E A AUTORIDADE COMPETENTE PARA A ELABORAÇÃO DA NORMA REGULADORA.** (MI 345 SP, Relator: Min. Octavio Gallotti, Data de Julgamento: 06/11/1991, Tribunal Pleno, Data de Publicação: *DJ* 13-12-1991, PP-18353, Ement v. 01646-01.) (grifos nossos)

No mesmo sentido, em julgado mais recente:

Impossibilidade de formação de litisconsórcio passivo, em sede de mandado de injunção, entre a autoridade competente para a elaboração da norma regulamentadora de dispositivo constitucional e particulares.” (MI 1.007-AgR, rel. min. Dias Toffoli, julgamento em 18-12-2013, Plenário, DJE de 11-3-2014.)

Além destes, o art. 12 ainda aponta como legitimados para a propositura do remédio em análise a Defensoria Pública, o Ministério Público e Partidos Políticos com representação no Congresso Nacional. Para a promoção da ação, deve sempre haver pertinência finalística entre os legitimados ativos e os direitos que buscam resguardar.

No caso da Defensoria Pública, esta deve se pautar na defesa dos direitos humanos e dos direitos individuais e coletivos dos necessitados; o Ministério Público deve agir motivado na relevância da tutela para a defesa da ordem jurídica, do regime democrático ou dos direitos sociais ou individuais indisponíveis; e os partidos políticos, por fim, devem buscar assegurar o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas de seus integrantes ou relacionados com a finalidade partidária.

### Cabimento de liminar

Outro aspecto do julgamento do Mandado de Injunção n. 345-SP – ementa acima transcrita – é o não cabimento de liminar. Continua inadmissível a liminar, prevalecendo o entendimento reiterado dos julgados do STF nesse sentido, uma vez que tal figura não foi contemplada na Lei n. 13.300/2016.

### Intervenção do Ministério Público

Além de o Ministério Público ser legitimado ativo para promover o mandado de injunção na hipótese do art. 12, inciso I, da Lei n. 13.300/2016, sua intervenção no decorrer da referida ação se impõe por força do art. 7º da mesma lei.

O art. 12 da Lei n. 12.016/2009 já previa a intervenção do Ministério Público em sede de mandado de segurança. A partir da Lei n. 13.300/2016, a regra passa a constar do art. 7º, que estabelece prazo de dez dias para a manifestação do Parquet. Tal prazo passa a correr assim que findo o prazo, também de dez dias, para apresentação de informações por parte da autoridade impetrada. Se não houver manifestação ministerial, tornam-se os autos conclusos para decisão.

Quanto à nulidade do ato decisório em caso de ausência de manifestação do Ministério Público, importa apontar o entendimento do Ministro Celso de

Mello no Mandado de Injunção n. 1.569 AgR-DF, cujo voto, acompanhado em unanimidade pelo Pleno, assim dispõe em trecho abaixo colacionado:

Com efeito, **inocorre a pretendida nulidade processual**, eis que a doutra Procuradoria-Geral da República, ao pronunciar-se pela parcial procedência do pedido formulado no MI 1.001/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, reportou-se à manifestação que ofereceu no MI 758/DF, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, **em cujo âmbito foi suscitada controvérsia idêntica à ora veiculada nesta causa (...)**. Cabe registrar, no ponto, que o Plenário do Supremo Tribunal Federal rejeitou preliminar idêntica à ora suscitada, uma vez mais, pela própria União Federal, enfatizando inexistir nulidade processual naqueles casos em que o Ministério Público, não obstante a ausência de sua intervenção formal, já houver oferecido, embora em outros processos, pareceres sobre o mesmo tema, tal como sucede na espécie em exame (MI 1.257-AgR/DF, MI 1.635-AgR/DF, MI 1.977-AgR/DF, MI 2.632-AgR/DF e MI 2.793-AgR/DF, dos quais fui Relator, *v.g.*). **Vê-se, portanto, que o Ministério Público Federal já se manifestou a propósito do mesmo tema suscitado na presente sede injuncional, razão pela qual é de se rejeitar a suposta nulidade processual.** (STF – MI: 1569 DF, Relator: Min. Celso de Mello, Data de Julgamento: 07/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: Acórdão Eletrônico *DJe*-238 Divulg 15-12-2011 Public 16-12-2011) (grifos nossos)

Esse entendimento “in concreto” foi assim ementado:

MANDADO DE INJUNÇÃO – PRETENDIDA NULIDADE PROCESSUAL, POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – INOCORRÊNCIA – INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OUTRAS DEMANDAS INJUNCIONAIS EM QUE, SUSCITADA CONTROVÉRSIA IDÊNTICA À DISCUTIDA NESTE PROCESSO, VEIO O PARQUET A OPINAR, FUNDAMENTADAMENTE, SOBRE A QUESTÃO PERTINENTE AO ALCANCE DO ART. 40, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO – SUPOSTA INVALIDADE FORMAL DO PROCESSO INJUNCIONAL EM RAZÃO DA AUSÊNCIA, NA CAUSA, DA ENTIDADE À QUAL SE ACHA FUNCIONALMENTE VINCULADA A PARTE IMPETRANTE – DESACOLHIMENTO DESSE QUESTÃO PRÉVIA, CONSIDERADA A PRÓPRIA NATUREZA DA AÇÃO DE MANDADO DE INJUNÇÃO. (STF – MI: 1569 DF, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 07/12/2011, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO *DJe*-238 Divulg 15-12-2011 Public 16-12-2011). (grifos nossos)

De modo nenhum deve a incurrência de manifestação do Ministério Público nos autos ensejar a nulidade processual. Essa tese de nulidade não vigora, portanto, perante o STF, sendo os pareceres ministeriais reaproveitados sempre que houver identidade material entre os casos posteriormente suscitados.

## Provas

Assim como já ocorria no rito sumário do mandado de segurança, segundo o qual não se pede na petição inicial produção de provas, senão juntada de documentos, consoante art. 6º, § 1º, da Lei n. 12.016/2009, também não cabe o pedido de provas em sede de mandado de injunção.

O art. 4º, § 2º, da Lei n. 13.300/2016 prevê a situação de documentos aptos a comprovar as alegações do autor que estejam em poder da autoridade, que, negando-se a fornecer os originais ou cópias autenticadas, será instada a exibí-los em dez dias pelo juiz. A única diferença entre o procedimento do mandado de segurança e do mandado de injunção nesse tópico específico é que enquanto naquele o juiz pode ordenar a exibição “ex officio”, a Lei do Mandado de Injunção aponta a necessidade de requerimento da parte.

Outro requisito procedimental pertinente ao tópico das provas é o firmado pelo STF no sentido de se exigir que, em mandados de injunção coletivos em que se discuta requerimento de aposentadoria especial ainda não regulamentada, a petição inicial esteja acompanhada da prova documental da recusa de concessão da aposentadoria (MI 1.929-AgR/DF, Rel. Min. Teori Zavascki; e MI 2.859-ED/DF, Rel. Min. Rosa Weber).

Ademais, cumpre ressaltar que, quando sob a guarda analógica da Lei n. 12.016/2009, exigia-se que a petição do mandado de injunção caminhasse em duas vias. A partir da Lei n. 13.300/2016, exige-se que, quando não for transmitida por meio eletrônico, a petição inicial e os documentos que a instruem estejam acompanhados de tantas vias quantos forem os impetrados (art. 4º, § 1º).

## Reconhecimento do estado de mora e efeitos

Por muito tempo, o STF limitou-se a declarar a inconstitucionalidade por omissão, reconhecendo o estado de mora legislativa das autoridades competentes, porém apenas comunicando-lhes a necessidade de edição de regulamentação.

Assim ficou assentado no MI n. 361/RJ, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

**NATUREZA MANDAMENTAL** (MI 107-QO, M. ALVES, *RTJ* 133/11):  
**DESCABIMENTO DE FIXAÇÃO DE PRAZO PARA O SUPRIMENTO DA OMISSÃO CONSTITUCIONAL, QUANDO – POR NÃO SER O ESTADO O SUJEITO PASSIVO DO DIREITO CONSTITUCIONAL DE EXERCÍCIO OBSTADO PELA AUSÊNCIA DA NORMA REGULAMENTADORA** (V.G, MI 283, PERTENCE, *RTJ* 135/882) – NÃO SEJA POSSÍVEL COMINAR CONSEQUÊNCIAS À SUA CONTINUIDADE APÓS O TERMO FINAL DA DILAÇÃO ASSINADA. (MI 361, Relator

(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 08/04/1994, *DJ* 17-06-1994, p. 15707, Ement v. 1.749-01, p. 46.)

Importante é a expressa menção da nova lei quanto ao reconhecimento da mora legislativa, cujas consequências incluem, principalmente, a fixação de “prazo razoável” para a edição da norma em falta. Esse entendimento, consignado no art. 8º, inciso I, da Lei n. 13.300/2016, é complementado pelo inciso II, que eleva o juiz apreciador ao “status” de verdadeiro legislador, mesmo que temporariamente, à medida que lhe impõe “estabelecer as condições em que se dará o exercício dos direitos, das liberdades ou das prerrogativas reclamados” ou, ainda, “as condições em que poderá o interessado promover ação própria visando a exercê-los, caso não seja suprida a mora legislativa no prazo determinado”.

Trata-se, portanto, de confirmação legal da natureza mandamental do mandado de injunção,<sup>23</sup> bem como reconhecimento de sua natureza constitutiva,<sup>24</sup> à medida que o juiz pode, diante da inércia, fazer as vezes de legislador, nos limites do caso concreto e com efeitos “inter partes”.

## Eficácia

Antes da Lei n. 13.105/2015 (Novo CPC), as ações de controle concentrado de constitucionalidade do STF já possuíam eficácia “erga omnes”, possuindo, portanto, vinculatividade estrita, sendo verdadeiros precedentes obrigatórios.

A partir da vigência do Novo Código de Processo Civil, em março de 2016, ganharam vinculatividade universal também as decisões em sede de recursos especiais e de recursos extraordinários repetitivos (art. 1.029, § 4º), as decisões proferidas nos incidentes de resolução de demandas repetitivas (arts. 985, § 1º) e incidentes de assunção de competência (947, § 3º), bem como se prescreve nos artigos 926 e 927 o dever uniformização, estabilização, coerência, integridade e obediência da jurisprudência nacional.

Nesse mesmo sentido, inovou a Lei n. 13.300/2016, ao dispor em seu art. 9º, § 1º, que poderá ser conferida à decisão tanto eficácia “ultra partes” quanto eficácia “erga omnes”, contanto que seja “inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração”.

<sup>23</sup> Consoante MI 828/DF, MI 841/DF, MI 850/DF, MI 857/DF, MI 879/DF, MI 905/DF, MI 927/DF, MI 938/DF, MI 962/DF e MI 998/DF, dentre outros.

<sup>24</sup> Consoante MI 689/PB: “O mandado de injunção é ação constitutiva; não é ação condenatória, não se presta a condenar o Congresso ao cumprimento de obrigação de fazer. Não cabe a cominação de pena pecuniária pela continuidade da omissão legislativa.” (MI 689, Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 7-6-2006, Plenário, *DJ* de 18-8-2006.)

