

**Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 34, n. 1**  
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:

Ana Virginia Moreira Gomes - UNIFOR  
Anderson Vichinkeski Teixeira – UNISINOS  
Andressa Nunes Soilo – UFRGS  
Angela Araújo da Silveira Espindola – UFSM  
Antônio Sá da Silva – UFB  
Arthur Roberto Capella Giannattasio – MACKENZIE  
Aurélio Agostinho da Boaviagem – FADIC  
Bruna Estima Borba - UFPE  
Bruno Amaro Lacerda – UFJF  
Eduardo Lima de Matos – UFS  
Carina de Castro Quirino – UERJ  
Carlos Alberto Simões de Tomaz - FUTT  
Cícero Krupp da Luz – FDSM  
Clarissa de Oliveira Gomes Marques da Cunha – FDIC  
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR  
Débora Gozzo – UNIFIEO  
Eduardo Lima de Matos – UFS  
Eliseu Raphael Venturi – UFPR  
Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez – UNIMEP  
Fernanda Busanello Ferreira - UNIBRASIL  
Gabriel Luis Bonora Ferreira – UEMS  
Gianne Reis – UERJ  
Harrison Ferreira Leite – UFB  
Henrique Mioranza Koppe Pereira - Universidade de Santa Cruz do Sul  
Isabela Fadul de Oliveira – CESMAC  
Juliano Sarmiento Barra – SORBONNE  
Lauro Ericksen Cavalcanti de Oliveira – UFRN  
Lourival José de Oliveira – FACCAR  
Lucas da Silva Tasquetto – UFRS  
Maria de Fátima Pessoa Lepikson – UCSAL  
Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça - UNIFOR  
Marise Costa De Souza Duarte – ESMARN

Matheus Rocha Faganello – UFRGS  
Mônica Nicknich – UFSC  
Nuno Manuel Morgadinho dos Santos Coelho - USP  
Rafael Alem Mello Ferreira – FDSM  
Rafael Lazzarotto Simioni – FDSM  
Rafael Zelesco Barreto – MACKENZIE  
Roberto Freitas Filho – UniCeub  
Rosilene Paiva Marinho de Sousa - MACKENZIE  
Saulo Pinto Coelho – UFG  
Vitor Amaral Medrado – PUC/MG  
Wagner Wilson Deiró Gundim – MACKENZIE

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@fdsu.edu.br](mailto:revista@fdsu.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 34.1

### **A geopolítica da inserção internacional da produção científica brasileira**

A Clarivate Analytics realizou para a Capes um relatório sobre a pesquisa científica no Brasil. Publicado em língua inglesa e intitulado *Research in Brazil: a report for CAPES by Clarivate Analytics*<sup>1</sup>, o relatório desenha um mapa da contribuição científica das universidades brasileiras em relação aos outros países, entre 2011 e 2016.

Os dados revelam, dentre outras coisas, um abismo entre a produção científica das universidades brasileiras públicas e privadas. Utilizando como critério de análise o impacto das citações na base *Web of Science*, o relatório revela que a produção científica das universidades particulares do Brasil é incrivelmente irrelevante.

Essa relação coloca em discussão, dentre outras coisas, três problemáticas importantes: em primeiro lugar, demonstra um desvio, equívoco, erro na política pública de incentivo à produção intelectual do país. Ou os projetos de pesquisa submetidos aos editais de financiamento por pesquisadores das universidades particulares são muito inferiores aos das públicas ou há distorções mais profundas, inscritas na história das relações de poder que marcam o perfil prosopográfico dos profissionais e das organizações públicas e privadas brasileiras.

Em segundo lugar, demonstra inexistir estruturas políticas de mediação para diálogos institucionais importantes entre empresas e universidades, o que permite conjecturar: ou as universidades brasileiras não pesquisam nada relevante para o mercado brasileiro ou inexistem acoplamentos ou espaços de diálogo entre empresas e universidades.

Em terceiro lugar, sinaliza a existência de relações de poder entre as organizações acadêmicas e científicas brasileiras, especialmente entre as públicas e privadas, no sentido da institucionalização e reprodução de campos epistêmicos que dificultam as trocas de capital cultural entre os recursos humanos das públicas e das particulares.

No meio desses três abismos se encontram as fundações: as instituições acadêmicas que não são nem públicas, tampouco empresas que visam fins lucrativos, mas que se encontram igualmente submetidas às mesmas regras formais das públicas, bem como às exigências

---

<sup>1</sup> Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/diversos/17012018-CAPES-InCitesReport-Final.pdf>

informais da competitividade no mercado. No cenário atual de destruição da universidade pública brasileira, a política de abertura de novas faculdades particulares com fins lucrativos, extremamente agressivas em termos de competitividade no mercado e dependentes do Fies do governo, indica o equivocado rumo para o qual caminha a produção científica brasileira. A universidade pública entrou em processo de desmonte. Grupos econômicos bilionários estão comprando instituições particulares, transformando-as em mega-empresas lucrativas, baseadas exclusivamente em atividades de ensino, não investindo em pesquisa ou extensão.

As fundações, que não são nem públicas, tampouco competitivas nesse cenário, acabam sofrendo significativos impactos políticos e econômicos. Políticos porque, submetidas à competição agressiva do mercado das mega-corporações do ensino, as fundações já não conseguem manter o mesmo nível de financiamento e apoio à pesquisa dos seus recursos humanos. E econômicos porque, ao não conseguir manter o mesmo nível de financiamento, elas começam a desaparecer do cenário científico nacional e internacional. Elas começam a sofrer um processo de exclusão do campo simbólico que define o que é e o que não é conhecimento relevante.

O relatório da Clarivate Analytics é um mapa político, um mapa geopolítico. Um ato de poder realizado não apenas para demonstrar a importância da pesquisa da universidade pública, que tantos ataques têm sofrido pelos aparelhos do Estado nos últimos tempos, mas também uma demonstração das zonas de exclusão, as periferias do saber nas quais se encontram as universidades particulares e seus recursos humanos: professores, gestores, funcionários e alunos.

As fronteiras desenhadas neste mapa não são acidentes naturais da história da universidade brasileira. São fronteiras traçadas mediante violência, exclusão e colonização. A novidade é que as instituições particulares foram há muito tempo abandonadas à competitividade do mercado do ensino, comandado por elites ligadas ao governo (Grupo Kroton<sup>2</sup>, Estácio etc), enquanto que as públicas são abandonadas pelo governo, atualmente, de um modo catastrófico e irreversível.

---

<sup>2</sup> O Grupo Kroton é a maior empresa de educação do mundo. Dono das marcas Anhanguera, Fama, LFG, Pitágoras, Unic, Uniderp, Unime e Unopar, o grupo cresceu com base na oferta de ensino de graduação para populações de baixa renda, dependentes de financiamento estudantil.

Segundo o estudo feito para a Capes, o Brasil se encontra no 13º lugar na lista de produção científica relevante do mundo. Interessante notar que esse ranking demonstra que a riqueza do país não é condição da sua localização política no mapa da produção científica. Países economicamente parecidos com o Brasil, como a Índia, são melhores. Outros, como México e Argentina, são piores em quantidade, mas melhores em impacto.

A produção intelectual não é uma questão determinada pela natureza, pela cultura ou pelo desenho econômico de um país. Pelo contrário, trata-se de uma questão política. Um problema de colocação política dos saberes do Brasil em um cenário internacional, dominado pelo utilitarismo dos países centrais e dos novos atores, como é o caso da China. Sem investimento em pesquisa, isto é, sem investimento em laboratórios, recursos humanos, políticas de internacionalização, de formação de redes internacionais, não há como se construir um posicionamento político do Brasil no campo científico internacional.

A situação da pesquisa no Brasil é grave, porque além de permanecer a exclusão das particulares lucrativas, as fundações agora se encontram submetidas a um mercado agressivo e hipercompetitivo, acompanhada pelo abandono e desmonte das públicas.

Poderia parecer que as públicas são importantes porque são as únicas instituições responsáveis por praticamente toda produção científica relevante do Brasil. Mas isso é um equívoco. Elas são importantes porque são as únicas que podem desenvolver pesquisa com autonomia em relação às exigências do mercado. Elas são importantes porque podem pensar com liberdade as questões que o paradigma dominante apresenta como problemas reclamando por soluções.

Nesse cenário, não menos importantes são as instituições privadas, cujas políticas de qualidade na inserção profissional, social e internacional, precisam ser repensadas e cuidadas, para que as linhas que desenham as desigualdades sociais não sejam reproduzidas, também, na dimensão do ensino e da pesquisa científica brasileira.

Prof. Dr. Rafael Lazzarotto Simioni

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

# A CONSTITUIÇÃO DO POLÍTICO

## THE CONSTITUTION OF THE POLITICAL

Renon Pessoa Fonseca\*.-\*\*

### RESUMO

---

Esse artigo tem o objetivo de comparar o pensamento de Hegel e Carl Schmitt no que diz respeito à estruturação teórica da comunidade política, na qual o conflito aparece como a nota essencial. Trataremos de expor as respectivas construções e, em seguida, contrapô-las, de modo a distinguir a insuficiente perspectiva dualista e formal de Carl Schmitt daquela dialética e material de Hegel no que concerne à apreensão do conflito para ambos inerente ao Estado e ao político.

**Palavras-chave:** Hegel; Carl Schmitt; Político; Conflito; Estado.

### ABSTRACT

---

This article aims to compare the thought of Hegel and Carl Schmitt regarding the theoretical structure of the political community, in which the conflict appears as the essential characteristic. We will expose their buildings, and then contrast them in order to distinguish the insufficient dualist and formal perspective of Carl Schmitt from Hegel's dialectic and material one in which regards the apprehension of conflict for both inherent to the State and the political.

**Keywords:** Hegel; Carl Schmitt; Political; Conflict; State.

## INTRODUÇÃO

Pretendemos abordar nesse trabalho o pensamento sobre a constituição do político de dois pensadores seminais, Hegel e Carl Schmitt, estabelecendo os pontos de aproximação e afastamento entre eles no que diz respeito à fundamentação teórica da comunidade política, isto é, do Estado.

---

\* Mestre e doutorando em Direito pela UFMG. Analista Legislativo da Câmara dos Deputados. E-mail: renonpf@hotmail.com.