Cumpra distinguir em linhas gerais a eficácia “erga omnes” e a eficácia “ultra partes”. Para Marcelo Souza,<sup>25</sup> a eficácia “erga omnes” atinge a “própria eficácia geral e abstrata da norma objeto do controle e, por conseguinte, atinge a todos. (...) A decisão atinge, por isso mesmo, todos os potenciais destinatários, incluindo os órgãos do Poder Judiciário e, inclusive, o próprio Supremo Tribunal Federal”.

Já a eficácia “ultra partes” é típico efeito da coisa julgada em sede ações que versem sobre direitos coletivos “stricto sensu”, atingindo, desta forma, coletivamente sujeitos determinados, quais sejam, membros de determinada classe ou categoria.<sup>26</sup>

Não obstante se tratar de extensão da eficácia “erga omnes”, figura típica das ações de controle concentrado, a um instrumento de controle de constitucionalidade incidental, o mandado de injunção terá, em regra, “eficácia subjetiva limitada às partes e produzirá efeitos até o advento da norma regulamentadora” (art. 9º, *caput*).

Extraordinariamente, poderão ainda os seus efeitos ser estendidos aos casos análogos por decisão monocrática do relator (art. 9º, § 2º; art. 13).

O STF já havia reconhecido a eficácia “erga omnes” ao mandado de injunção em 2007, quando do julgamento dos Mandados de Injunção n. 670, 708 e 712, precedentes paradigmáticos, cuja consequência foi o reconhecimento do direito de greve, com aplicação analógica da Lei n. 7.783/1989, a todos os servidores públicos civis do país, não se limitando tal benefício aos servidores pertencentes apenas às entidades impetrantes daquelas ações.

## Condenação em custas e honorários advocatícios

A lei silenciou quanto ao não cabimento de condenação em custas, mas por aplicação analógica do art. 25 da Lei n. 12.016/2009, aplicada até então pelas Cortes Superiores, deve continuar válido o entendimento de que, em se tratando de mandado de injunção, é possível apenas a condenação em custas, vedada a condenação em honorários advocatícios.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006, p. 209.

<sup>26</sup> DONIZETTI, Elpídio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 595.

<sup>27</sup> A Lei n. 8.038/1990, que institui normas procedimentais para os processos que especifica, no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, dispõe no art. 24, parágrafo único, que, no mandado de injunção e no habeas data, serão observadas, no que couber, as normas do mandado de segurança, enquanto não editada legislação específica. (Grifos nossos). Assim, não há falar em honorários advocatícios em mandado de injunção, que se utiliza, no que couber, dos procedimentos do mandado de segurança. A Lei n. 12.016/2009, que disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências, estabelece no art. 25 que não cabem, no processo de mandado de segurança, a interposição de embargos infringentes e a condenação ao pagamento dos honorários advocatícios, sem prejuízo da aplicação de sanções no caso de litigância de má-fé. (MI 4.36/DF, Relator: Min. Cármen Lúcia, Data de Julgamento: 17/11/2011, Data de Publicação: *DJe*-027, Divulg 07/02/2012, Public 08/02/2012.)

## CONCLUSÃO

A Lei n. 13.300/2016 trouxe a tão esperada regulamentação do direito de ação contra as omissões inconstitucionais por via incidental, ainda que já se houvesse procedimentalizado tal remédio por meio de aplicação analógica da Lei n. 12.016/2009, autorizada pela Lei n. 8.038/1990.

Há na Lei do Mandado de Injunção um total de 15 artigos que, sucintos, esboçam as principais regras atinentes ao saneamento da inconstitucionalidade por omissão em via incidental e concreta.

As disposições mandamentais contidas no novel diploma representam a consolidação de vasta e progressiva jurisprudência superior, com ênfase no arcabouço decisório produzido pelo Supremo Tribunal Federal. Para a bem-sucedida demonstração disso, foram utilizados ementas e votos que integraram julgados paradigmáticos, às vezes pioneiros na prática forense nacional.

Enquanto não houve legislação específica que regulasse o mandado de injunção, árduo foi o trabalho do STF na tratativa da matéria. Ao pender ora à atuação cautelosa, ora à proatividade, a Corte foi igualmente ora alvo de críticas, ora elogiada enquanto Corte autônoma e atuante. De qualquer modo, foi exitosa em estabelecer parâmetros concretos de implementação do mandado de injunção por quase três décadas, o que foi ratificado pela Lei n. 13.300/2016.

Esse trabalho conjunto da jurisprudência e mais recentemente da lei regulamentadora implicou o reconhecimento da legitimidade das entidades sindicais e de classe como passíveis de propor ação injuntiva coletiva; de igual sorte, reconheceu a mesma legitimidade coletiva aos partidos políticos com representação nacional, ao lado da Defensoria Pública e do Ministério Público (art. 12, Lei n. 13.300/2016).

Quanto à questão da omissão parcial, importante é o entendimento de que não obstante agora haja conceituação legal do referido termo (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 13.300/2016), continua aquém de seu potencial a sua compreensão enquanto mera insuficiência das normas editadas por órgão legislador competente. A esse entendimento deve ser aditado que sempre que a autoridade excluir do âmbito de incidência normativo uma categoria ou classe de pessoas a quem também caberia um benefício estipulado em lei, caberá em tais situações o ajuizamento do mandado de injunção para a correção da omissão inconstitucional.

A nova lei reconhece também a necessidade de intervenção do Ministério Público nos feitos, bem como amplia a eficácia atribuível aos atos decisórios em sede de mandado de injunção: além da tradicional eficácia “inter partes”, igualmente poderá se atribuir eficácia “ultra partes” ou, ainda, “erga omnes”, quando isso for inerente ou indispensável ao exercício do direito, da liberdade ou da prerrogativa objeto da impetração (art. 9º, § 1º, da Lei n. 13.300/2016).

Consoante sua natureza mandamental, constitutiva e incidental, assim compreendido, o mandado de injunção ilustra bem a correlação temática entre direito material constitucional e direito processual, bem como representa um marco de efetivação dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, eficiente instrumento de acesso à justiça.

Ao fim deste trabalho, que prima pelo estudo do mandado de injunção à luz da jurisprudência do STF e de sua recente lei regulamentadora, espera-se que se tenham configurado com clareza as características essenciais que o delineiam como ação de controle de constitucionalidade voltada à efetivação de direitos reconhecidos pela Constituição de 1988, porém não concretizados pelo legislador.

## REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. Dez anos da Constituição de 1988. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 214, p. 1-25, mar. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47263>>. Acesso em: 28/07/2016.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista (Syn)thesis. Caderno do Centro de Estudos Sociais da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*, v. 5, n. 1, 2012, p. 23-32. Disponível em: <<http://www.epublicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>>. Acesso em: 05/08/2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, v. 240, 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em 10/04/2016.

BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e da jurisprudência*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BLACK, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*. 4. ed. Saint Paul: West Publishing, 1968.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal anotada*. 5. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional n. 39/2002. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1988.

DONIZETTI, Elpidio. *Curso didático de direito processual civil*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MITIDIERO, Daniel. *Cortes Superiores e Cortes Supremas: do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente*. São Paulo: RT, 2013.



MORAES, Alexandre de. *Jurisdição constitucional e tribunais constitucionais*: garantia suprema da Constituição. São Paulo: Atlas, 2000.

NUNES, Dierle; PICARDI, Nikolas. O Código de Processo Civil Brasileiro: origem, formação e projeto de reforma. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 48, n. 190, abr./jun. 2011. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/242945/000939985.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 31/07/2016.

SOUZA, Marcelo Alves Dias de. *Do precedente judicial à súmula vinculante*. Curitiba: Juruá, 2006.

#### Periódicos

As omissões legais e o Judiciário. Agência Estado, São Paulo, 16 de julho de 2016. Disponível em: <<http://opiniao.estadao.com.br/noticias/geral,as-omissoes-legais-e-o-judiciario,10000063205>>. Acesso em: 26/07/2016.

#### Legislação

AMAZONAS. Constituição do Estado do Amazonas. Manaus, AM: Imprensa Oficial, 1989.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. Lei n. 8.038, de 28 de maio de 1990. Institui normas procedimentais para os processos que especifica, perante o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8038.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8038.htm)>. Acesso em: 28/07/2016.

BRASIL. Lei n. 12.016, de 07 de agosto de 2009. Disciplina o mandado de segurança individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12016.htm)>. Acesso em: 28/07/2016.

BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)>. Acesso em: 28/07/2016.

BRASIL. Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016. Disciplina o processo e o julgamento dos mandados de injunção individual e coletivo e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Lei/L13300.htm)>. Acesso em: 02/08/2016.

#### Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de injunção*: bibliografia, jurisprudência e legislação. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *A Constituição e o Supremo*. 5. ed. atual. até a EC 90/2015. Brasília: STF, Secretaria de Documentação, 2016.

Data de recebimento: 23/09/2016

Data de aprovação: 09/11/2016

# UMA TEORIA DWORKIANINA PARA OS DIREITOS HUMANOS

## A DWORKINIAN THEORY FOR HUMAN RIGHTS

Daniel Peixoto Murata\* e\*\*

### RESUMO

O artigo pretende apresentar uma formulação dworkiniana de uma teoria dos direitos humanos. Para tal, pretendo inicialmente apresentar alguns elementos da metodologia filosófica de Ronald Dworkin, de modo a permitir uma reconstrução responsável de seu pensamento. Em um segundo momento, irei apresentar a concepção dworkiniana de direitos humanos, a saber, a ideia de que há um direito humano fundamental do qual todos os demais derivam. Pretendo demonstrar também quais as implicações teóricas e práticas da abordagem apresentada, a partir dos exemplos de tortura, genocídio e prisão sem julgamento. Finalmente, defenderei a teoria dworkiniana contra duas das objeções mais relevantes que foram feitas, a saber, a possibilidade de violação de direitos humanos por agentes privados e as questões de inadequação prática e pluralismo internacional.

**Palavras-chave:** Dworkin; Interpretação; Direitos humanos; Moralidade política; Legitimidade.

---

\* Mestrando em Filosofia e Teoria Geral do Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Bolsista de mestrado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Processo 2016/06243-0. Graduado em Direito pela FDUSP, foi membro do Programa de Ensino Tutorial (PET/SESu-MEC) em Sociologia Jurídica e estudante visitante na University of Glasgow (Escócia). Estudante no programa de mestrado acadêmico na área de Filosofia e Teoria Geral do Direito da FDUSP. Departamento de Filosofia e Teoria Geral do Direito (DFD). danielpmurata@gmail.com.

\*\* Artigo baseado no capítulo 4 de meu trabalho de conclusão de curso “Contra a Trivialização dos Direitos Humanos” (92 págs.), defendido e aprovado na FDUSP, Departamento de Teoria Geral e Filosofia do Direito, em 2015, orientado pelo prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. Agradeço aos comentários dos vários amigos que leram os rascunhos e trechos do trabalho. Registro aqui os nomes de vários, quase com certeza cometendo a injustiça de esquecer-me de algum: Hélio Soares, Marco Alberto, Lucca Magrini Rett, Juliana Ruiz, Maria Luciano, Bárbara Simão, Felipe Gonçalves, Mariana Buzzo, Fernanda Gomes, Juliana Delcó, Marina Zeitounlian, Patrícia Bueno, Carolina Osse, Isadora Almeida, Filipe Gaspari Mateus Tormin, Marília Lessa, André Coletto, Beatriz Camões, Pollyana Pacheco, Guilherme Meirelles, Vivian Chiang, Mario Augusto, Victor Doering e muitos outros. Agradeço também aos professores Ronaldo Porto Macedo Jr. e Thomas Bustamante pelos comentários e arguição.

---

**ABSTRACT**

---

This essay intends to present a dworkinian account for human rights theory. In order to do that, I intend first to sketch some features of Ronald Dworkin's philosophical methodology to allow a responsible retrieval of his thought. In a second moment, I will present the dworkinian conception of human rights, that is, the idea that there is a fundamental human right from which all the others derive. I intend also to show the theoretical and practical implications of the account presented through the examples of torture, genocide and imprisonment without due process. Finally, I will defend Dworkin's theory against two of the most relevant objections made against it, the possibility of human rights violation by private agents and the questions of practical inadequacy and international pluralism.

**Keywords:** Dworkin; Interpretation; Human rights; Political morality; Legitimacy.

**INTRODUÇÃO**

Poucos termos são tão invocados no debate político contemporâneo como “direitos humanos”. É praticamente impossível assistir ao noticiário sem ouvir pelo menos uma menção ao tema por parte de advogados, militantes sociais, líderes políticos ou religiosos. Os recentemente concluídos trabalhos da Comissão Nacional da Verdade trouxeram à tona uma série de debates sobre o tema. As propostas de redução de maioria penal, também. A decisão da Suprema Corte Americana que legalizou o casamento homoafetivo foi considerada uma vitória dos direitos humanos. No cenário internacional, dezenas de ONGs e instituições têm acusado ditaduras e movimentos terroristas de violarem direitos humanos. No entanto, como saber o que é um direito humano? Existe alguma forma de saber que algo é realmente um direito humano? Qual é o papel dos tratados, convenções e outras fontes sociais na definição dos direitos humanos? Essas questões demandam reflexões conceituais que usualmente estão ausentes nos vários debates sobre o tema. O termo é invocado sem que haja clareza ou rigor, de modo a complicar a vida de alguém que queira responder: afinal de contas, o que é um direito humano?

O foco do presente artigo é a fundamentação filosófica dos direitos humanos no mundo contemporâneo. Em outras palavras, não estou preocupado nem com as especificidades dos tratamentos que os ordenamentos jurídicos dão à questão e nem com suas reverberações empíricas, como aplicabilidade e eficácia, mas sim com o tipo de discurso normativo que está embasando as regras positivadas e os movimentos sociais que militam na causa. Então, qual a relevância de um estudo como o proposto? Respondo: dado que direitos humanos é um tema de grande controvérsia, gerador de profundos desacordos tanto na academia quanto na sociedade como um todo, buscar compreender sua fundamentação, suas bases, é a melhor forma de defendê-los (ou atacá-los).

Pretendo analisar a maneira como Ronald Dworkin constrói a sua teoria dos direitos humanos. A abordagem dworkiniana sobre o assunto é inovadora em certos aspectos, mas controversa. Sua apresentação do assunto em *Is democracy possible here?* e *Justice for Hedgehogs* é muito breve e demanda um desenvolvimento mais detalhado. Em grande medida, este é o esforço que pretendo nesse artigo.

## ESBOÇOS METODOLÓGICOS NECESSÁRIOS

Dworkin entende que direitos humanos são uma categoria especial de direitos políticos. Direitos políticos por sua vez são como trunfos<sup>1</sup> que os indivíduos detêm em face de sua comunidade política. Tais direitos políticos fundamentam-se em uma moralidade política, que marca a transição de uma moralidade de um indivíduo em relação a outro para uma de maior abrangência, naquilo que entendemos como a comunidade política.<sup>2</sup> Da mesma forma que a moralidade política depende de uma moralidade individual, esta depende de uma concepção de ética.<sup>3</sup> O parágrafo soou confuso ou obscuro? Provavelmente sim, por isso antes de analisarmos a contribuição de Dworkin para a teoria dos direitos humanos, é necessário esboçar sua metodologia filosófica.

Começemos com a distinção que Dworkin faz entre ética e moral. Ética corresponderia ao conhecimento de como viver bem, enquanto a moral corresponde ao conhecimento sobre como devemos tratar outras pessoas.<sup>4</sup> Qual a relação entre moral e ética? Dworkin estabelece essa ligação por meio de seus princípios éticos: o autorrespeito (*self-respect*), que estabelece o valor objetivo que o indivíduo reconhece sobre sua própria vida, daí entender que cada vida humana deve ser uma performance bem sucedida, e a autenticidade (*authenticity*), correspondente à noção de que o indivíduo tem uma responsabilidade por identificar o que conta como sucesso em sua própria vida.<sup>5</sup> À combinação desses dois princípios Dworkin chamará de *dignidade*. Nas palavras do próprio autor:

O primeiro é um princípio de autorrespeito. Cada pessoa precisa levar sua própria vida à sério: é preciso aceitar que é uma questão importante que a vida seja uma performance bem-sucedida e não uma oportunidade perdida. O segundo é um princípio de autenticidade. Cada pessoa tem uma responsabilidade especial e pessoal de identificar o que conta como sucesso em sua própria vida; há uma responsabilidade pessoal em criar essa vida através de uma narrativa coerente ou estilo que a pessoa endossa.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011, p. 329.

<sup>2</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 327.

<sup>3</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 14.

<sup>4</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 13.

<sup>5</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 13-15.

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 203-204 (tradução nossa).

É importante perceber que esses princípios são resultantes da seguinte situação: nós reconhecemos – em nossas vidas – que é importante a “escolha” de valores pelos quais vivemos. Ocorre que para esses valores fazerem sentido em nossas vidas nós precisamos antes de tudo reconhecer que as próprias vidas têm valor objetivo. Os princípios de autorrespeito e autenticidade informam justamente essa ideia de valor objetivo da vida.<sup>7</sup> Pensemos em um exemplo: uma jovem profundamente religiosa e apegada à Igreja Católica. Caso essa jovem entenda que seguir fielmente os dogmas católicos consista na melhor forma de se viver bem, ela terá escolhido – de certa forma – o que entende como uma vida autêntica para ela. Ao mesmo tempo, isso só faz sentido porque ela reconhece que é importante que sua vida tenha valor objetivo, daí o reconhecimento de um dever de se levar a própria vida a sério. Os dois princípios de dignidade se sustentam mutuamente.

O princípio do autorrespeito é aquele que dá a liga entre ética e moral, porque uma vez que se reconheça o valor objetivo da própria vida, deve-se reconhecer que outras vidas têm esse mesmo valor.<sup>8</sup> Ao afirmar a vida humana tem valor objetivo, esse princípio faz mais que fornecer diretrizes éticas. Ele fornece diretrizes morais. Isso porque é objetivamente importante que qualquer vida humana seja bem-sucedida de um ponto de vista ético. Uma vez que reconheçamos o valor de nossas próprias vidas, isso é razão para que reconheçamos também o valor da vida das demais pessoas.

No âmbito da moralidade política, como se verá mais abaixo, isso implica em restrições à ação estatal, que caso se pretenda legítima, deverá buscar tratar seus cidadãos com igual consideração e respeito entre eles no tocante a esses princípios de dignidade. Sem esse tipo de legitimidade, nenhum Estado pode clamar ter o poder de gerar obrigações *morais* em seus cidadãos.<sup>9</sup>

Essa estrutura em forma de árvore, que conecta a ética à moralidade individual e então à moralidade política (cujo os ramos são outros conceitos, como direitos, liberdade ou igualdade)<sup>10</sup> depende daquilo que – para efeitos deste trabalho – chamarei de epistemologia dworkiniana. Essa epistemologia tem três frentes: a ideia de interpretação construtiva,<sup>11</sup> a ideia de um conceito interpretativo<sup>12</sup> e a teoria de responsabilidade moral (que, à rigor, Dworkin se refere

---

<sup>7</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 204.

<sup>8</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 255.

<sup>9</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 330.

<sup>10</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 164.

<sup>11</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, capítulo 7; e DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986, capítulo 2.

<sup>12</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, capítulo 8; e DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006a, capítulos 1 e 6.

como uma epistemologia moral<sup>13</sup>). Sobre a interpretação construtiva e os conceitos interpretativos, temos de:

Grosseiramente, interpretação construtiva é uma questão de impor propósito a um objeto ou prática de modo a fazer dele(a) o melhor exemplo possível da forma ou gênero ao qual ele(a) é tido(a) como pertencente. Não se segue, mesmo dessa explicação grosseira, que um interprete pode fazer da prática ou obra de arte qualquer coisa que ele quer que ela seja, que um cidadão da cortesia que é encantado pela igualdade, por exemplo, pode em boa-fé clamar que o que a cortesia realmente requer é a distribuição da riqueza. A história ou forma de uma prática ou objeto restringe as interpretações disponíveis, apesar de que o caráter dessa restrição precise de explicação cuidadosa, como veremos. Interpretação criativa, na visão construtiva, é uma questão de interação entre propósito e objeto.<sup>14</sup>

Isso significa que nossas crenças e convicções morais são sujeitas à interpretação construtiva. Dworkin sintetiza esse ponto da seguinte forma:

Eu disse que conceitos morais, como justiça, honestidade, traição e amizade são interpretativos: nós lidamos com acordo e desacordo sobre eles não ao encontrar critérios compartilhados de aplicação, mas ao supor práticas compartilhadas nas quais esses conceitos figuram. Nós desenvolvemos concepções desses conceitos por meio da interpretação. Nós supomos que mesmo os mais abstratos dos conceitos morais – os conceitos sobre que é bom e sobre o que devemos fazer – são interpretativos: nós não temos outra forma de explicar como desentendimentos sobre o que é bom ou certo são genuínos.<sup>15</sup>

Tais conceitos são todos interpretativos, sujeitos àquela prática de imposição de um propósito ou um valor que visa justificá-lo na melhor luz possível. Esses propósitos ou valores atribuídos são também interpretativos, portanto, também dependentes de outros propósitos ou valores para serem interpretados e terem sentido. Eventualmente, forma-se a rede de crenças que se sustenta mutuamente, como uma cúpula geodésica.<sup>16</sup> Em outras palavras, um conceito interpretativo é um conceito que nós compartilhamos, mas cujo significado é por nós disputado. Endossamos diferentes concepções deste mesmo conceito, e discordamos sobre qual delas é a melhor. Conceitos interpretativos são relacionados a valores, e é justamente sobre como apresentar esse conceito em sua melhor retratação desse valor que discordamos, ou seja, nós entendemos que a maneira correta de

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 12 e capítulo 6.

<sup>14</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*, p. 52 (tradução nossa).

<sup>15</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 180 (tradução nossa).

<sup>16</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice in Robes*, p. 160-161.

se utilizar tal conceito depende de sua melhor justificação.<sup>17</sup> Exemplifico: quando dois políticos, um conservador e um progressista, discutem sobre a justiça das cotas raciais nas universidades públicas, o desacordo que há entre eles é sobre qual seria a melhor interpretação da ideia de justiça, uma concepção mais relacionada a ideias de meritocracia ou uma concepção de justiça distributiva, talvez. Em resumo, um conceito interpretativo é aquele que demanda uma interpretação construtiva para fazer sentido.