\*\* Este artigo concerne a capítulo desmembrado de minha dissertação de mestrado (*A unidade política como fundamento ético do direito e do Estado em Hegel e Schmitt*, 2011, 241p.), que foi financiada pelo CNPq. Sua adaptação para publicação se deu com o apoio institucional do Programa de Pós-Graduação do Centro de Formação, Treinamento e Aperfeiçoamento da Câmara dos Deputados (Cefor).

O político para ambos consiste na estruturação da coletividade como uma comunidade substancial, na qual a preponderância do indivíduo, tal como se apresenta no liberalismo, é rechaçada em prol de uma perspectiva orgânica do Estado. Nesse sentido, o maior inimigo do Estado e do político, é o liberalismo.<sup>1</sup>

Com efeito, conforme anota Bernard Bourgeois, “o problema hegeliano fundamental [...] é sempre construir e manter a totalidade orgânica do povo no seio de uma vida moderna ameaçada pelo dilaceramento e a deformidade.”<sup>2</sup> Em sentido semelhante, como afirma Ferreira, “o político possui, em Schmitt, um potencial de totalização que nega a fragmentação promovida pelo individualismo liberal.”<sup>3</sup> Isso significa que, para os dois pensadores, ainda que sob bases distintas, conforme veremos, aparece como objetivo central o estabelecimento do político, no Estado, como o plano superior da sociabilidade. Essa perspectiva é construída em contraposição à concepção do Estado como meio ou instrumento da sociedade para afirmar seus interesses privados e liberdades individuais justamente diante dele, um corpo estranho. Dessa forma, os direitos – ou, antes, liberdades – individuais seriam autônomos, neutros, despolitizados, o que resulta do fato de não encontrarem no Estado, que lhes dá guarida, o conteúdo concreto que os determina.

Entretanto, para nossos filósofos, o protagonismo é do político sobre o social, do Estado sobre o indivíduo – se bem que esse protagonismo tem sentido diverso (e bem mais complexo) em Hegel. O homem só tem sua realidade no Estado, tomado como momento superior da existência humana, no qual ele encontra ao seu outro e a si mesmo concretamente, e não alijado no atomismo que a aporia individualista do liberalismo lhe relega. Vejamos, então, como Hegel, inicialmente, e Schmitt, na sequência, pensam o fenômeno político-Estatal.

---

<sup>1</sup> Como coloca José Maria Arruda: “Desde seu surgimento, todo o objetivo da burguesia é a neutralização da política em favor de seus interesses econômicos e de seu conceito individualista de liberdade; o resultado desse processo foi a submissão completa do Estado e da Política aos princípios do individualismo, a saber, à moral individualista e ao cálculo de interesses privados. Assim, em sua própria essência o liberalismo seria inimigo do Estado, por isso não foi capaz de desenvolver uma teoria positiva do poder estatal, somente de fazer restrições à sua soberania. O avanço do liberalismo burguês implicou cada vez mais uma diminuição da capacidade de ação política e intervenção social do Estado.” (ARRUDA, José Maria. Carl Schmitt: política, Estado e direito. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Neto de Andrade e Silva (Orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, p. 56-86, 2003. p. 59.)

<sup>2</sup> BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 1999. p. 76.

<sup>3</sup> FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2004. p. 53.

**COMUNIDADE POLÍTICA E CONFLITO POLÍTICO**

O Estado é, para Hegel, o momento pleno da vida ética e o plano máximo da razão no mundo da cultura, que tem nele sua criação mais universal, por isso mais concreta. Desde sua mocidade, Hegel já se mostrava fascinado pela totalidade ética grega, em cuja vida de integração harmoniosa no todo ele enxergava o ideal de existência, já que, para ele, só o todo é verdadeiro. Assim, para ele, segundo Bourgeois:

o Estado é o ser, a efetividade, a existência objetiva da universalidade (da lei...) constitutiva do Espírito. Vivendo no Estado, o homem percebe a vida universal como algo que não é simplesmente uma ideia ou um ideal, mas uma efetividade já presente: o Estado faz com que, para o homem, 'sua essência, o racional, seja objetiva, tenha para ele uma substância objetiva imediata'.<sup>4</sup>

Mas num mundo moderno cindido pelo entendimento ilustrado e pelo individualismo liberal, ele deveria encontrar um caminho para o restabelecimento daquela totalidade, mas de modo mediado, isto é, de uma maneira pela qual a individualidade fosse mantida. Destarte, a individualidade exerce papel essencial, porque sua mediação propicia aquela totalidade concreta na qual o cidadão não é nem parte desarticulada do todo, nem membro sem existência autônoma, mas o todo mesmo, pois, porque se sabe parte, pode se querer todo, e para ele acorrer conscientemente. Prossegue Bourgeois:

Essa preocupação de Hegel de assegurar a vida do Estado para além da arbitrariedade da reflexão, da liberdade e da razão formal consagrada pelas teorias mecanicistas-democráticas do Estado, é característica da concepção orgânica que será sempre a de Hegel. O Estado é a totalidade no seio da qual a diferença, o elemento da reflexão e da liberdade subjetiva, é retomada numa unidade espiritual, numa identidade ética que, superior à identidade natural, não obstante a acolhe como momento e a utiliza como meio de si mesma.<sup>5</sup>

No mesmo sentido, ensina Salgado:

O Estado de Hegel é a substância ética; é a ideia ética (*sittlicheIdee*) – no plano da eticidade que não se limita à moralidade subjetiva – ou o ethos que compreende todas as formas de vida criadas por um povo na sua totalidade orgânica. Como totalidade orgânica é o objetivo das institui-

---

<sup>4</sup> BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004. p. 117.

<sup>5</sup> BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*, p. 74-75.

ções que o corporificam e o subjetivo das vontades dos indivíduos que dele são membros.<sup>6</sup>

Toda a filosofia política de Hegel tem como norte a ideia de totalidade orgânica, compreendida como o momento de plena harmonia no qual o homem encontra a si mesmo integrado na substância concreta da comunidade política. Assim sendo, os vetores que conduzem a esse patamar superior do político são os mesmos que realizam a liberdade e que concernem, na filosofia hegeliana, aos conceitos de *reconhecimento*, na *Fenomenologia*, e *patriotismo*, no sistema.

Inicialmente, a *dialética do senhor e do escravo* propiciará a identificação da consciência de si com outra consciência de si, como o seu ser outro, um objeto inconsumível e que, portanto, deverá ser reconhecido pela consciência como o igual a si. Esse é o momento da Razão, no qual a consciência se descobre como *eu que é um nós e o nós que é um eu*. Mas a dialética que proporciona esse reconhecimento da igualdade entre as consciências, abrindo rumo para a construção coletiva de seu mundo no plano objetivo do Estado, tem início com a figura da *luta de vida e de morte*. Essa luta, na qual o escravo abre mão de sua liberdade para preservar sua vida, o que origina sua desigualdade frente ao senhor, é sucedida pela figura do trabalho, por meio do qual o escravo irá transformar ao mundo e a si mesmo, pois se reconhece no senhor (apesar de não ser por ele reconhecido) ao ter o produto de seu trabalho alienado para ser fruído apenas por aquele. Assim, “enquanto o senhor, embora consciência de si, se volta para o desejo e a fruição das coisas, a consciência de si do escravo almeja firmar-se como igual, em liberdade, ao senhor.”<sup>7</sup> Vê-se, portanto, que esse reconhecimento – nesse momento ainda abstrato, pois que parte apenas do escravo<sup>8</sup> –, tem como pressuposto o conflito, a luta de vida e de morte que, ao ser sucedida pela dialética do trabalho, possibilitará o reconhecimento pelo escravo do senhor como o outro de si. Ora, esse reconhecimento abstrato deve ser tornar concreto, e, por isso, a dialética do senhor e do escravo deverá ser superada na *Fenomenologia* pela *Revolução*, que marca o reconhecimento concreto da consciência de si como livre. Deste modo:

<sup>6</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996. p. 391.

<sup>7</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*, p. 265-266.

<sup>8</sup> “O escravo [...] ao reconhecer o senhor, nele mira a sua própria identidade ou reconhece no senhor o seu próprio eu, seu ser outro, cujo movimento será negar-se como ser outro e reintegrar-se no seu ser para si, como consciência de si. A partir dessas contradições, o caminho da consciência de si é negar-se como consciências isoladas para chegar à razão. [...] A dialética que se desenvolve é a da reconquista, pelo escravo, do seu para si. O escravo mira no senhor a sua própria imagem e vê que é consciência de si livre como o senhor; o senhor, entretanto, não pode ver no escravo a sua própria imagem. A bandeira da história é empunhada pelo escravo que empreenderá a luta pela reconquista do seu para si, o que fará, não mais pelo processo da luta de morte, que faria da relação dialética um processo infinito negativa, mas pela relação de trabalho e modificação do mundo exterior.” (SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*, p. 265.)

a luta de vida e de morte na Revolução difere da luta de vida e de morte das consciências de si, que marca o início do advento da história. Na Revolução, o que a consciência de si pretende – ela que já experimentou o momento da razão e, portanto, sabe da sua universalidade e exige o seu reconhecimento como tal, vale dizer, a consciência que sabe ser um nós e um eu – é realizar a liberdade concretamente na sua individualidade, insurgindo-se contra a servidão real.<sup>9</sup>

Percebe-se, então, que a compreensão contemporânea de que “todos os homens em si – isto é, o homem como homem – são livres”,<sup>10</sup> tem na Revolução seu fundamento histórico, assim como o saber de si do Espírito como livre tem nela, como figura do Espírito, sua revelação fenomenológica. De todo modo, o Estado contemporâneo que daí surge, no qual a liberdade será concreta, e a igualdade, real, tem também na luta, aquela experimentada na Revolução, seu meio de efetivação, luta essa que se processa, figurativamente, entre a liberdade de alguns e a liberdade de todos, e cujo resultado será, doravante, a identificação da liberdade individual com a liberdade de todos, a liberdade substancial que agora lastreia a ordem doravante concreta, pois nela a liberdade encontra a si mesma. É dizer, com a perda da liberdade é que surge a luta pela liberdade, cuja apoteose é a Revolução Francesa, quando todos se tornam livres sob uma Constituição democrática.

A partir daí poderá Hegel explicitar a arquitetura sistemática subjacente ao Espírito Objetivo, ou seja, os momentos nos quais ele se desdobrará a partir do ponto em que alcança plenamente o saber de si, o que ocorre no Estado pós-revolucionário.