A implicação disso é a percepção de que uma concepção de um valor é melhor se ela melhor se enquadrar na cúpula geodésica, sendo sustentada e sustentando nossas concepções dos demais valores. Se tivermos concepções de valores que aparentemente são conflitantes, por exemplo, liberdade e igualdade, esse conflito se deve ao fato de não termos ainda encontrado melhores concepções desses valores. É nesse sentido que podemos falar em objetividade moral: existe uma melhor interpretação possível de um determinado valor e ela é aquela que melhor se enquadra com as melhores interpretações de nossos outros valores.<sup>18</sup>

Sobre a responsabilidade moral, como saber quais das justificativas fornecidas em um debate moral são verdadeiras? Como formar uma opinião em um debate sobre aborto ou eutanásia, por exemplo? Questões éticas não são dependentes de fatos materiais. Esse ponto, famosamente elaborado por David Hume, basicamente é a distinção entre ser e dever-ser, ou seja, os estados de como as coisas *são* mundo não dizem nada sobre como as coisas *deveriam* ser. Talvez um exemplo torne isso mais claro: supondo que historicamente casamentos tenham sempre se dado entre pessoas de sexo diferente, isso não significa, não é possível inferir desse fato histórico-social, que casamentos *devem* sempre se dar dessa forma. Em suma, o princípio de Hume estabelece ser impossível derivar um dever (uma norma) de fatos empíricos.<sup>19</sup> Para nossa discussão, o princípio de Hume implica na autonomia da esfera ética em relação ao mundo empírico, ou seja, implica em compreendermos que – por exemplo – o discurso dos direitos humanos ser manipulado por grupos de interesses duvidosos não significa que direitos humanos são, normativamente falando, inertes. A força normativa desses direitos não é algo dependente do mundo empírico. Na formulação de Dworkin:

Nenhuma quantidade de descobertas empíricas sobre o estado do mundo – nenhuma revelação sobre o curso da história ou a natureza última do objeto ou a verdade da natureza humana – pode estabelecer quaisquer

---

<sup>17</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 158

<sup>18</sup> Nota do autor: Evidentemente, meu esboço metodológico é demasiadamente sucinto, uma vez que não é esse o objeto do artigo. Caso minha explicação não seja convincente, ou esteja muito obscura, recomendo vivamente que o leitor procure ler o texto original de Dworkin em *Justice for Hedgehogs*.

<sup>19</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 17.

conclusões sobre o que deve ser sem uma premissa ou pressuposto adicional sobre o que deve ser. O princípio de Hume (como eu irei chamar essa afirmação geral) é usualmente tomado como tendo uma consequência cética gritante, porque sugere que não podemos descobrir, através dos únicos modos de conhecimento disponíveis a nós, se qualquer uma de nossas convicções éticas ou morais é verdadeira. Na verdade (...) Ele [princípio de Hume] desmonta o ceticismo filosófico, porque a proposição que diz não ser [uma questão de] verdade que genocídio seja errado é em si uma proposição moral, e, se o princípio de Hume for convincente, essa proposição não pode ser estabelecida por quaisquer descobertas sobre lógica ou fatos sobre a estrutura básica do universo. O princípio de Hume, propriamente compreendido, não apoia o ceticismo sobre a verdade moral, mas sim a independência da moralidade como um departamento de conhecimento autônomo com seus próprios padrões de investigação e justificação. Ele requer que abandonemos o código epistemológico do Iluminismo para o reino moral.<sup>20</sup>

Se a esfera ética é autônoma em relação ao nosso conhecimento empírico de mundo, como responder às perguntas com as quais iniciei o parágrafo anterior? A autonomia da esfera ética implica que não há formas independentes de verificar a qualidade de um argumento moral. Quando – em uma discussão – nos deparamos com pessoas que defendem crenças morais muito diferentes das nossas, não é possível encontrar uma forma de *demonstrar* que estamos corretos e os outros errados.<sup>21</sup> Julgamentos morais são verdadeiros se existir um argumento moral adequado para sua sustentação. Esse argumento moral adequado, por sua vez, depende de outro argumento moral que lhe confira tal adequação, e assim por diante.<sup>22</sup> E todos esses argumentos são passíveis de desacordo, como pretendi demonstrar adiante na discussão sobre interpretação. Testamos nossos argumentos morais ao coloca-los em nossa ampla rede de crenças, junto de outros argumentos, buscando averiguar se eles são adequados e apoiados por aquelas que entendemos serem as melhores concepções de nossos outros argumentos morais.<sup>23</sup>

A isso Dworkin dá o nome de *epistemologia moral* ou de teoria de reponsabilidade moral, por ser o tipo de engajamento necessário para que se produza um juízo moral responsável. É por meio de tal teoria ou epistemologia que podemos pensar bem ou mal sobre assuntos morais, ainda que evidentemente esse “pensar bem ou mal” seja em si uma questão moral, assim como a própria epistemologia moral.<sup>24</sup> Em outras palavras, desacordos morais são realmente morais em toda

---

<sup>20</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 17 (tradução e ênfases nossas).

<sup>21</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 100.

<sup>22</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 37-38.

<sup>23</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 12.

<sup>24</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 12.



a sua extensão, e produzimos melhores ou piores juízos sobre eles a partir de uma reflexão em si mesma moral, por meio do processo interpretativo descrito anteriormente.

## UM ESBOÇO SOBRE A IDEIA DE DIREITOS (RIGHTS) E SUA FUNDAMENTAÇÃO

Antes de discutir em detalhes a proposta dworkiniana para os direitos humanos, acredito ser importante uma discussão preliminar sobre a ideia de direitos. Acredito ser importante – ainda que repetitivo – iniciar pelo óbvio: direitos são uma forma especial de argumentação, feita com base em um raciocínio deontológico (“dever ser”), que apontam para determinados comportamentos (ações ou omissões) porque tais comportamentos são os corretos a serem adotados. Argumentos com base em direitos são, portanto, contrastantes com argumentos consequencialistas, ou seja, com base nos resultados de um determinado curso de ação. A argumentação com base em direitos é paradigmática da distinção entre o direito (*right*) e o bom (*good*) no âmbito da filosofia política liberal contemporânea. O ponto é perceber como governos podem adotar e buscar uma infinidade de objetivos (dimensão de *goodness*), porém os direitos impõem limites ao que governos podem efetivamente fazer (dimensão de *rights*).<sup>25</sup>

Direitos, para Dworkin, são “mais bem entendidos como trunfos sobre alguma justificação de fundo para decisões políticas que estabelecem um objetivo para a comunidade como um todo”,<sup>26</sup> eles “trunfam” considerações políticas que – via de regra – justificariam um determinado curso de ação. Quando pensamos em um objetivo como aumentar a segurança nas ruas, pode ser uma boa política elevar impostos para treinar ou contratar mais policiais, porém esse objetivo não é justificativa para trancafiar pessoas sem o devido processo legal. É nesse sentido que ter um direito a algo é ter um trunfo.<sup>27</sup> No entanto, como fundamentar essa teoria dos direitos? Tal fundamentação será especialmente relevante para nossa análise de uma teoria dos direitos *humanos*.

Sobre isso, vale apontar desde já que a argumentação com base em direitos é especialmente apropriada para lidar com os dois princípios éticos dworkinianos. Os dois princípios são autorrespeito – cada pessoa precisa aceitar “que é uma questão importante que a vida seja uma performance bem sucedida”, sendo isso uma responsabilidade objetiva – e autenticidade – cada pessoa “tem uma

---

<sup>25</sup> VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS Emílios; FARMER, Lindsay. *Jurisprudence – Themes and Concepts*. 2. ed. London: Routledge, 2012, p. 27. DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps*. In: WALDRON, Jeremy (Org.). *Theories of Rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984, p. 153-159.

<sup>26</sup> DWORKIN, Ronald. *Rights as Trumps*, p. 153.

<sup>27</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 329.

responsabilidade especial e pessoal de identificar o que conta como sucesso em sua própria vida<sup>27</sup>. Esses princípios estão na base de uma teoria política liberal e combinados recebem de Dworkin o nome de dignidade humana.

Como vimos anteriormente, o princípio do autorrespeito é aquele que dá a liga entre ética e moral, porque uma vez que se reconheça o valor objetivo da própria vida, deve-se reconhecer que outras vidas têm esse mesmo valor.<sup>28</sup> Pois bem, comunidades políticas são, para Dworkin, agrupamentos de indivíduos (esse elemento é importante, não há aqui uma metafísica rousseauiana), no entanto alguns destes indivíduos exercem papéis e poderes diferenciados, que os permite agir em nome ou pela a comunidade como um todo. Existe então um tipo específico de moralidade que diz respeito a tais indivíduos, trata-se da moralidade *política*.<sup>29</sup>

Juntando os dois últimos parágrafos, temos a noção de *direitos políticos*. A política de prender pessoas indiscriminadamente numa tentativa de aumentar a segurança viola um direito político de não ser punido sem o devido processo legal. Direitos políticos não são direitos que exercemos contra outras pessoas individuais na esfera privada, mas sim contra governos e seus representantes.<sup>30</sup> São direitos que protegem interesses fundamentalmente importantes para indivíduos, de modo que seria *moralmente errado* violá-los (daí a ideia de uma moralidade política). Esses interesses são informados pelos dois princípios de dignidade, de modo que é possível dizer que as pessoas têm direitos políticos correspondentes às proteções necessárias ao respeito à igual importância de suas vidas e à responsabilidade pessoal de traçar suas narrativas pessoais de vida.<sup>31</sup>

Pela descrição anterior, é evidente que direitos políticos são direitos morais, mas não necessariamente direitos jurídicos (*legal rights*). Dworkin aponta que um direito jurídico é meramente um direito emitido por algum órgão competente de governo para tal, que é então garantido por meio da demanda dos cidadãos usualmente via o sistema judiciário.<sup>32</sup> Direitos jurídicos podem ser uma forma de se dar efetividade para direitos políticos preexistentes, como no caso de uma lei que proíba discriminação religiosa. No entanto, nem todo direito jurídico é político em nossos termos (não temos um direito político pré-existente ao contrato de *leasing*, por exemplo), e nem todo direito político tem um correspondente direito legal (uma população que viva sob um regime tirânico

---

<sup>28</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 255.

<sup>29</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 327.

<sup>30</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006b, p. 31.

<sup>31</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 32.

<sup>32</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 331.

tem uma série de direitos políticos que não são garantidos juridicamente, como liberdade de expressão ou de religião). Direitos constitucionais, por sua vez, são uma forma de direito jurídico especialmente forte, porque “previnem o governo de criar leis ou adotar políticas que de outra forma seriam atrativas”.<sup>33</sup> Nesse sentido, direitos constitucionais são a fixação de algumas razões para o governo agir (ou não agir) de determinada forma.

Tanto direitos políticos quanto direitos jurídicos são, muitas vezes, conceitos interpretativos (isso valerá, evidentemente, para os direitos humanos também). Vale recordar que conceitos interpretativos são sujeitos a interpretação construtiva, que corresponde à prática de impor um propósito ou valor ao conceito, buscando apresentá-lo na melhor forma possível (“*in its best light*”). Esse propósito ou valor não apenas explica as propriedades ou características do conceito interpretativo como também apresenta sua justificativa moral. Como conceitos interpretativos são sujeitos a diferentes interpretações, a depender de seus intérpretes, podem ter atribuídos diferentes propósitos, ou ainda diferentes interpretações ao mesmo propósito, de forma que dois agentes podem de boa-fé discordar sobre qual é o conteúdo de um conceito interpretativo. Nessa situação, eles apresentam diferentes concepções de um mesmo conceito que a princípio é compartilhado por eles, e uma interpretação é melhor que outra se for a melhor interpretação possível de um determinado conceito a partir de seu propósito atribuído, ao mesmo tempo em que ela é aquela que melhor se enquadra com as melhores interpretações de nossos outros valores.

Podemos então amarrar as pontas de nossa digressão sobre a ideia geral de um direito com a seguinte citação:

(...) Uma comunidade política não tem poder moral para criar e garantir (*enforce*) obrigações contra seus membros a não ser que os trate com igual consideração e respeito; a não ser que suas políticas tratem seus destinos como igualmente importantes e respeitem suas responsabilidades individuais por suas próprias vidas. O princípio da legitimidade é a fonte mais abstrata dos direitos políticos. O governo não tem autoridade moral para coagir ninguém. Mesmo para garantir o *welfare* ou bem-estar geral ou bem de uma comunidade como um todo, a não ser que respeite os dois requerimentos pessoa por pessoa. Os princípios de dignidade, portanto, expressam direitos políticos muito abstratos: eles trunfam as políticas coletivas dos governos. Nós formamos essa hipótese: todos os direitos políticos são derivativos desse fundamental. Nós fixamos e defendemos direitos particulares ao perguntar, em muito maior detalhes, o que igual consideração e respeito requerem.<sup>34</sup>

<sup>33</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 30.

<sup>34</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 330 (tradução nossa).

Apresento dois esclarecimentos feitos pelo próprio Dworkin. Em primeiro lugar, a ideia de direitos como trunfos funciona como um *standard*, um limiar que funciona tanto contra governos que buscam realizar o bem comum quanto contra governos tirânicos. A intencionalidade dos governantes não é o que importa aqui, mas sim quais as razões envolvidas na ação política em questão. Em segundo lugar, existe muita controvérsia sobre a possibilidade de grupos terem direitos políticos, ou seja, de que coletividades humanas possuam – enquanto tais – trunfos contra o governo. Na visão de Dworkin, apenas indivíduos têm direitos políticos, uma vez que são indivíduos que em última análise têm suas prerrogativas morais respeitadas ou violadas. Evidentemente, pessoas têm direito a não serem discriminadas por integrarem algum grupo minoritário ou a (em alguns casos) determinados tipos de benefícios em comum com outros membros de seu grupo (o exemplo de Dworkin é o direito a um processo legal na língua desse grupo), mas note-se que tais direitos são gozados por indivíduos, não por uma coletividade enquanto entidade à parte de seus membros.<sup>35</sup>

### A CONCEPÇÃO DWORKINIANA DE DIREITOS HUMANOS

Devemos recordar que direitos, enquanto conceitos interpretativos, vão apresentar uma interação entre propósito e objeto. Isso significa dizer que uma concepção satisfatória de direitos humanos deve ser capaz de se adequar suficientemente bem às nossas práticas, mas isso não significa dizer que apenas o fato de algo ser reputado como direito humano realmente signifique que esse algo é um direito desse tipo.<sup>36</sup> Para retomar um exemplo recorrente, a Declaração Universal de Direitos Humanos, em seu artigo 24, estabelece que todo ser humano tem direito a férias remuneradas, no entanto, é muito questionável se isso realmente faz sentido. Entretanto, concepções muito estritas, como aquilo que Dworkin chama de concepção westfaliana de direitos humanos (ou seja, que direitos humanos são aqueles direitos importantes o suficiente para justificarem a intervenção estrangeira e o afastamento da soberania nacional do Estado violador), pecam por serem incapazes de compreender como se dá a prática de direitos humanos. Muitos direitos humanos paradigmáticos – o direito a educação, para ficarmos com um exemplo – não justificariam a invasão de um Estado em outro. Seria um *nonsense* uma invasão europeia em algum país extremamente pobre com o intuito de estabelecer um ensino básico de qualidade.<sup>37</sup>

A proposta de Dworkin será a seguinte: conforme vimos a pouco, as pessoas têm um direito fundamental a serem tratados com igual consideração e respeito, e disso deriva a legitimidade da ação estatal. Nós temos, porém, um direito

---

<sup>35</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 473-474.

<sup>36</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 333.

<sup>37</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 333-334.

mais fundamental e mais abstrato, que é o direito à *atitude* de “ser tratado como um humano cuja dignidade é de importância fundamental”.<sup>38</sup> Em outras palavras, o direito humano fundamental, para Dworkin:

**Esse direito mais abstrato – o direito a uma atitude – é o direito humano básico.** O governo pode respeitar esse direito humano básico mesmo quando falha em atingir um entendimento correto de direitos políticos mais concretos – mesmo quando sua estrutura de impostos é, como pensamos, injusta. Nós distinguimos e empregamos esse direito humano básico através da questão interpretativa descrita em nossa discussão sobre legitimidade. **Nós perguntamos: podem as leis e políticas de uma comunidade política em particular sensatamente serem interpretadas como uma tentativa, ainda que eventualmente falha, de respeitar a dignidade daqueles sob seu poder?** Ou devem ao menos algumas de suas leis e políticas ser entendidas como uma rejeição dessas responsabilidades, em relação ou aos sujeitos em sua maioria ou em relação a determinado grupo dentro deles? Essas últimas leis ou políticas violam um direito humano.<sup>39</sup>

O direito humano fundamental é uma atitude por parte do Estado e de seus agentes em respeitar os dois princípios de dignidade (autorrespeito e autenticidade), a partir de uma interpretação em boa-fé desses princípios. Para averiguar se houve ou não violação a algum direito humano, deve-se nessa concepção utilizar aquilo que apelidarei de “teste do desprezo”: as leis e políticas de um Estado devem ser compreensíveis dentro de um esquema inteligível, ainda que eventualmente errado, do que os dois princípios de dignidade demandam. Caso não haja a possibilidade de se interpretar as ações de um Estado dessa forma, esse Estado não está com a atitude de ser tratar os indivíduos como humanos cuja dignidade é de importância fundamental, de modo que há a violação de um direito humano. É extremamente importante perceber que o “teste do desprezo” é um exercício interpretativo, nos moldes do que vimos no capítulo metodológico: ele não é superado com a mera declaração oficial de um Estado de que ele respeita direitos humanos. Suas práticas são interpretadas à luz de alguma concepção plausível de dignidade, e caso isso não seja possível, ele viola direitos humanos.<sup>40</sup>

---

<sup>38</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 335.

Nota do autor: Em *Is democracy possible here?* Dworkin apresenta seus dois princípios de dignidade com nomes ligeiramente diferentes: valor intrínseco da vida e responsabilidade pessoal, que corresponderiam respectivamente aos princípios de autorrespeito e autenticidade. Utilizarei esses nomes como sinônimos, e ambos os pares correspondem ao ideal de dignidade. Cf. DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p 9-10.

<sup>39</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 335 (tradução e grifos nossos). Ver também DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 35.

<sup>40</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 335.

O ponto de Dworkin, segundo George Letsas, é a alocação da legitimidade estatal como a preocupação normativa por trás da prática dos direitos humanos. Nós podemos ter Estados injustos que respeitam ou tentam respeitar direitos humanos, mas Estados ilegítimos, por definição, não os respeitam. Isso significa que um governo pode agir com a atitude demandada pelo direito humano fundamental, mas falhar, como no caso de um Estado extremamente pobre que não é capaz de garantir educação básica de qualidade, apesar de tentar. Tal governo (se não violar outros direitos humanos segundo nosso teste do desprezo) é legítimo, ainda que injusto: não faz sentido dizer que *ele está violando* um direito humano de modo a demandar alguma sanção internacional.<sup>41</sup> Situação similar é a de um Estado que tenha uma religião oficial, mas respeita todas as demais, concedendo tratamento igualitário: há um elemento de injustiça no estabelecimento de uma religião oficial, mas tal governo não está detratando os cidadãos que não seguem a religião oficial ou considerando-os inferiores. O elemento de injustiça não significa necessariamente que o Estado é ilegítimo.<sup>42</sup>

A concepção dworkiniana de direitos humanos funciona de dois modos complementares. Vou explica-los antes de analisar alguns exemplos concretos. A primeira forma de funcionamento é aquilo que Dworkin chama de “direitos humanos de bases gerais” (*baseline rights*). Direitos humanos de bases gerais são direitos concretos que estabelecem limites às formas de agir qualquer governo. São de bases gerais porque universalmente aplicáveis: consistem em direitos cuja violação não é justificada em qualquer interpretação plausível de se tratar alguém como um humano cuja dignidade é de importância fundamental: “Esses direitos proíbem ações que não poderiam ser justificadas sob qualquer interpretação plausível das ideias que as vidas das pessoas têm igual valor intrínseco e que elas têm uma responsabilidade pessoal por suas próprias vidas. São os direitos concretos que os tratados e convenções de direitos humanos tentam identificar”.<sup>43</sup>

A segunda forma de funcionamento dos direitos humanos poderia ser chamada – ainda que Dworkin não se refira a ela dessa forma – de “direitos humanos por coerência” (Dworkin se refere aqui a *bad-faith violations*). Nos direitos humanos por coerência, há uma limitação ao agir dos governos que decorre não de bases gerais, mas da própria interpretação que o governo faz da dignidade fundamental das pessoas.<sup>44</sup> Trata-se de um teste de coerência, que visa identificar violações por má-fé. Isso implica que os Estados não podem agir em relação a

---

<sup>41</sup> Em verdade, esse tipo de situação, na visão de alguns autores, gera a obrigação moral de outros Estados contribuírem com a superação dessa deficiência. Não irei explorar essas implicações aqui.

<sup>42</sup> LETSAS, George. Dworkin on Human Rights. In: *Jurisprudence: an international journal of legal and political thought*, 6:2, 2015, p. 336.

<sup>43</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 35-36 (tradução nossa).

<sup>44</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 36.

direitos humanos de forma que contradiga a concepção de dignidade que eles mesmos adotaram<sup>45</sup> Dworkin dá o exemplo das garantias na Justiça Criminal dos Estados Unidos: essas garantias estabelecem aquilo que o país entendeu como requerimentos do respeito à dignidade humana. Caso os Estados Unidos neguem essas garantias a suspeitos de terrorismo (como no caso de Guantánamo), o Estado está agindo com desprezo em relação à dignidade fundamental, com isso violando o direito humano básico e conseqüentemente sua própria compreensão de direitos humanos.<sup>46</sup> Dworkin deseja chamar atenção para o fato de que, ao se negar a um determinado grupo de pessoas aquilo que o próprio Estado entende como o respeito à dignidade, o grupo acaba sendo tratado como se fosse menos que humano.<sup>47</sup> Os direitos humanos por coerência, portanto, têm um funcionamento diferente daqueles de bases gerais: eles são mais flexíveis aos contextos históricos e culturais dos diferentes povos. É possível vislumbrar um Estado com garantias processuais criminais razoavelmente diferentes daquelas presentes nos Estados Unidos, e desde que tais garantias sejam compatíveis com uma interpretação em boa-fé da dignidade fundamental, os direitos por coerência nesse Estado seriam diferentes daqueles nos Estados Unidos.