Aqui, o Estado se mostrará em sua efetividade, como desdobramento e ponto de chegada da eticidade e, assim, do Espírito Objetivo, da cultura. Mas a compreensão do Estado de Hegel exige o entendimento do papel que nele exerce a sociedade civil, qual seja, de negação e assunção simultâneos. Trata-se da supressão do indivíduo da sociedade civil burguesa, o *bourgeois*, no cidadão do Estado efetivo. Ela tem como fundamento, além do sistema de representação por classes, o *patriotismo*, uma espécie de predisposição ética que faz com que o indivíduo particular possa se elevar do imediatismo e retraimento decorrentes de sua imersão em seus interesses privados, em sua liberdade abstrata, ao universal de sua liberdade concreta identificada com o interesse do todo. O *patriotismo*, entenda-se, concerne à superação do conflito instalado entre a individualidade e a totalidade, entre o *bourgeois* e o cidadão – contradição que, quando não

---

<sup>9</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*, p. 315.

<sup>10</sup> HEGEL, G. W. F. *Filosofia da história*. 2. ed. Brasília: UnB, 1999, p. 25.

superada, engessa o Estado no momento do Estado liberal do entendimento, o Estado abstrato –, pois, a partir desse sentimento, a individualidade consegue sair de si mesma, superar sua particularidade e fazer convergir sua vontade para o substancial, para o plano universal do reconhecimento concreto, o Estado como totalidade ética. Este, portanto, tem como pressuposto não apenas o reconhecimento, mas o patriotismo, o influxo ético que ligará a parte ao todo a partir do sentimento de pertencimento à comunidade. Essa comunhão entre o interesse particular e o *ethos* da comunidade é que ensejará a passagem da sociedade civil para o Estado.

Para Hegel, o Estado encerra no plano objetivo o universal a que a consciência aspira, constituindo a comunidade ética o ponto máximo da existência humana, pois nela a liberdade tem realidade universal e concreta; universal, porque é reconhecida a todos, e concreta porque se realiza nas e pelas instituições objetivas da comunidade.

Como afirma Hegel:

Todo valor que o homem possui, toda realidade espiritual, ele só o tem mediante o Estado. Sua realidade espiritual consiste em que o seu ser, o racional, seja objetivo para ele que sabe, que tenha para ele existência objetiva e imediata; só assim o homem é consciência, só assim ele está na eticidade, na vida legal e moral do Estado, pois o verdadeiro é a unidade da vontade universal e subjetiva. No Estado, o universal está nas leis, em determinações gerais e racionais. [...] A lei é a objetividade do espírito e da vontade em sua verdade, e só a vontade que obedece à lei é livre, pois ela obedece a si mesma, está em si livremente. Quando o Estado, a pátria, constitui uma coletividade da existência, quando a vontade subjetiva do homem se submete às leis, a oposição entre liberdade e necessidade desaparece.<sup>11</sup>

De forma semelhante, para Schmitt, “la unidad política es por su esencia la que marca la pauta, sean cuales sean las fuerzas de las que extrae sus motivos psicológicos últimos. Cuando existe, es la unidad suprema, esto es, la que marca la pauta en el caso decisivo”.<sup>12</sup> A unidade política é a instância da existência política por implicar a assunção do conflito político, que é a forma de interação mais efetiva, mais intensa e mais real do ser político que é o homem. Porque “marca a pauta no caso decisivo”, a unidade política é a organização política estabelecida pelo conflito, conflito esse que, em seu grau máximo, mais intenso, determina a unidade política suprema, o Estado.

<sup>11</sup> HEGEL, G. W. F. *Filosofia da história*, p. 40.

<sup>12</sup> SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Tradução de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1991. p. 73.

O conceito do político de Schmitt determina o agrupamento político a partir da diferenciação entre amigo e inimigo, de forma que a identidade substancial do povo que conforma o Estado é dada pelo conflito político que assume a inimizade e faz dela condição do agrupamento. Portanto, o político, que para Schmitt não pressupõe um *locus* específico, mas uma forma mais ou menos intensa de associação (dissociação), tem por manifestação privilegiada, porque decisiva, que encerra em grau máximo o conflito, a unidade política que se constitui o Estado. Esse pressupõe, além da afirmação polêmica da identidade – elemento constitutivo do político em todas as suas manifestações –, a elevação dessa afirmação à sua intensidade máxima. É assim que “o político, portanto, não possui uma substância própria, manifestando-se como uma forma específica de comportamento”,<sup>13</sup> e o que irá determinar que uma unidade política conforme um Estado é, portanto, a intensidade pela qual se dá a forma especificamente política de comportamento, a diferenciação entre amigo e inimigo. Esta possibilidade limite com a qual se confronta a unidade política suprema, o Estado, é a guerra. Com efeito, “el Estado, en su condición de unidad política determinante, concentra en sí una competencia aterradora: la posibilidad de declarar la guerra, y en consecuencia de disponer abiertamente de la vida de las personas”.<sup>14</sup>

## A FORMA DO CONFLITO

Vê-se que o conflito é determinante tanto do Estado hegeliano, que, como totalidade ética, deverá, dialeticamente, suprassumi-lo, quanto da unidade política que é o Estado schmittiano, que pressupõe a oposição entre amigo e inimigo. A centralidade do conflito no pensamento de ambos não decorre, porém, de uma perspectiva belicista, não se tratando, portanto, de um elogio do conflito enquanto violência, como certa interpretação pueril pretende fazer crer. O que ocorre, como esclarece César Augusto Ramos, é que “Hegel e Schmitt inscrevem-se na tradição da filosofia do realismo político. No contexto da filosofia política, tal designação significa, fundamentalmente, oposição às diversas formas de normativismo e de idealismo político e ético”.<sup>15</sup>

Por isso, entre Schmitt e Hegel, além da confluência no que diz respeito à busca por uma comunidade política concreta a fundar o modo de existência por excelência, há ainda, no que concerne ao modo de constituição dessa comunidade, um paralelo extremamente significativo no que se refere à essencialidade

---

<sup>13</sup> FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*, p. 41.

<sup>14</sup> SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, p. 73.

<sup>15</sup> RAMOS, César Augusto. Hegel e Schmitt: uma relação ambígua em torno da afirmação do político. *Síntese Nova Fase*. Belo Horizonte, v. 23, n. 74, 1996. p. 373.

realisticamente aferida da negação, do conflito, na constituição do político. Ambos estabelecem uma relação de tensão constitutiva do político no conflito, que é apresentado por Schmitt no binômio amigo-inimigo e, por Hegel, na *dia-lética do senhor e do escravo (Fenomenologia)* e na contradição entre sociedade civil e Estado (sistema), que concerne à resistência do *bourgeois* de se integrar na comunidade e fazer-se cidadão. Poder-se-ia relacionar, assim, o conflito amigo-inimigo de Schmitt com os conflitos hegelianos senhor-escravo e sociedade civil-Estado. Mas, como veremos, nessa aproximação, há uma diferença radical: *em Schmitt o conflito é formal e analítico; em Hegel ele é substantivo e dialético.*

Isso significa que o político para Schmitt se esgota no momento da tensão, da oposição entre amigo e inimigo, que é, portanto, estática, e não cede espaço (menos ainda remete) a um momento superior. A unidade política do Estado se afirma pela identidade substancial do povo propiciada pelo conflito amigo-inimigo, mas tal identidade em si é dada apenas externamente pela inimidade, que também é apresentada apenas como um em si. Por isso, não há mediação, e tanto a unidade interna quanto a externa (o inimigo) têm sua existência fundada no dado positivo da realidade que é a existência do outro, e sua constituição interna não é demonstrada racionalmente, mas consta apenas como um elemento que o conceito do político apreende em sua realidade crua, em sua imediatidade.

Hegel, pelo contrário, funda a unidade do povo, portanto, do Estado, em um movimento interno que, por propiciar a suprassunção da contradição, do conflito inicial, permite a compreensão da natureza racional dessa totalidade como uma necessidade autofundada. Ele dá os termos pelos quais a unidade é forjada, termos esses dialéticos, que por isso permitem reconhecer no todo as partes que se negavam, que conflitavam, e reconhecer que o todo só é todo mediante tal contradição. Por isso, a luta de vida e de morte, que marca o começo do Estado abstrato e sua marcha, é suprassumida na dialética do senhor e do escravo no momento em que a consciência escrava se reconhece livre pelo trabalho. Destarte, ao fim desse processo, a luta entre liberdade interna e ordem externa na Revolução é suprassumida pelo reconhecimento concreto no Estado contemporâneo da liberdade de todos, ou o conhecimento pelo Espírito de sua liberdade. Esses dois momentos da *Fenomenologia* têm como decorrência, a partir do conhecimento do Espírito de si mesmo, seu desdobramento lógico no sistema, onde também a contradição entre sociedade civil e Estado, ou melhor, a negação pelo Estado da sociedade civil, resulta no próprio Estado enquanto momento do universal concreto, no qual a necessidade interna de superação do momento abstrato da sociedade civil-burguesa é dada pelo *patriotismo*. Por isso, quando se fala no conflito político em Hegel estamos falando do conflito que dará lugar a um momento de unidade superior.

A propósito dessa contradição que permite a passagem da sociedade civil para o Estado no sistema – a nosso ver o ponto de culminância do pensamento

político de Hegel – tem-se que é dela, de seu conteúdo concreto, que resultará a concreção do conteúdo do Estado hegeliano. O conflito que nessa dimensão se instala entre o *bourgeois* e o cidadão, que se poderia aproximar do conflito amigo-inimigo, caso a dinâmica schmittiana (se é que seu dualismo pode ser assim considerado) fosse dialética, é mantida no seio do Estado como condição de sua efetividade. Na medida em que essa contradição propicie a unidade do Estado como um momento superior, trata-se de uma tensão dialética. Ao contrário, a tensão amigo-inimigo de Schmitt é uma tensão estática, na qual a contradição estanca a relação, que só poderá ser rearticulada a partir do momento em que um novo conteúdo venha a ocupar essa forma política conflitiva, isto é, na medida em que o objeto do conflito seja substituído – a despeito de sua representação como forma específica de comportamento ficar mantida. Estamos diante, então, de uma perspectiva analítica, porque dualista, e não dialética.