O momento é oportuno para uma rápida digressão. É evidente, nos diz Dworkin, que cidadãos têm algumas prerrogativas em seu Estado que refugiados ou imigrantes não têm. Entre tais prerrogativas, pode-se apontar o direito de votar, de ocupar determinados cargos (como, no Brasil, a presidência da República e certas pastas ministeriais) e de se valer de determinados benefícios do sistema de seguridade social nacional. É inclusive esperado moralmente que um Estado “beneficie” seus cidadãos dessa forma, no entanto, um Estado viola direitos humanos quando trata estrangeiros como inferiores *porque* estrangeiros. Surras de policiais a imigrantes ou refugiados são inadmissíveis sob qualquer concepção de dignidade. Sendo repetitivo, o ponto é que imigrantes e refugiados devem ser tratados como seres humanos cuja dignidade têm importância fundamental. Dworkin sintetiza isso ao dizer que “o domínio dos direitos humanos não tem lugar para passaportes”.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Nota do autor: Thomas Bustamante me inquiriu sobre a possibilidade de os direitos humanos por coerência serem nada mais que o ideal dworkiniano de integridade (*integrity*), não sendo uma forma de direitos humanos. Se bem entendi o ponto, a ideia era diluir os direitos por coerência em meio aos demais direitos políticos. Não creio que seja este o caso porque os direitos por coerência são uma decorrência do ideal de dignidade fundamental. Eles têm a “mesma gramática” que a integridade no direito ou na política, mas são mais específicos e se destacam dos demais direitos políticos em uma determinada comunidade política. É possível dizer que são decorrência da integridade sobre o direito humano fundamental, no entanto isso não seria um problema para a formulação que apresento, dada a metodologia da interpretação construtiva.

<sup>46</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 43.

<sup>47</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 45.

<sup>48</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 48 (tradução nossa).

Em resumo, a tese de Dworkin aqui apresentada:

(...) começa em uma concepção de direitos humanos que é baseada nos dois princípios básicos de dignidade humana. Ela demanda, primeiramente, que qualquer governo, quaisquer que sejam suas tradições e práticas, aja consistentemente com alguma interpretação de boa-fé do igual valor intrínseco da vida das pessoas e de sua responsabilidade pessoal por suas próprias vidas. Ela [concepção] também demanda, em segundo lugar, que nações que tenham desenvolvido seus próprios entendimentos distintos sobre o que esses standards requerem não se recusem a estender o benefício desse entendimento a qualquer um.<sup>49</sup>

### ENGAJAMENTOS PRÁTICOS

Como se daria a aplicação da teoria? O próprio Dworkin apresenta alguns exemplos, dos quais dois são expostos abaixo.

*Tortura e Genocídio.* O caso da tortura como violação de direitos humanos certamente é incontroverso em qualquer teoria minimamente plausível sobre o assunto. O ato de torturar tem o propósito de reduzir o torturado a um animal agonizante, totalmente incapaz de refletir e decidir o que fazer, ou seja, é – nas palavras do próprio Dworkin – “o mais profundo insulto à sua dignidade [do torturado] na forma em que é concebida em nossos dois princípios”.<sup>50</sup> O mesmo raciocínio vale para o genocídio: destruir um povo por vê-lo como inferior, impuro ou infiel é uma violação patente do primeiro princípio de dignidade – o autorrespeito ou valor intrínseco da vida – de modo que nenhum país que pratique tais atos pode dizer que adota uma concepção inteligível da dignidade humana. A prática de tortura ou genocídio configuram violações de direitos humanos de bases gerais.

*Prisões sem julgamento com devido processo legal.* Dworkin gasta várias páginas de seu *Is democracy possible here?* discutindo o problema das prisões que o governo americano promovia de suspeitos de terrorismo sem o devido processo legal conforme previsto pela legislação e precedentes norte-americanos. Comentei, ao discutir direitos humanos por coerência, sobre esse ponto, então vou

<sup>49</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 45-46 (tradução nossa).

Nota do autor: Em *Justice for Hedgehogs*, Dworkin abandona essa classificação (“baseline rights” e “bad faith violations”). No entanto, esse abandono parece ser mais por questões de simplicidade no texto do livro do que uma mudança de ideia. Optei por mantê-la, porque me parece uma boa forma de lidar com vários casos concretos, conforme tentarei mostrar mais adiante. Ademais, acredito que, principalmente via a leitura que faço em “direitos de bases gerais” e “direitos por coerência”, podemos entender melhor nossas próprias intuições sobre o tema e explicar como direitos humanos são, simultaneamente, relativos e universais.

<sup>50</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 337 (tradução nossa).



apenas desenvolvê-lo um pouco mais aqui. Nosso primeiro princípio de dignidade (autorrespeito ou valor intrínseco) é violado quando deliberadamente prejudicamos algumas pessoas para beneficiar outras, exceto em casos extremos. Nesse sentido, nós não podemos dizer que prender pessoas sem o devido processo legal (que pode variar de acordo com as práticas jurídico-políticas de uma nação) não viola direitos humanos. Quando tratamos uma pessoa instrumentalmente, como no caso de a prendermos sem que ela tenha cometido qualquer crime, nós a consideramos inferior, menos importante que as demais.<sup>51</sup> Um Estado que prende indivíduos sem o devido processo para aumentar apenas marginalmente a segurança de seus próprios é um Estado violador de direitos humanos, e no caso norte-americano, no qual os procedimentos previstos para crimes “comuns” são sumariamente negados àqueles suspeitos de terrorismo, existe uma violação de direitos humanos por coerência. Reitero algo que disse anteriormente: Estados não podem agir em relação a direitos humanos de forma que contradiga a concepção de dignidade que eles mesmos adotaram.

## IMPLICAÇÕES DA CONCEPÇÃO DWORKINIANA DE DIREITOS HUMANOS

A teoria dworkiniana para os direitos humanos é interpretativa no sentido que exploramos no início do artigo, porque ao mesmo tempo em que não descartamos os tratados e convenções internacionais como meras confusões ou frutos de negociações e interesses políticos muitas vezes duvidosos, nós não os vemos como a fonte definitiva de respostas para a matéria. É perfeitamente possível que a melhor interpretação construtiva descarte algum destes documentos como erro ou confusão sobre nossas práticas de direitos humanos.<sup>52</sup> Dworkin nos convida a enxergar os documentos sobre direitos humanos como guias para “áreas sensíveis nas quais as práticas de uma nação podem muito bem revelar a atitude inaceitável que viola o direito humano básico. Eles [documentos] convidam questões interpretativas”.<sup>53</sup>

Ao analisar casos concretos na seção anterior, concluí que configuravam ou poderiam configurar violações de direitos humanos, sejam eles de bases gerais ou por coerência. A pergunta que surge disso é a seguinte: que tipo de respostas por parte da comunidade internacional a teoria dworkiniana recomenda? A resposta aqui, como não poderia deixar de ser, é interpretativa, porém algumas diretrizes gerais podem ser apontadas.

<sup>51</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 337. Ver também DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*, p. 44.

<sup>52</sup> DWORKIN, Ronald. *Law's empire*, p. 72.

<sup>53</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 337-338 (tradução nossa).

Quando leis ou políticas de um Estado violarem direitos humanos de forma extremamente grave,<sup>54</sup> em casos nos quais não há espaço para disputa sobre a possibilidade de não violação de direitos humanos, sanções econômicas ou militares podem ser a única resposta à violação. Note-se: sanções dessa magnitude só são justificáveis para colocar fim a atos realmente bárbaros, os exemplos clássicos são práticos como genocídio ou prisões e tortura em massa de dissidentes políticos.

Em outras palavras, violações extremamente graves de direitos humanos de bases gerais tendem a demandar sanções mais severas. Por outro lado, violações a direitos humanos por coerência tendem a demandar respostas em negociações políticas, cortes internacionais ou instrumentos do tipo. Podemos exemplificar isso (ainda que o próprio exemplo seja interpretativo e, portanto, controverso) com a situação de um país que proíbe uniões civis homoafetivas. Ainda que não seja possível invadir esse país para legalizar as uniões civis, é perfeitamente justificável que a comunidade internacional o pressione nesse sentido.<sup>55</sup>

A elaboração de Dworkin nos ajuda a reenquadrar uma antiga pergunta sobre direitos humanos: eles são universais? Se sim, em que sentido? Nossa resposta é “sim e não”. O direito humano fundamental, de “ser tratado como um humano cuja dignidade é de importância fundamental” é genuinamente universal, porque é a condição de sentido para todos os demais direitos mais concretos em suas aplicações. Esse direito humano básico independe de aceitação social ou cultural de qualquer espécie, sem isso, é impossível qualquer fundamentação de uma teoria de direitos humanos que realmente faça sentido.<sup>56</sup> Vale lembrar nossa discussão anterior sobre objetividade e ética: para que nossos valores e ideais façam qualquer sentido, nós precisamos antes de tudo reconhecer que as próprias vidas têm valor objetivo. Os princípios de autorrespeito e autenticidade embasam a ideia de valor objetivo da vida. Essa é a fundamentação de nosso direito humano básico, e sendo objetiva nessa forma, ela é verdadeira independentemente do que as pessoas venham a pensar.

Os direitos humanos de bases gerais tendem também a serem universais, ou para ser mais preciso, gozam de uma universalidade em potencial, porque consistem em direitos cuja violação não é encontrada em qualquer interpretação inteligível de se tratar alguém como um humano cuja dignidade importa. Direitos humanos por coerência, por sua vez, são muito mais flexíveis em suas pretensões universalizantes porque dependentes dos entendimentos que as diferentes nações fazem da dignidade humana. A questão é sempre interpretativa, e

---

<sup>54</sup> Nota do autor: a expressão de Dworkin é “*barbaric acts*”.

<sup>55</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 337.

<sup>56</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 338.

como tal, leva em conta tanto os materiais coletados na observação de mundo quanto o valor ou propósito atribuído. Nesse sentido, a interpretação da dignidade, ao se analisar uma política educacional de um país de terceiro mundo, pode concluir que naquele país, naquele contexto, essa política demonstra uma tentativa de boa-fé em defender a dignidade humana fundamental. No entanto, em outro país, muito mais rico e desenvolvido, essa mesma política seria interpretada como má vontade.<sup>57</sup> O ponto é perceber como nós aplicamos nossa concepção do direito humano básico de forma a torná-la sensível aos diferentes contextos sociais, culturais e econômicos, mas mesmo assim a ideia básica de dignidade humana permanece fixa, ela não é relativizada: nós podemos ter diferentes interpretações sobre dignidade, mas o direito básico consiste justamente na atitude de ser tratado como um ser humano cuja dignidade importa. Ainda que não saibamos, *a priori*, qual é o conteúdo de tais direitos, nós podemos interpretar em busca da resposta e somos capazes de formular melhores ou piores interpretações, de avaliar as respostas que damos.