Apesar de, para Schmitt, depender da identificação do inimigo a conformação da unidade política, há dois problemas nessa formulação quando confrontada com a dialética hegeliana: em primeiro lugar, o fato de que a unidade política tem seu ser para si indeterminado, mas apenas seu ser em si determinado imediata e exclusivamente pela existência do outro (dir-se-ia um ser em outro), já torna manca por si só essa unidade, pois ela tem seu ponto de apoio, seu fundamento exclusivo, no outro de si; trata-se de um ente “alienado”. Em segundo lugar, a identificação do inimigo a partir de uma perspectiva dualista (portanto analítica) impede que a unidade se forje efetivamente (mesmo que em função exclusiva da inimizade) tendo em vista que a existência do inimigo não pode ser assimilada concretamente, já que existe apenas em si, imediatamente, portanto como um ser outro absoluto, inacessível.

Ora, uma dualidade desse caráter impede a conformação de um todo, pois, sem que a contradição seja tratada dialeticamente e elevada a um momento de unidade superior, o objeto da negação toma um aspecto de absoluta indeterminação com suas indiferenciações. Não há um conhecimento verdadeiro das partes que se negam, pois sua distinção só é possível quando a contradição é dada em função do todo, não se esgotando em si, no conflito pelo conflito. Subsistindo amigo e inimigo como termos absolutamente antagônicos, inconciliáveis, eternamente separados por uma disparidade estática, é como se não existissem: sua existência não é captada, pois, como não abarca em si seu oposto, não existe para o seu outro, e, portanto, não existe concretamente. Como ensina Salgado:

O problema fundamental de todo dualismo é que, para ser dualismo, os termos têm de ser postos como subsistentes, por si mesmos, pois, se um é o fundamento do outro, desaparece o dualismo.

Essa independência, porém, torna impossível a união desses termos, de tal modo que a sua ligação só se dá de forma externa, cada um guardan-

do a relação consigo mesmo, como absoluto. Essa relação externa, por justaposição, não opera qualquer ligação essencial entre os termos e traz, como consequência, a absolutização dos dois lados, cada um valendo por si mesmo. Daí a contradição do dualismo: afirmar cada um dos lados absolutamente.<sup>16</sup>

O dualismo schmittiano, ao separar em realidades incomunicáveis os opostos, amigo e inimigo, faz com que um não exista para o outro, pois a relação é obstada pelo estancamento do ser puro, existente única e exclusivamente em si. O conflito político de Schmitt encerra uma inaptidão e impotência fundamentais para dar conta da realidade política, já que para ele se esgota no conflito como negação imediata insuperável, como dado estático e formal em si mesmo considerado e válido por si só.

Apenas o movimento dialético pode dar realidade concreta a essas unidades abstratas, imprimir nelas uma oposição verdadeira, bem como determinar, por essa mediação, a unidade derradeira, na medida em que, como medianeira, a negatividade prorromperá como reconciliação, que só por restabelecer a unidade, estabelecerá a contradição como contradição efetiva. Os momentos que se negam, em Hegel, devem existir tanto para o outro quanto para si mesmos. Só existe para o outro por existir para si mesmo, e só existe para si mesmo por existir para o outro, de modo que a mediação propiciada pelo *devenir* dialético é que poderá recompor a realidade como totalidade. *Por isso unidade, porque contradição; por isso contradição, porque unidade.* Assim se aclara a percepção de Hegel de que “o movimento total constitui o positivo e sua verdade. Movimento esse que também encerra em si o negativo, que mereceria o nome de falso se fosse possível tratar o falso como algo de que se tivesse de abstrair”.<sup>17</sup>

Mas a recusa por Schmitt de adotar essa perspectiva reconciliatória ante o conflito político por ele descortinado não ocorre por desconhecimento da dialética e de sua aptidão para promovê-la (ou antes, como vimos, para possibilitar a própria contradição), mas, antes, por uma opção teórica consciente e consequente com sua concepção polêmica do político.<sup>18</sup> Schmitt conhece com profundida-

<sup>16</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*, p. 53.

<sup>17</sup> HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do espírito*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008. p. 53.

<sup>18</sup> Como dirá Kervégan, a sociedade civil é, “portanto, junto com a família, a pressuposição dialética do Estado racional e não uma desordem que seria preciso somente superar. [...] Se Carl Schmitt deixa de percebê-lo, é provavelmente menos por incompreensão ou ignorância dos textos do que porque precisaria, para reconhecê-lo, aceitar que fosse questionado o dualismo filosófico intransigente no qual se baseia sua própria empreitada.” (KERVÉGAN, Jean François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006. p. 234.) Se bem que em alguns momentos Schmitt deixa parecer não haver compreendido efetivamente o pensamento de Hegel, como, por exemplo, quando, em defesa de seu dualismo, se desfaz da dialética hegeliana, à qual chama de “sequência” e “triada”, e, pior, a equipara

de o pensamento de Hegel, e se apoia na sua herança na doutrina política alemã, mormente no que diz respeito a uma crítica à sociedade civil-burguesa e o elogio do político, asseverando que “Hegel se mantiene en todo momento como político en el mejor de los sentidos”.<sup>19</sup> Afirma ele, admitindo a antecipação hegeliana:

Hegel nos proporciona también una definición del enemigo, algo que los pensadores de la Edad Moderna tienden más bien a evitar: el enemigo es la diferencia ética (sittlich) no en sentido moral, sino como pensada desde la ‘vida absoluta’ en lo ‘eterno del pueblo’, diferencia que constituye lo ajeno que há de ser negado en su totalidad viva.<sup>20</sup>

Assim, apesar de a negatividade encarnada pelo inimigo, elemento central do conceito do político de Schmitt, ter uma confessa inspiração hegeliana, o esquema dual do político, pelo contrário, demonstra um descarte consciente da *Aufhebung*, da elevação do conflito ao plano de uma unidade superior. É esse o escopo da negativa expressa dada à dialética hegeliana. César Augusto Ramos explica:

É precisamente contra esse tipo de fundamentação dialética (do conceito) da política e do Estado, promovida pelo racionalismo hegeliano, que Schmitt se insurge. No fundo, a concepção dialética de Hegel sig-

---

com o esquema triádico linear comteano, que em nada se assemelha à dialética: “El siglo XIX muestra sin embargo en su primera mitad algunas construcciones trimembres de la más alta significación, en particular la secuencia hegeliana dialética de lastres fases (por ejemplo, comunidad natural, sociedad burguesa y Estado) y la famosa ley de los tres estadios de Comte (de la teología, pasando por la metafísica, hasta la ciencia positiva). Sin embargo a estas tríadas les falta el incisivo vigor polémico de la antítesis bipolar.” (Grifo nosso) (SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, p. 101-102.)

<sup>19</sup> SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, p. 90. Escreve também: “Es también en Hegel donde se encuentra la primera definición polémico-política del burgués como el hombre que no desea abandonar la esfera de lo privado, como apolítica y libre de riesgos, que en la posesión y en la justicia de la posesión privada se comporta como individuo frente al todo [...]” SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, p. 91.

<sup>20</sup> SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*, p. 91. Há que se ressaltar que a aproximação proclamada por Schmitt da figura do inimigo em seu conceito do político com o inimigo ético apresentado por Hegel em sua teoria da guerra deve ser vista com cautela, porquanto esta se refere não à dialética entre sociedade civil e Estado, mas à dialética atinente ao segundo momento interno ao Estado, o que deve ser bem diferenciado. Esta última concerne fundamentalmente à relação entre os Estados no plano externo enquanto totalidades em si, onde se dá o reconhecimento recíproco de cada Estado como individualidade: “O Estado tem sua orientação para fora pelo fato de que ele é um sujeito individual.” (HEGEL, G. W. F. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, Direito natural e ciência do estado em compêndio*. Tradução de Paulo Meneses, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo: Unisinos, 2010. p. 301, § 329.) A eventualidade da guerra aparece necessariamente como possibilidade, mas, já aqui, o Estado se apresenta com anterioridade lógica como uma unidade em si autofundada, pois que já emergira concretamente da dialética entre sociedade civil e Estado.

nifica movimento integrador do Estado que, no processo de superação (Aufhebung) em si da diferença (o seu outro), permanece nele mesmo como síntese. Essa noção ‘apaziguadora’ do político desarma o conflito. A dialética afigura-se como um arдил dessa estratégia ao constituir a universalidade em poder integrador da particularidade. O conceito schmittiano amigo/inimigo que fundamenta o político mantém a tensão existencial da díade. A distinção amigo/inimigo é o que determina a especificidade de uma relação política. Inimigo é aquele que, ao menos virtualmente, se contrapõe a outro, não de forma privada, mas política. Trata-se, portanto, do antagonismo político (no sentido grego do *põlemos*), da tensão conflituosa que os pólos associação-dissociação, amizade-inimizade produzem nos agrupamentos humanos. Inimigo político é aquele que se configura como ‘existencialmente algo outro ou estrangeiro’. Diferentemente da tríade dialética hegeliana, a antítese amigo/inimigo conserva sempre a alteridade conflituosa. ‘À estrutura triádica falta porém o vigor polêmico da antítese diádica’, enfatiza Schmitt, consciente do caráter não dialético da sua antítese. Para Hegel, a relação amigo/inimigo constitui a mera presença de dois opostos que formam a equação de uma alteridade ainda não dialética, pois permanece no terreno da contrariedade (assim como as oposições bem/mal, belo/feio, positivo/negativo), sem alcançar ainda a negatividade da contradição. Schmitt não pretende dar um conteúdo lógico (dialético) ao par amigo/inimigo. Apenas quer salientar que o fenômeno do político só é possível na permanência (ao menos virtual) do antagonismo, cuja concreção existencial é vivida na antítese amigo/inimigo.<sup>21</sup>

## O CONTEÚDO DO CONFLITO

Mas, para além da forma do conflito político, de sua dinâmica, há também uma distinção muito acentuada no que diz respeito ao conteúdo que ele assume em cada um, e aqui se evidencia mais uma insuficiência do pensamento de Schmitt diante do de Hegel. Referimo-nos ao fato de que o pensamento de Schmitt não consegue resolver o principal problema que coloca, ou mais, o problema que o coloca, sobre o qual ele se constitui. Isso porque toda sua reflexão é erigida contra o liberalismo; essa estreita e tacanha visão que submete o Estado ao indivíduo, seu arbítrio e seus interesses. Entretanto, essa negatividade entre indivíduo e Estado conforma apenas de fora seu pensamento, já que ele não tenta superá-la, permanecendo em sua teoria, portanto, como uma negatividade extrínseca – pelo menos como efetividade, jamais como

---

<sup>21</sup> RAMOS, César Augusto. *Hegel e Schmitt: uma relação ambígua em torno da afirmação do político*, p. 377.

possibilidade – ao conflito político. Schmitt se limita a demonstrar externamente a insuficiência do pensamento liberal confrontando-o com a realidade dos fatos, que evidenciam uma positividade existencial e inexpurgável do político a conformar a ordenação político-jurídica da vida humana no e pelo Estado. Essa ordenação será a ordenação de uma unidade cuja constituição põe de fora o burguês em sua abstração, mas o grande teórico da Constituição se limita a demonstrar como essa posição de alienação em relação ao todo não permite a configuração de uma unidade política robusta, sem se ocupar com a maneira pela qual esse problema pode ser superado. O conflito aparece como uma realidade ditada de fora, extrínseca àquele que o nega, pois que não se dá necessariamente conforme o elemento econômico que constitui sua abstração, que determina sua subtração à substância política e ao conflito que a funda. Em outras palavras, o próprio burguês tido por Schmitt como inimigo do político, diante do qual ele ergue seu pensamento, não é tomado como o inimigo em sua teoria, quanto menos suprassumido como tal, quando se trata da constituição da unidade política.