### CRÍTICAS À CONCEPÇÃO DWORKINIANA E POSSÍVEIS RESPOSTAS

A proposta dworkiniana para direitos humanos evidentemente atraiu diversas críticas. A meu ver, muitas dessas críticas se devem a uma má compreensão dos argumentos teóricos mais abstratos de Dworkin, que exploramos no início do artigo. Pretendo reconstruir aquelas que entendo como as duas principais críticas nessa seção, para então apontar onde elas falham, ao menos na forma como as concebo.

*Violação de direitos humanos por agentes privados.* Samuel Scheffler<sup>58</sup> e Robert Sloane<sup>59</sup> colocam a seguinte questão: Dworkin apresenta uma concepção de direitos humanos que seria anacrônica, porque ignora a possibilidade de violação de direitos humanos por parte de outros cidadãos (o foco dworkiniano é apenas no Estado). Ao mesmo tempo, Dworkin seria incoerente ao apresentar a soberania como algo potencialmente conflitante com os direitos humanos.<sup>60</sup> É mais fácil analisar primeiro a segunda parte da crítica. O próprio Dworkin aponta que o conceito de soberania é *interpretativo*, de modo que a melhor interpretação desse conceito depende da melhor interpretação possível dos direitos

---

<sup>57</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*.

<sup>58</sup> Nota do autor: Dworkin apresenta os comentários que Scheffler fez em “Further Comments”, na página <http://justiceforhedgehogs.com>. Infelizmente, o domínio encontra-se fora do ar desde o falecimento do autor.

<sup>59</sup> SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox. *Boston University Law Review*, v. 90, n. 2, 2010.

<sup>60</sup> SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox, p. 976-977.

humanos em nossa rede mais ampla de crenças.<sup>61</sup> Direitos humanos *necessariamente conflitam* soberania *somente se* interpretarmos esse conceito em sua concepção westfaliana clássica.

A primeira parte da questão é a mais difícil. “Outros cidadãos” ou “agentes privados” são expressões que não fazem jus à complexidade do mundo real. Podemos pensar, para citar alguns exemplos: um estuprador viola direitos humanos ao violentar alguém? E o chefe tráfico que decide explodir um avião para matar opositores? Uma empresa mineradora que – por negligência criminosa – acaba provocando uma hecatombe ambiental que desaloja milhares de pessoas e mata outras tantas viola direitos humanos da mesma forma que um Estado?

Essas questões não são diretamente respondidas por Dworkin, ainda que o autor aponte para a possibilidade de se usar um raciocínio análogo ao de direitos contra o Estado para grandes conglomerados empresariais, por exemplo.<sup>62</sup> A questão proposta por Dworkin é a seguinte: que tipo de respeito à dignidade humana fundamental pode ser demandado de agentes privados? A resposta, evidentemente, vai depender do agente privado ao qual nos referimos. Retomando os três exemplos que apresentei anteriormente, por essa lógica, certamente o estuprador violou um direito humano (ele absolutamente instrumentalizou alguém e violou sua dignidade), o traficante idem (em relação a todos que haviam embarcado no avião) e a mineradora, ao ser negligente, também. O problema aparente dessa resposta, portanto, é que qualquer ato criminoso contra a vida ou a integridade física será uma violação dos direitos humanos, e isso torna o conceito absolutamente vazio de significância.

Outro problema adicional é que a ideia de condenar todos os estupradores (por exemplo) em tribunais penais internacionais soa contrária a nossas intuições mais básicas sobre direitos humanos, no entanto, condenar uma grande empresa multinacional parece mais aceitável. Evidentemente, todos esses casos violam direitos morais, mas a questão sobre direitos humanos permanece obscura nessa primeira tentativa de resposta.

Acredito que uma melhor resposta, dentro da própria metodologia dworkiniana, poderia seguir a seguinte formulação: não necessariamente tudo que é dito ser um direito humano realmente o é. Isso significa que agentes privados não violam, conceitualmente falando, direitos humanos? É evidente que atos de agentes privados atingem aquilo que direitos humanos muitas vezes visam proteger, no entanto, enquanto direitos políticos, direitos humanos são exercidos contra o Estado. Pensemos no caso da empresa que provoca a hecatombe ambiental: ela

---

<sup>61</sup> DWORKIN, Ronald, Response (in Symposium justice for hedgehogs: a conference on Ronald Dworkin's forthcoming book). *Boston University Law Review*, v. 90, n. 2, 2010, p. 1.084.

<sup>62</sup> Nota do autor: o argumento está na mesma página citada na nota de rodapé 58. Infelizmente, não se encontra mais disponível.

realmente está destruindo algo que direitos humanos protegem, no entanto, quem viola um direito humano – em princípio – é o Estado, ao não tratar a dignidade das pessoas como de importância fundamental. Nesse caso, o Estado deveria sofrer alguma forma de pressão ou sanção internacional para readequar seu regime jurídico e a partir daí obrigar as empresas a se readequarem a nova realidade, respeitante dos direitos humanos. Isso não exclui, evidentemente, a possibilidade de os cidadãos processarem as empresas por uma série de danos (ambientais, à saúde, morais etc.), no que couber. Perceber a distinção conceitual entre direitos humanos, enquanto direitos políticos, e demais direitos jurídicos é crucial e não significa tornar os cidadãos vulneráveis a abusos de agentes privados.

Essa segunda tentativa de resposta promove uma ênfase nos direitos humanos enquanto elemento de legitimidade da autoridade estatal. A pergunta-chave, segundo o próprio Dworkin, para detectarmos violações de direitos humanos é “podem as leis e políticas de uma comunidade política em particular sensatamente serem interpretadas como uma tentativa, ainda que eventualmente falha, de respeitar a dignidade daqueles sob seu poder?” Em meu parágrafo anterior, coloquei que quem viola direitos humanos *em princípio* é o Estado. O argumento, tendo em vista a pergunta central, permite que caso algum agente privado exerça poder político (entendido aqui em termos amplos) sobre o cidadão, esse agente privado passa a poder violar direitos humanos, isso porque o privado passa a ter relação direta com a legitimidade estatal. Exemplificando: caso um Estado delegue algum serviço essencial (por exemplo, transporte público ou segurança) para agentes privados, e estes não apresentem o respeito à dignidade humana que seria razoavelmente exigível, eles violam direitos humanos. Outro exemplo: uma empresa que exerça suas atividades graças a algum benefício ou permissão estatal relevante, ao incorrer em negligência criminoso, viola os direitos humanos daqueles sujeitos à autoridade estatal que concedeu esse benefício.

Além da resposta anterior, existe outra possibilidade de agentes privados violarem direitos humanos, que se relaciona à questão da soberania, que apresentei brevemente acima. Estados e suas soberanias não são fatos brutos no mundo, são construtos institucionais e dependem de sentidos compartilhados entre os indivíduos para existirem. Em outras palavras, soberania pode ser conquistada ou perdida, reconhecida, não reconhecida ou reconhecida parcialmente, tanto pelos sujeitos a ela quanto pela comunidade internacional. Grupos podem adotar estruturas hierarquizadas e funcionalmente diferenciadas que emulam em maior ou menor grau àquelas dos Estados. Isso significa que é possível a um grupo apresentar uma estrutura parecida com a de um Estado e gozar de algum poder político sobre uma determinada comunidade. Exemplos reais abundam: a configuração atual do Estado Islâmico (ISIS) ou o modo de funcionamento das FARC na Colômbia. Esses grupos possuem verdadeiros aparatos burocráticos que mobilizam a violência e gozam de poder sobre

as pessoas. Não são Estados porque falta a tais grupos o reconhecimento da comunidade internacional, reconhecimento este que é negado, muitas vezes, porque esses grupos violam direitos humanos. É claro que essa negação do reconhecimento da soberania com base na violação de direitos humanos muitas vezes é retórica por parte dos “países centrais”, mas há um ponto normativo importante aqui: esses grupos têm responsabilidade moral frente aos membros das comunidades que oprimem. Eles têm poder político, de forma parecida com o caso das empresas que exercem funções do Estado. Em outras palavras: eles efetivamente violam direitos humanos porque estão em posição para tal, ainda que não sejam Estados. A chave é perceber que a “comunidade política” prescrita por Dworkin não precisa ser um Estado, basta que seja algo ou alguém que age como se fosse um Estado.<sup>63</sup>

*Inadequação prática e Pluralismo internacional.* Dworkin fundamenta os direitos humanos em uma moralidade objetiva. Segundo a crítica isso tornaria sua abordagem inadequada para o mundo globalizado, que é caracterizado por pluralismos nas mais diversas esferas (moral, cultural, política).<sup>64</sup> O monismo de valor que Dworkin endossa por meio de sua crença em uma objetividade moral seria impraticável no mundo real do direito internacional, porque ignora o fato empírico do pluralismo.<sup>65</sup> Devemos, porém, perceber a distinção entre o pluralismo enquanto fato empírico (correspondente ao fato de que existem muitas culturas, que apresentam conjuntos de valores ou interpretações variadas) e o pluralismo enquanto premissa filosófica (correspondente à tese de que existem vários e diferentes valores e que eles invariavelmente podem conflitar entre si).

---

<sup>63</sup> Nota do autor: o prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. me colocou a seguinte provocação. A teoria dworkiniana pode ser capaz de explicar o caso normal, mas seria ela deficitária para lidar com o estado de exceção? É importante aqui distinguir estado de exceção em relação ao estado de natureza (como aparece em Hobbes, por exemplo), estado de natureza, via de regra, designa a situação na qual inexistente estado ou poder ordenado, por exceção a ideia é de uma situação na qual o direito, por meio de uma decisão soberana, é suspenso, e então o soberano decide o que deve ser feito para se resolver a situação excepcional. Segundo Schmitt, “*What characterizes an exception is principally unlimited authority, which means the suspension of the entire existing order. In such a situation it is clear that the state remains, whereas law recedes. Because the exception is different from anarchy and chaos, order in the juristic sense still prevails even if it is not of the ordinary kind*” (cf. SCHMITT, Carl. *Political Theology – Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005). O ponto para uma defesa da teoria dworkiniana aqui, me parece, é perceber como o Estado permanece na exceção (o próprio Schmitt é enfático nisso). Permanecendo o Estado, o tipo de responsabilidade moral que ele tem em relação aos cidadãos e que embasa o direito humano fundamental permanece, ou seja, não é algo que pode ser revogado pela decisão soberana. O Estado na exceção possivelmente violaria direitos humanos impunemente, mas isso é diferente de *revogar* os direitos humanos. Isso, talvez, implique na inexistência de um soberano nos termos schmittianos, mas não posso condições de analisar esse tema aqui.

<sup>64</sup> SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? *Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox*, p. 976.

<sup>65</sup> SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? *Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox*, p. 977.

Retomo o que foi dito anteriormente: graças ao princípio de Hume, o fato de haver milhares de culturas diferentes, com milhares de valores diferentes, não tem implicações para nosso argumento filosófico. Nós nos engajamos em controvérsias morais ao nos esforçarmos para justificar nossas condutas ou opiniões por meio do fornecimento de razões.<sup>66</sup> Essas razões fornecidas em um debate sobre questões éticas devem permitir um julgamento universalizável, capaz de ir além dos agentes envolvidos ou de especificidades de seu contexto. É claro que isso não equivale a afirmar que a resposta ética ao caso em discussão será sempre a mesma, descolada das peculiaridades concretas, mas equivale a afirmação de que a ética tem um ponto de vista universal.<sup>67</sup> A justificação de um princípio ético é conceitualmente distinta de considerações sobre a moral convencional ou sociológica da sociedade na qual o dilema se dá.

Dworkin não nega que pode ser uma estratégia política interessante evitar entrar em debates éticos muito profundos ou em discussões sobre a fundamentação dos direitos humanos ao se celebrar tratados e acordos internacionais sobre direitos humanos. Aliás, esse foi o caminho seguido pela própria Declaração Universal. No entanto, a crítica de Sloane não percebe que “nós precisamos decidir que direitos humanos as pessoas realmente têm antes que consigamos sensatamente desenvolver táticas para persuadir outros”<sup>68</sup> e que

(...) se nós vamos aceitar a ideia de direitos humanos, então nós precisamos tomar uma posição em algum ponto sobre quem é um ser humano e o que significa tratar alguém com dignidade humana. Nós não podemos ser ecumênicos em toda a extensão do argumento; nós precisamos conferir conteúdo à essas frases, e nós precisamos confiar em nossas próprias convicções para fazer isso.<sup>69</sup>

O ponto é perceber que o histórico dos tratados e convenções, marcado por concessões mútuas e compromissos políticos, não tem e nem deve ter a palavra final sobre o que é e quais são direitos humanos.

Dworkin aponta de maneira explícita que nós *devemos* fundamentar direitos humanos em alguma ideia ética, porque isso é a condição de sentido para qualquer estratégia que venhamos a adotar em nossos debates sobre direitos humanos.<sup>70</sup> É por isso que estratégias que buscam apresentar direitos humanos como um mínimo denominador comum ou como um consenso entre as culturas

<sup>66</sup> SINGER, Peter. *Practical ethics*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, p. 9.

<sup>67</sup> SINGER, Peter. *Practical ethics*, p. 10-11.

<sup>68</sup> DWORKIN, Ronald, Response (in Symposium justice for hedgehogs: a conference on Ronald Dworkin's forthcoming book), p. 1.084 (tradução nossa).

<sup>69</sup> DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Principles for a new political debate, p. 46 (tradução nossa).

<sup>70</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 339.

falham. Esse tipo de estratégia (ocasionalmente chamadas de pluralistas ou multiculturalistas) é bastante popular na retórica política progressista contemporânea (Boaventura de Sousa Santos fala em “reconhecimento de incompletudes mútuas” entre culturas), e consiste em dizer que direitos humanos devem ser definidos levando em conta o consenso entre as diversas culturas no mundo, buscando um “diálogo intercultural”.<sup>71</sup> Essas estratégias não percebem que dependem de um argumento moral *a priori* que as justifique. Em outras palavras, é necessário que se explique *a priori* por que o diálogo intercultural é o *melhor* caminho a ser seguido, e isso não pode depender do próprio diálogo intercultural (isso seria uma petição de princípio), é necessária uma justificação anterior, independente. Além disso, essas estratégias possuem o incômodo de depender também da existência de compatibilidade de sentidos e visões de mundo no âmbito multicultural. Em termos fáticos, isso pode muito bem não existir, e caso exista, talvez seja restrito a ponto de tornar a ideia de direitos humanos totalmente desprovida de conteúdo relevante. Tais concepções, apesar de aparentemente serem mais desejáveis e estratégicas que a teoria dworkiniana, poderiam reduzir os direitos humanos a um conjunto de regras muito restrito e sem qualquer garantia de proteção efetiva daquilo que entendemos como paradigmático em relação a tais direitos.<sup>72</sup>

Alguém poderia, no entanto, perguntar: mas os direitos humanos de bases gerais não são, de certa forma, direitos humanos como mínimo denominador comum entre as diversas culturas?<sup>73</sup> Eles são, afinal, direitos que proíbem ações que “não poderiam ser justificadas sob qualquer interpretação plausível das ideias que as vidas das pessoas têm igual valor intrínseco e que elas têm uma responsabilidade pessoal por suas próprias vidas”. O ponto é que essa pergunta falha em perceber que os direitos humanos de bases gerais são dependentes do direito básico à atitude de ser tratado como um ser humano cuja dignidade tem importância fundamental. É em cima desse direito básico que se constroem casos e interpretações para os demais direitos. O processo interpretativo envolvido, com a atribuição de um valor ou propósito e a busca pelo melhor equilíbrio possível entre adequação e justificação, coloca uma série de restrições às possíveis interpretações. Repito algo dito anteriormente: o mero pronunciamento de um Estado,

---

<sup>71</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>, 2003, p. 25.

<sup>72</sup> Em minha leitura, concepções desse tipo tendem a se aproximar de algo como o direito natural mínimo proposto por Herbert Hart, e como o próprio autor britânico reconhece, é plenamente compatível com grandes injustiças. Cf. HART, Herbert Lionel Adolphus, *O conceito de direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994, p. 209-216.

<sup>73</sup> O próprio Sloane faz esse comentário. Cf. SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox, p. 988.



mesmo de boa-fé, de que ele respeita direitos humanos não corresponde à realidade. As ações desse Estado devem ser entendidas como integradas em alguma interpretação inteligível dos princípios de dignidade.

Nesse sentido, um Estado que não apresenta essa atitude, seja por violar flagrantemente a dignidade das pessoas (por exemplo um Estado que pratica genocídios), seja por apresentar uma interpretação insustentável do que a dignidade humana requer (por exemplo um Estado que obriga toda população a seguir a religião oficial) está em franca violação de direitos humanos. Em outras palavras, nós não buscamos, na concepção dworkiniana, um mínimo denominador comum com esse Estado. Isso significa que direitos humanos de bases gerais não são direitos como mínimo denominador comum porque não se busca com eles um consenso mínimo entre as diversas culturas. Primeiro reconhecemos a importância objetiva da dignidade (em seus dois princípios – autorrespeito e autenticidade), e a partir daí, interpretamos construtivamente em busca de direitos. É a própria prática interpretativa de valores éticos e morais e sua objetividade que torna a ideia de direitos humanos independente de algo como o consenso intercultural.

A objeção poderia continuar afirmando que ao menos o reconhecimento básico da dignidade deve ser compartilhado interculturalmente para que se possa falar em direitos humanos. Reitero algo já dito: os princípios de autorrespeito e autenticidade, enquanto fundamentos do valor objetivo da vida, também fundamentam o direito humano básico em discussão. Devemos revisitar o valor objetivo da vida para afastar a necessidade de compartilhamento intercultural da aceitação da dignidade. Início com uma indagação lançada por Dworkin:

(...) nós somos planejadores – planejadores mortais com um senso vívido de nossa própria dignidade e das boas e más vidas que podemos criar ou suportar. Por que não podemos encontrar valor naquilo que criamos, em resposta a aquilo que simplesmente é no mundo, da mesma forma em que encontramos valor no que um artista ou um músico faz?<sup>74</sup>

Pois bem, nós só podemos entender os valores que nos cercam porque percebemos que nossa própria vida tem valor, independentemente do que o resto do mundo pensa, e ao mesmo tempo, a fenomenologia dos valores é inescapável: “nós não conseguimos escapar, na forma como pensamos, da afirmação que valor existe independente de nossa vontade ou desejo”<sup>75</sup> (pense em como seria um absurdo alguém desejar que coragem não existisse e isso realmente fizesse o valor desaparecer).

---

<sup>74</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 217 (tradução nossa).

<sup>75</sup> DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*, p. 214 (tradução nossa).

Quando pensamos em como construir aquilo que consideramos uma boa vida, nós o fazemos tendo em vista algum julgamento do que é bom ou valioso, nós sempre temos um horizonte de valores – todos interpretativos – que dá sentido às ações que tomamos. É por meio de nossas concepções de autorrespeito e autenticidade (quer tenham esses nomes ou não) que imprimimos uma narrativa (que consideramos boa) a nossas vidas (que consideramos valiosas). Se considerarmos tudo isso como verdadeiro, a premissa básica de nossa teoria dworkiniana dos direitos humanos se sustenta independentemente de mais ninguém acreditar na dignidade fundamental inerente a cada um.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Direitos humanos estão entre as grandes pautas contemporâneas, é surpreendente a quantidade de tinta que já foi gasta sobre o assunto. Neste artigo, busquei sistematizar e defender uma abordagem inspirada no pensamento de Ronald Dworkin sobre o que seriam tais direitos. O argumento defendido foi basicamente de que há um direito humano básico, consistente no respeito estatal a dois princípios de dignidade: autorrespeito e autenticidade, que quando interpretados em boa-fé explicam os demais direitos. Defendi essa abordagem contra duas críticas ou limitações poderosas, a questão da violação de direitos humanos por parte de agentes privados e a acusação de ser uma teoria inadequada para um mundo plural. Existem muitas outras teorias que não foram analisadas, seja por falta de espaço, seja por falta de conhecimento. Em todo caso, o saldo da investigação aqui proposta é a assunção de Dworkin como um autor que contribuiu não apenas com a teoria do direito e com os debates constitucionais americanos, mas também com a fundamentação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

DWORKIN, Ronald. Rights as Trumps in WALDRON, Jeremy (Org.) *Theories of rights*. Oxford: Oxford University Press, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Law's empire*. Cambridge: Harvard University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: Harvard University Press, 2006a.

DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here? Principles for a new political debate*. Princeton: Princeton University Press, 2006b.

DWORKIN, Ronald, Response (in Symposium Justice For Hedgehogs: A Conference On Ronald Dworkin's Forthcoming Book). In: *Boston University Law Review*, v. 90, n. 2, 2010. Disponível em: <<http://www.bu.edu/law/central/jd/organizations/journals/bulr/volume90n2/>>. Acesso em: 20 fev. 2016.

DWORKIN, Ronald. *Justice for Hedgehogs*. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

HART, Herbert Lionel Adolphus *O conceito de Direito*. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

LETSAS, George. Dworkin on Human Rights. In: *Jurisprudence: an international journal of legal and political thought*, 6:2, p. 327-340, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Por uma concepção multicultural dos direitos humanos*. Disponível em: <[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao\\_multicultural\\_direitos\\_humanos\\_RCCS48.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF)>. Acesso em: 20 fev. 2016.

SCHMITT, Carl. *Political Theology – four chapters on the concept of sovereignty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2005.

SINGER, Peter. *Practical Ethics*. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2011.

SLOANE, Robert. Human rights for hedgehogs? Global value pluralism, international law, and some reservations of the fox. *Boston University Law Review*, v. 90, n. 2, 2010.

VEITCH, Scott; CHRISTODOULIDIS Emílios; FARMER, Lindsay. *Jurisprudence – Themes and concepts*. 2. ed. London: Routledge, 2012.

Data de recebimento: 06/08/2016

Data de aprovação: 27/04/2017