A crítica de Schmitt ao liberalismo se mostra, assim, de todo impotente, pois a teoria que dela decorre não consegue superar o individualismo nele identificado como a negação do político. O conflito que ele apresenta como o fundamento da ordem política é alheio ao conteúdo econômico que caracteriza o burguês em sua alienação em relação ao conteúdo ético da comunidade. Com isso, contraditoriamente, esse elemento estranho pode tomar parte normalmente do conflito e compor a unidade política na medida em que aquele seja relativo a outros conteúdos que não o econômico, como nacionalidade, raça, religião, cultura, etc. Isso significa que a negação pelo indivíduo do Estado não conforma o conflito do qual esse surge, e, por isso, não determina justamente aquilo que o conflito deveria estabelecer.

Por não definir o conflito a partir de um conteúdo, mormente a partir daquele conteúdo que ele mesmo apresenta como o que nega de maneira mais veemente a unidade política do Estado, qual seja, o interesse econômico, Schmitt não consegue superar a perspectiva liberal-burguesa que critica porque a deixa de fora – pelo menos enquanto conteúdo necessário – de seu conceito do político. Apesar de o conteúdo econômico poder de fato estampar o conflito político, Schmitt não faz disso uma determinação essencial e, por isso, desaloja o conflito político do conflito dado pela negação que ele mais insistentemente evidenciara como a negação política por excelência.

Em Hegel, pelo contrário, a negação que constituirá o Estado tem conteúdo assumidamente econômico, e insere em seu bojo a contradição que ele busca superar entre indivíduo e o todo, dada na modernidade pelo componente que caracteriza sociedade civil: “*o fazer econômico, o produzir econômico, esta é a*

*determinante da sociedade civil*”.<sup>22</sup> Ora, ao dar conteúdo essencialmente econômico à contradição entre Estado e sociedade civil, contradição essa que determinará a supressão da sociedade civil no Estado, Hegel está, então, inserindo concretamente no Estado o próprio *bourgeois* que o nega. Como vimos, a negação do *bourgeois* pelo cidadão (negação da negação) se dá pelo *patriotismo*,<sup>23</sup> que reconduz ao todo o indivíduo moderno, que, cindido pela afirmação de sua particularidade no meio econômico que caracteriza a sociedade civil, negara a totalidade orgânica da família, esta que é o momento imediato da eticidade.

Já em Schmitt, *o conflito político é externo justamente ao bourgeois* que o nega, pois o que ele se nega a assumir, o conflito político, não o suprassumo. Como vimos, é o aspecto inexoravelmente polarizado do conflito que leva Schmitt a rejeitar a *Aufhebung* hegeliana e, conseqüentemente, a dessubstancializar o poli-

---

<sup>22</sup> Anota, ainda, o autor, que “a atualidade da análise de Hegel sobre a sociedade civil como sistema das necessidades, não ético, embora não antiético, mostra, com clareza, a nova forma desse sistema: em vez de progredir para a superação das conexões de mercado que determinam a vida das pessoas, a sociedade civil faz do Estado o instrumento da despersonalização, da perda da substância espiritual da liberdade.” (SALGADO, Joaquim Carlos. Estado ético e o Estado poético. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998, p. 8.)

<sup>23</sup> Bem como pela representação por classes, que, para Hegel, possibilitará a participação do particular no universal, de modo que o cidadão é também burguês, ou seja, aspira ao universal concreto por manter concretamente nesse universal seu interesse particular. Trata-se de uma mediação social do político, uma articulação que, como afirma Bourgeois, “existe doravante em cada indivíduo, cuja realização, no nível do espírito objetivo consumado eticamente, requer que ele seja ao mesmo tempo burguês e cidadão, agente social e membro ativo do Estado. É na tensão decididamente assumida entre a existência civil e a existência cívica que cada uma delas atinge sua verdade.” (BOURGEOIS, Bernard. Hegel: os atos do espírito. p. 134.) Essa configuração é oposta àquela que Schmitt dá à representação partidária plural, suprimida no seu Estado unitário, posto que, para ele, a concorrência de interesses múltiplos no seio do Estado tem como resultado sua fragmentação. É nesse esteio, como Bercovici chama a atenção, que Schmitt diferenciará o “Estado Total Quantitativo”, o Estado dominado por vários “partidos totais” com interesses os mais diversos entre si (tal como ele identifica na República de Weimar), do “Estado Total Qualitativo”, por ele defendido, em contraposição ao primeiro, no qual não há partidos e no qual a decisão sobre o inimigo é efetiva, o que neutraliza os conflitos econômicos internos. Portanto, não há espaço nessa unidade para partidos que representem interesses particulares, estranhos ao interesse do todo unitário do povo. Observa-se, então, que para Schmitt o Estado é indiferente à atividade econômica, que deve se processar à revelia do conflito político, pois, explica Bercovici, para ele, “só um Estado forte pode se retirar das esferas não estatais. O Estado neutro é um Estado forte, pois separa o Estado da economia e da sociedade civil. A neutralização e despolitização da economia (que são processos políticos, pois só podem se originar da decisão política do Estado) necessitam de um Estado com liderança política”. (BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na república de Weimar*. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade do Estado de São Paulo, 2003, p. 84.) Dessa forma, o que se percebe é que, no fim das contas, Schmitt lida com o conflito entre o político e econômico fugindo dele, o que enfraquece sua crítica ao liberalismo político, já que adere ao liberalismo econômico, ao separar de tal forma sociedade civil do Estado.

tico, que carece de conteúdo essencial. Por isso, a substância econômica que Schmitt tanto criticara continua, além de subsistente em si como negação estática do político, porque não suprassumida, deixada de fora do conflito político. Este indivíduo intrinsecamente abstrato, propositalmente apartado do todo, alijado da comunidade, contraditoriamente continuaria apto a formar a vontade estatal e a tomar parte em uma (pretensa) unidade política determinada por outros conteúdos, mesmo sendo ele seu maior inimigo.

Apesar de Schmitt identificar a negação pelo liberalismo do político e do conflito a ele inerente, tal negação não é por ele identificada de maneira determinante como a substância subjacente ao conflito político. Hegel, ao contrário, coloca o Estado na culminância da eticidade como manifestação objetiva final do espírito. Ora, por se sediar nesse âmbito da realidade, o político não pode ser pura forma abstrata; deve ser conteúdo absolutamente concreto:

O ético objetivo, que entra em lugar do Bem abstrato pela subjetividade enquanto forma infinita, é a substância concreta. Por isso ela põe dentro de si diferenças que são assim determinadas pelo conceito e por meio do ético tem um conteúdo estável, que é para si necessário, e um subsistir que se eleva acima do opinar subjetivo e do bel-prazer, as leis e instituições sendo em si e para si.<sup>24</sup>

Para tanto, esse conteúdo concreto do Estado exsurge do conflito concernente ao elemento econômico da sociedade civil em contradição dialética – é dizer, como conteúdo negado, assumido e elevado – com a substância ética do Estado. A suprassunção desse conflito constituirá o Estado como a unidade política suprema, é dizer, como totalidade ética. Esse Estado concreto se apresenta como uma universalidade na qual a contingência econômica do indivíduo particular está superada – porque mantida –, e esse é precisamente o conteúdo racional que nega o econômico – assumindo-o. O conflito determinante da totalidade do Estado hegeliano se dá, então, entre o ético e o econômico, ou, como diria Salgado, entre o ético e o *poiético*.<sup>25</sup>

O *patriotismo* é a potência ínsita ao indivíduo que lhe confere a determinação essencial de negar sua imediatidade econômica, seus interesses particulares, para acorrer à universalidade da comunidade. Ele fornece as bases éticas do Estado hegeliano, pois propicia a superação do conteúdo econômico da sociedade civil, o interesse privado, esse que, por sua vez, também é mediador para o conteúdo ético-substancial do Estado, que é a liberdade. A natureza dialética do conflito político hegeliano faz com que a contradição funcione também como

---

<sup>24</sup> HEGEL, G. W. F. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, direito natural e ciência do estado em compêndio*, p. 167, § 144.

<sup>25</sup> Cf. SALGADO, Joaquim Carlos. *O Estado ético e o Estado poiético*.

potência imanente da realidade – pois determinada pela necessidade lógica –, como o motor que propiciará a elevação da contradição a um momento superior de congregação dos indivíduos no organismo do Estado, a *aufhebung* dos conflitos, mormente do conflito entre o ético e o econômico.

Para Schmitt, pelo contrário, o permanente caráter conflituoso do político a partir da contraposição antitética entre amigo e inimigo, assim como a indeterminação do conteúdo desse conflito, impede que ele seja superado. Mas é precisamente a permanência dessa tensão que Schmitt quer preservar, de modo que a reconciliação dialética que em HEGEL eleva a política a um plano superior de efetiva unidade é obstada pelo inamovível caráter dual e formal do conflito político schmittiano.

## CONCLUSÃO

Esperamos ter demonstrado que a filiação de Schmitt a Hegel no que diz respeito à assunção da contradição, do conflito, como fundamento da comunidade política, do Estado, deve ser avaliada com cautela. A aproximação entre o conflito amigo-inimigo schmittiano e a contradição sociedade civil-Estado de Hegel, ambos fundantes do Estado, é dificultada pelo caráter que a negação assume em cada um: Schmitt é dualista, Hegel, dialético; Schmitt estabelece tal conflito como pura forma, e Hegel, como conteúdo. Daí se depreende que o resultado desse conflito, o Estado, terá conformação completamente diversa em cada um: em Schmitt, apenas reproduzirá enquanto forma a tensão conflituosa que lhe subjaz, sem nenhum conteúdo necessário, quando menos um conteúdo racional. Em Hegel, ao contrário, o conteúdo do Estado é o conteúdo ético, absolutamente racional, da liberdade realizada.

Dessa forma, se é verdade que Schmitt, em sua adesão irrestrita à positividade conflitiva do político, não consegue (até porque não tem essa pretensão) fornecer a justificativa racional e autofundada da constituição da unidade política, com Hegel, a justificativa racional – em termos de efetivação da liberdade – da realidade jurídico-estatal pode e deve ressaltar o potencial conflitivo do político que Schmitt estabeleceu apenas como a possibilidade inexaurível de autodeterminação e autoconfirmação das coletividades conforme o critério que melhor lhes aprouver, pois, se é verdade que esse critério, no momento histórico atual, funda sobre os direitos fundamentais o Estado Democrático de Direito, é porque caminhamos na senda hegeliana da construção do Estado como o lugar de realização da liberdade. É o conflito concernente a essa realização, portanto, que deve ser assumido por aquele que quer acorrer ao todo, participar de uma comunidade ética, de um Estado efetivamente comprometido com a vontade popular, porque fundado na vontade substancial dos seus cidadãos, e não nos interesses privados que caracterizam o *bourgeois* em sua abstração e imediatidade. Como atesta Salgado:

O traço que distingue e faz o **verdadeiro político** emergir no mundo social e que dele faz agente da soberania popular, é a aptidão para captar o universal na particularidade dos interesses individuais, ou seja, superar a particularidade técnica pela universalidade do bem comum ou da ordem justa. **De sobre isso decidir não pode abrir mão.**<sup>26</sup>

## REFERÊNCIAS

- ARRUDA, José Maria. *Carl Schmitt: política, Estado e direito*. In: OLIVEIRA, Manfredo; AGUIAR, Odilon Alves; SAHD, Luiz Felipe Neto de Andrade e Silva (Orgs.). *Filosofia política contemporânea*. Petrópolis: Vozes, p. 56-86, 2003.
- BERCOVICI, Gilberto. *Entre o estado total e o estado social: atualidade do debate sobre direito, estado e economia na república de Weimar*. Tese de livre-docência. São Paulo: Universidade do Estado de São Paulo, 2003.
- BIELEFELDT, Heiner. *Carl Schmitt's critique of liberalism*. In: DYZENHAUS, David. *Law as politics: Carl Schmitt's critique of liberalism*. Durham: [NC]: Duke University Press, 1998.
- BOURGEOIS, Bernard. *O pensamento político de Hegel*. Tradução de Paulo Neves da Silva. São Leopoldo: Unisinos, 1999.
- BOURGEOIS, Bernard. *Hegel: os atos do espírito*. Tradução de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2004.
- FERREIRA, Bernardo. Democracia, relativismo e identidade política em Hans Kelsen e Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, Coimbra, n. 29, 2001, p. 161-194.
- FERREIRA, Bernardo. *O risco do político: crítica ao liberalismo e teoria política no pensamento de Carl Schmitt*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: Iuperj, 2004.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- HEGEL, G. W. F. *Filosofia da história*. 2. ed. Brasília: UnB, 1999.
- HEGEL, G. W. F. *Linhas fundamentais da filosofia do direito, ou, direito natural e ciência do estado em compêndio*. Tradução de Paulo Menezes, Agemir Bavaresco, Alfredo Moraes, Danilo Vaz-Curado R. M. Costa, Greice Ane Barbieri e Paulo Roberto Konzen. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- KERVÉGAN, Jean François. *Hegel, Carl Schmitt: o político entre a especulação e a positividade*. Barueri: Manole, 2006.
- RAMOS, César Augusto. *Hegel e Schmitt: uma relação ambígua em torno da afirmação do político*. *Síntese Nova Fase. Belo Horizonte*, v. 23, n. 74, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Hegel*. São Paulo: Loyola, 1996.
- SALGADO, Joaquim Carlos. *O Estado ético e o Estado poético*. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte, v. 27, n. 2, abr./jun. 1998.

---

<sup>26</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *O Estado ético e o Estado poético*, p. 14.

SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. *El concepto de lo político*. Tradução de Rafael Agapito. Madrid: Alianza, 1991.

SCHMITT, Carl. *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SCHMITT, Carl. *Sobre los tres modos de pensar la ciencia jurídica*. Tradução de Montserrat Herrero. Madrid: Tecnos, 1996.

SCHMITT, Carl. Teologia política. In: SCHMITT, Carl. *A crise da democracia parlamentar*. Tradução de Inês Lohbauer. São Paulo: Scritta, 1996.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Tradução de Francisco Ayala. Madrid: Alianza Editorial, 1992.

STRAUSS, Leo. Notes on Carl Schmitt, the concept of the political. Tradução de J. Harvey Lomax. In: *Carl Schmitt and Leo Strauss: The Hidden Dialogue*. MEIER, Heinrich. Chicago: The University of Chicago Press, 2006.

Data de recebimento: 15/05/17

Data de aprovação: 14/07/17

# A EFETIVAÇÃO DO DIREITO HUMANO À ÁGUA POTÁVEL E AO SANEAMENTO BÁSICO: UM ESTUDO DE CASO

## THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHT TO DRINKING WATER AND BASIC SANITATION: A CASE STUDY

*Christopher Abreu Ravagnani\**

*José Carlos de Oliveira\*\**

### RESUMO

---

O presente trabalho caracteriza e discute a efetivação do direito humano à água potável e ao saneamento básico. Desse modo, a pesquisa objetiva verificar se, após dez anos da entrada em vigor da “Década Internacional da Água” pela ONU, a meta da universalização do acesso dos serviços de saneamento básico, instituída no Brasil pela Lei n. 11.445 de 2007, foi alcançada ou se está próxima de sua realização. Para tanto, realizou-se um estudo de caso no Comitê da Bacia Hidrográfica dos rios Sapucaí-Mirim/Grande (CBH-SMG). Os resultados demonstram que, em vários indicadores dos serviços de saneamento básico, a maioria dos municípios já atingiu a universalização dos serviços, estando a Unidade Geográfica da Bacia do Sapucaí-Mirim/Grande (UGRHI-08) entre as melhores do Estado de São Paulo e do país, sendo que o Município de Franca, que corresponde aproximadamente à metade da população da Bacia é o líder atualmente do ranking do saneamento básico no Brasil.

**Palavras-chave:** Pesquisa empírica; Direitos fundamentais; Políticas públicas; Saneamento.

### ABSTRACT

---

The present study describes and discusses the realization of the human right to drinking water and basic sanitation. Therefore, the research aims

---

\* Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp). Professor de Direito na Faculdade Dr. Francisco Maeda. E-mail: car.advogado@hotmail.com.

\*\* Pós-doutor em Direito pela Universidade de Coimbra. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp). Professor do programa de mestrado e graduação em Direito pela Unesp. E-mail: oliveira@franca.unesp.br.

to verify if after 10 years of the entry into force of the “International Decade of Water” by the UN the goal of universal access to basic sanitation services established in Brazil by Law n. 11,445 in 2007 has been achieved or is nearing completion. Therefore, a case study was carried out in the Hydrographic Basin Committee of the Sapucaí-Mirim/Grande rivers (CBH-SMG). The results show that in many indicators of sanitation services, most municipalities have already reached the universalization of services, with the Geographic Unit of the Sapucaí-Mirim/Grande Basin (UGRHI-08) being among the best in the São Paulo’s State and in the country. The Municipality of Franca which corresponds to approximately half the population of the Basin is currently the leader in the ranking of Basic Sanitation in Brazil.

**Keywords:** Empirical research; Fundamental rights; Public policies; Sanitation.

## INTRODUÇÃO

O período de 2005 a 2015 foi proclamado como a “Década Internacional da Água, Fonte de Vida” Resolução (A/RES/58/217)<sup>1</sup> pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU), com o objetivo de promover ações integradas em relação ao uso e conservação da água, a fim de ampliar o acesso à água potável a milhões de pessoas do planeta que vivem na extrema pobreza.

No Brasil, a “Década da Água” foi instituída por meio do decreto de 22 de março de 2005, tendo como objetivo promover e intensificar a formulação e implementação de políticas, programas e projetos relativos ao gerenciamento e uso sustentável da água, bem como assegurar a ampla participação e cooperação das comunidades voltadas para a eficiência das referidas políticas públicas.

As diretrizes nacionais para o saneamento básico foram definidas apenas em 2007, pela Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, sendo estabelecido dentre seus princípios fundamentais o acesso universal aos serviços de saneamento básico, ou seja, que os serviços de saneamento devam atender a toda a população (urbana e rural).<sup>2</sup>

Em 2015, segundo a Organização Mundial de Saúde, 663 milhões de pessoas ainda continuam sem acesso a uma fonte de água potável, bem como 2,4 bilhões de pessoas ainda não possuem serviços de saneamento básico no mundo.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> UNITED NATIONS. Resolution A/RES/58/217. New York, 23 dec. 2003. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a58r217.htm>>. Acesso em: 05/06/2017.

<sup>2</sup> BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>3</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Progress on sanitation and drinking water: 2015 update and MDG assessment*. Geneva, 2015. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145_eng.pdf?ua=1)>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

Segundo o Ministério da Saúde, em 2013 foram notificadas mais de 340,2 mil internações por infecções gastrointestinais no país, sendo que dos 340,2 mil pacientes internados, 2.135 morreram no hospital por causa das infecções.<sup>4</sup> Desse modo, caso nenhum brasileiro tivesse acesso à coleta de esgoto, seriam esperadas cerca de 400 mil internações em um ano, em todo o país, contudo, com 100% da população com acesso à coleta de esgoto, esse número cairia para algo em torno de 266 mil internações, razão pela qual o saneamento reduziria de forma expressiva sua incidência.<sup>5</sup>

Neste diapasão, portanto, os serviços públicos de saneamento básico constituem fator de saúde pública, estando intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana. Assim, o saneamento não só evita casos de doenças de veiculação hídrica que requerem internação, mas também reduz a taxa de mortalidade das pessoas internadas, demonstrando que, de fato, melhora as condições gerais de saúde da população.

Portanto, a pesquisa tem como objetivo verificar se, após 10 anos da entrada em vigor da “Década Internacional da Água” pela Organização das Nações Unidas (ONU), a meta da universalização do acesso dos serviços de saneamento básico instituída no Brasil pela Lei n. 11.445 de 2007 foi alcançada ou se está próxima de sua realização. Para tanto, será realizado um estudo de caso no Comitê da Bacia Hidrográfica dos rios Sapucaí-Mirim/Grande (CBH-SMG), o qual foi escolhido como recorte da pesquisa, uma vez que a região abrangida por 23 municípios, com população aproximada de 663.583 mil habitantes, é destaque na agricultura e pecuária nacional, atividades que demandam recursos hídricos.<sup>6</sup>

## METODOLOGIA

O presente trabalho utilizará como abordagem o estudo de caso, mediante observação dos indicadores dos serviços públicos de saneamento básico do Comitê da Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande.

Como referência, serão analisados os indicadores dos serviços públicos de saneamento básico no período de 2007-2015, tendo em vista que são os últimos dados fornecidos pelo Comitê de Bacia, bem como compreendem o período da “Década da Água” no Brasil.

---

<sup>4</sup> CEBDS; INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento: qualidade de vida; produtividade e educação; valorização ambiental*. Rio de Janeiro, 2014. p. 20. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/estudos/expansao/Beneficios-Economicos-do-Saneamento.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>5</sup> CEBDS; INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento: qualidade de vida; produtividade e educação; valorização ambiental*, p. 17.

<sup>6</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. Relatório I: informações básicas. Franca, 2016. p. 39.

A hipótese<sup>7</sup> do trabalho é que, após 10 anos da entrada em vigor do princípio da universalização dos serviços de saneamento básico, as demandas do referido serviço ainda não foram atendidas. Desse modo, utilizar-se-á o método dedutivo<sup>8</sup> de pesquisa.

A Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande é composta por 23 municípios: Aramina, Batatais, Buritizal, Cristais Paulista, Franca, Guaíra, Guará, Igarapava, Ipuã, Itirapuã, Ituverava, Jariquera, Miguelópolis, Nuporanga, Patrocínio Paulista, Pedregulho, Restinga, Ribeirão Corrente, Rifaina, Santo Antônio da Alegria, São Joaquim da Barra e São José da Bela Vista.<sup>9</sup> Desse modo, durante a apresentação dos resultados será demonstrado os índices gerais da Bacia, bem como o município que mais se destacou em relação ao indicador analisado.

Com efeito, o objetivo do estudo de caso a ser elaborado na Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande é testar, empiricamente<sup>10</sup>, por meio dos dados fornecidos pelo CBH-SMG, a hipótese da universalização do acesso aos serviços de saneamento básico nos municípios integrantes da Bacia, de modo que a hipótese formulada<sup>11</sup> seja corroborada ou negada.

No tocante às técnicas<sup>12</sup> de pesquisa, será utilizada pesquisa documental nos relatórios do Comitê de Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande, bem como pesquisa bibliográfica.

---

<sup>7</sup> “A hipótese é uma resposta a uma pergunta, mas que ainda não foi testada. Portanto, é sempre uma afirmativa. Quando é testada, sua comprovação ou sua negação se transformam na conclusão.” VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013. p. 95 (grifo nosso).

<sup>8</sup> “O método dedutivo consiste na elaboração de ideias (teses, hipóteses etc.) com a posterior coleta de dados para teste dessas conjecturas. No **método indutivo** preconizamos o contrário. Estabelecido determinado tema, coletamos dados e, posteriormente, abstraímos desses dados generalizações possíveis.” VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação*, p. 218 (grifo nosso).

<sup>9</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*. Franca, p. 16.

<sup>10</sup> “O maior pressuposto do método científico é que cada ideia sobre o mundo natural seja sustentada por fatos que podemos constatar objetivamente nesse mundo. Ou seja, buscar contrapor ideias a fatos observáveis.” VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação*, p. 58 (grifo nosso).

<sup>11</sup> “Para que seja uma **hipótese científica**, ela deve ter condições de ser negada. Ou seja, é necessário que alguma condição derivada da hipótese possa negá-la caso ocorra. Se isso não existir, ela não é científica.” VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação*, p. 95 (grifo nosso).

<sup>12</sup> “Os meios específicos utilizados para coleta dos dados são as **técnicas**. Assim, há técnicas para coleta de sangue, para determinação dos níveis de açúcar no sangue, para definição das relações filogenéticas entre espécies, para análise estatística de dados, para conhecermos a opinião das pessoas sobre determinado tema etc.” VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação* (grifo nosso).

## POLÍTICAS PÚBLICAS E PARTICIPAÇÃO

Assim, do ponto de vista teórico-conceitual, a política pública em geral é um campo multidisciplinar. Pode-se, então, resumir política pública como o campo do conhecimento que “[...] busca, ao mesmo tempo, colocar o governo em ação e/ou analisar essa ação (variável independente) e, quando necessário, propor mudanças no rumo ou curso dessas ações (variável dependente).”<sup>13</sup> Desse modo, a formulação de políticas públicas constitui-se no estágio em que os governos traduzem seus propósitos em programas e ações.<sup>14</sup>

A expressão mais frequente das políticas públicas, segundo Buccì, é o plano que pode ter caráter geral, como é o caso do Plano Nacional de Desenvolvimento, podendo ser regional, ou ainda setorial, por exemplo, o Plano Nacional de Saúde, sendo que nesses casos o instrumento normativo do plano é a lei, na qual se estabelecem os objetivos da política, o lapso temporal, os instrumentos de sua realização, bem como outras condições de implementação.<sup>15</sup>

No sistema constitucional brasileiro, as políticas públicas mais comumente se expressam por meio de leis, a propósito, o artigo 165 da Constituição de 1988, que define os orçamentos públicos como instrumentos de fixação das “diretrizes, objetivos e metas” (§ 1º), além das “prioridades” (§ 2º), bem como os “planos e programas” (§ 4º), demonstrando a multiplicidade da forma que podem assumir as políticas públicas.<sup>16</sup>

Há, no entanto, políticas públicas que se traduzem por meio de decretos, portarias ou resoluções mediante a atividade regulamentar do Poder Executivo. Desse modo, portanto, segundo Belinda Pereira da Cunha *et al.*, as políticas públicas são:

As diretrizes, os planos, os projetos, o planejamento institucionalizado por órgãos, agências e departamentos governamentais, com vistas à consecução dos fins estatais. São mecanismos jurídicos, administrativos, recursais e outros que, criados numa dada época e contexto econômico, social, cultural e político, vêm a ser trabalhados pelos agentes políticos para efeito público.<sup>17</sup>

---

<sup>13</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*. Sociologias. Porto Alegre, n. 16, p. 26, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>14</sup> SOUZA, Celina. *Políticas públicas: uma revisão da literatura*, p. 26.

<sup>15</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. Políticas públicas e direito administrativo. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, DF, v. 34, n. 133, p. 95, jan./mar. 1997. Disponível em: <[http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo\\_Seletivo/Processo\\_Seletivo\\_2016/Prova\\_de\\_Conteudo/politicas\\_publicas\\_e\\_direito\\_administrativo.pdf](http://direito.unb.br/images/Pos-Graduacao/Processo_Seletivo/Processo_Seletivo_2016/Prova_de_Conteudo/politicas_publicas_e_direito_administrativo.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>16</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas e direito administrativo*, p. 95.

<sup>17</sup> ARRUDA, Danilo Barbosa de; ABREU, Maria das Dores de Souza; CUNHA, Belinda Pereira da. Água, justiça ambiental e políticas públicas: panorama da crise sobre um bem essencial.

O objetivo das políticas públicas não é outro senão a realização e efetividade dos direitos fundamentais, que admitem restrições ou sopesamento diante de situações de aparente colidência, de modo que o próprio ordenamento permite que algumas políticas públicas sejam privilegiadas em detrimento de outras, de forma criteriosa.<sup>18</sup>

Neste sentido, a Constituição Federal de 1988 insere elementos democráticos na gestão das políticas públicas, prevendo a participação da sociedade civil em todo o processo de planejamento, execução, controle e supervisão dos planos, programas e projetos, como no caso da gestão administrativa da saúde, previdência, assistência social, educação, criança e adolescente (arts. 194, 198, 204, 206 e 227).

Fazer participar os cidadãos e as organizações da sociedade civil no processo de formulação de políticas públicas foi transformado em modelo da gestão pública local contemporânea. A participação social, também denominada como dos cidadãos, popular, democrática, comunitária, foi erigida em princípio político-administrativo.<sup>19</sup>

Neste sentido, segundo Luiza Cristina Fonseca Frischeisen:

Participação e fiscalização, estas parecem ser as palavras-chave na construção do Estado Democrático de Direito, pois estamos em um momento em que a Democracia Representativa (na qual elegemos os membros do Legislativo e Chefes do Executivo), passa a conviver com mecanismo de Democracia Direta e de Democracia Participativa na qual participamos ativamente da elaboração e implementação das decisões políticas, sem que a primeira seja substituída por essas últimas. São tempos de coexistência. Já não é mais possível falar-se em Estado Democrático de Direito, sem se falar na participação constante da população na elaboração das políticas públicas.<sup>20</sup>

---

In: CUNHA, Belinda Pereira da; AUGUSTIN, Sérgio. (Org.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Caxias do Sul: Educus, 2014, p. 278. Disponível em: <[https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Sustentabilidade\\_ambiental\\_ebook.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Sustentabilidade_ambiental_ebook.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>18</sup> KISHI, Sandra Akemi Shimada. A encruzilhada das águas e dos conhecimentos tradicionais: necessários diálogos e controle social. In: CUNHA, Belinda Pereira da et al. (Org.). *Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico*: visitando a obra de Enrique Leff. Caxias do Sul: Educus, 2015. p. 353. Disponível em: <[http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/saberes\\_ambientais\\_ebook.pdf](http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/saberes_ambientais_ebook.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>19</sup> MILANI, Carlos Roberto Sanchez. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 554, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>20</sup> FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. *Políticas públicas: planejamento, desenvolvimento e fiscalização*. Cadernos Pólis 2: direitos humanos e políticas públicas. São Paulo, v. 2, p. 50, 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

O que é fundamental neste processo de participação é a possibilidade de uma parcela considerável da população vir a influenciar o processo decisório das ações estatais para o qual a existência de canais da participação democrática pode facilitar a inserção popular na vida política, favorecendo seu desenvolvimento coletivo.<sup>21</sup>

Com efeito, é possível afirmar que a adoção de mecanismos de consultas públicas e de audiências públicas adotadas entre os meados de 1990 significaram um avanço em termos de *accountability*<sup>22</sup> do processo decisório sobre políticas setoriais no Brasil. Isso ocorreria, segundo Paulo Todescan Lessa Mattos, ao permitir que “[...] outros grupos de interesse, que não apenas aqueles com acesso privilegiado aos canais de circulação de poder político na relação presidente-Congresso participem do processo decisório e tenham os seus interesses ouvidos”.<sup>23</sup>

Contudo, apesar dos avanços dos mecanismos de participação direta da população nas políticas públicas, faz-se mister alertar que há entraves que podem dificultar a participação cidadã, conforme estudo de José Carlos de Oliveira e Christopher Ravagnani realizado nas audiências públicas da Agência Reguladora de Saneamento e Energia do Estado de São Paulo (Arseps), a participação popular nas audiências públicas é dificultada pelas datas (dias úteis) e horários (09h00 e 14h00) que, via de regra, impossibilitam o comparecimento da população.<sup>24</sup> Ademais, segundo Oliveira e Ravagnani, os próprios procedimentos instituídos nos regulamentos das audiências públicas, como a impossibilidade

---

<sup>21</sup> FREITAS, Leana Oliveira. Políticas públicas, descentralização e participação popular. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 121, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v18n1/1414-4980-rk-18-01-00113.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>22</sup> “A disponibilidade de relatórios, a realização de consultas públicas abertas, acesso às atas com as decisões são novidades que poderiam ser incorporadas por outros órgãos da burocracia estatal e que, de certa forma, estavam previstas na proposta do Plano Diretor da Reforma do Aparelho de Estado, pois ampliam a prestação de contas, a participação dos cidadãos, a exploração de conflitos de interesses e a responsabilização. Esses pontos são a essência da accountability e da ampliação dos espaços democráticos do Estado moderno.” PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 697, ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31601.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>23</sup> MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9. Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/imagens/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/imagens/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>24</sup> OLIVEIRA, José Carlos de; RAVAGNANI, Christopher Abreu. A democracia participativa nos serviços públicos de saneamento básico: estudo de caso das audiências públicas da Arseps. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 69, p. 234, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1788/1700>>. Acesso em: 10/06/2017.

de manifestação oral aos munícipes, para questionamentos e esclarecimentos adicionais, após a apresentação dos expositores, comprometem o próprio caráter de debate que norteia o instituto.<sup>25</sup>

As políticas públicas em discussão no Brasil, portanto, se encaminham para a implantação de instituições que contam com a participação da sociedade, pois o modelo anterior, que concentrava responsabilidades unicamente nas mãos do Estado, encontra-se superado. Essas políticas constituem, assim, uma novidade no campo normativo ao contemplar a sociedade civil como parte do poder de decisão.<sup>26</sup>

Neste diapasão, a ideia mestra da nova cidadania consiste em fazer com que o povo se torne parte principal do processo de seu desenvolvimento e promoção social.<sup>27</sup> À medida que o Estado terá, cada vez mais, de dar respostas em relação ao desenvolvimento sustentável, os cidadãos devem ser parte integrante de uma visão comum de longo prazo.<sup>28</sup>

## O ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E AO SANEAMENTO BÁSICO COMO UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

O direito à água não foi reconhecido explicitamente nos principais diplomas internacionais de Direitos Humanos, embora o Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas tenha declarado que o direito à água existe por interpretação dos artigos 11 e 12 do Pacto.<sup>29</sup>

A Declaração de Direitos Humanos de 1948 prevê no artigo 25: “Toda a pessoa tem direito a um nível de vida suficiente para lhe assegurar e à sua família a saúde e o bem estar”.<sup>30</sup> Para tanto, é indispensável a disponibilidade mínima de água potável, seja para suprir as necessidades básicas, bem como para evitar a desidratação e as doenças de veiculação hídrica, sendo

<sup>25</sup> OLIVEIRA, José Carlos de; RAVAGNANI, Christopher Abreu. A democracia participativa nos serviços públicos de saneamento básico: estudo de caso das audiências públicas da ARSESP.

<sup>26</sup> MACHADO, Carlos José Saldanha. Recursos hídricos e cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios. *Ambiente & Sociedade*. Campinas, v. 6, n. 2, p. 134, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v6n2/a08v06n2.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>27</sup> COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova*. São Paulo, n. 28-29, p. 90, abr. 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>28</sup> JACOBI, Pedro Roberto. *Espaços públicos e práticas participativas na gestão do meio ambiente no Brasil. Sociedade e Estado*. Brasília, DF, v. 18, n. 1-2, p. 333, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a14.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>29</sup> UNITED NATIONS. *General Comment n. 15: the right to water* (arts. 11 and 12 of the Covenant). New York, 20 Jan. 2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/4538838d11.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>30</sup> *The Universal Declaration of Human Rights*. Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

assim a água está intrinsicamente ligada ao próprio direito à vida, previsto no artigo 3º da declaração.<sup>31</sup>

Desse modo, o direito humano à água é visto a partir da discussão das necessidades humanas básicas tais como a alimentação, o saneamento e o direito à água potável. Neste sentido, o direito à água potável e ao saneamento básico, além de necessidade básica, deriva dos direitos sociais fundamentais, tais como o direito à saúde.<sup>32</sup>

Nesse sentido, a presença aparente do direito à água no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais nos artigos 11 e 12 pode ser defendida. A Observação Geral n. 15 do Comitê deixa bem claro sua visão sobre a correta interpretação dos referidos artigos, porém, os Estados não estão obrigados a implementar imediatamente as estipulações do pacto, pois, ainda que exista o direito à água, tal direito necessariamente não precisa ter aplicabilidade imediata, embora preveja a realização progressiva das metas e a obrigação de estabelecer etapas para a realização integral dos artigos 11 e 12.<sup>33</sup>

Nessa perspectiva, criou-se uma plataforma de divulgação, isto é, os Fóruns Mundiais da Água, que seriam realizados a cada três anos, com o objetivo de construir e consolidar um espaço adequado, visando um consenso mundial nesse setor.<sup>34</sup>

O 1º Fórum Mundial da Água foi sediado em Marrakesh, de 21 a 24 de março de 1997, com a participação de 63 países e um total de 500 participantes, sendo o tema principal do evento “Um olhar para a água, a vida e o ambiente”. Os principais temas abordados no 1º Fórum Mundial da Água centraram-se no reconhecimento da necessidade humana básica, na proteção dos ecossistemas e na cooperação entre o governo e a sociedade civil e na vazão eficiente da água.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> FERREIRA, Luciane. Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano. *Revista de Direito Público de Londrina*. Londrina, v. 6, n. 1, p. 60, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8141>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>32</sup> CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 69, p. 147, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1784/1697>>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>33</sup> FERREIRA, Luciane. Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano, p. 61.

<sup>34</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antonio Carlos. O desafio ético da água: de necessidade básica à Direito Humano. In: MELO, Milena Petters. (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: EducS, 2012, p. 74. Disponível em: <[https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>35</sup> ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos fóruns mundiais da água. *Revista Ambiente & Água*. Taubaté, v. 11, n. 4, p. 957, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ambiagua/v11n4/1980-993X-ambiagua-11-04-00954.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

O 2º Fórum Mundial da Água ocorreu em Haya, de 17 a 22 de março de 2000, o documento desse Fórum visou unificar a perspectiva sobre o futuro dos recursos hídricos no planeta, mediante a colaboração entre os setores públicos e privados, como solução principal da crise global da água, fundada no acesso à água como uma necessidade humana básica.<sup>36</sup>

O 3º Fórum Mundial da Água foi sediado em Kyoto, Shiga e Osaka no Japão, entre os dias 16 e 23 de março de 2003 e contou com 24 mil participantes de 183 países. Os assuntos prioritários foram o acesso à água e ao saneamento como um direito humano básico, sendo o acesso à água e ao saneamento compreendido como um componente -chave de qualquer estratégia para amenizar a pobreza, tendo sido recomendado a todos os Estados-Nação que reconhecessem a água e o saneamento como direito humano básico.<sup>37</sup>

O 4º Fórum Mundial da Água ocorreu na cidade do México, de 16 a 22 de março de 2006, tendo comparecido cerca de 20 mil pessoas de 168 países.<sup>38</sup> Apesar da pressão de diversos países, não se conseguiu uma declaração que reconhecesse expressamente o direito humano à água. Na versão final da Declaração Ministerial do 4º Fórum reafirmaram como meros princípios a importância da água para o desenvolvimento sustentável e a necessidade de reduzir os desastres naturais relacionados com a água.<sup>39</sup>

Com efeito, o Uruguai se tornou o primeiro país da América a incluir em sua Constituição o acesso à água potável e ao saneamento como direito humano fundamental, sendo que desde 2002 vem buscando consolidar uma estratégia de gestão participativa no gerenciamento dos recursos hídricos.<sup>40</sup>

No mesmo sentido, o artigo 20 da Constituição da Bolívia considera que o acesso à água potável e ao saneamento constituem direitos humanos, bem como

---

<sup>36</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antonio Carlos. *O desafio ético da água: de necessidade básica à Direito Humano*, p. 74.

<sup>37</sup> ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. *O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos fóruns mundiais da água*, p. 958.

<sup>38</sup> WORLD WATER COUNCIL. 4<sup>th</sup> World Water Forum. México, DF, 2006. Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/forum/mexico-2006/>>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

<sup>39</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antonio Carlos. *O desafio ético da água: de necessidade básica à direito humano*, p. 75. Disponível em: <[https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>40</sup> Artigo 47. A proteção do meio ambiente é de interesse geral. As pessoas devem abster-se de qualquer ato que cause depredação, destruição ou poluição ambiental grave. A lei regulará esta disposição e poderá prever sanções para os infratores. A água é um recurso natural essencial para a vida. O acesso à água potável e ao saneamento básico constituem direitos humanos fundamentais. (URUGUAI. Constitución de la República. Constitución 1967 plebiscitada el 27 de noviembre de 1966. *Diário Oficial*. Montevideo, 2 feb. 1967. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 10/06/2017, tradução nossa).

não são objeto de privatização, cabendo o fornecimento dos serviços pelo governo por meio de entidades públicas.<sup>41</sup>

No ano de 2008, o Equador também reconheceu expressamente em sua Constituição como direito humano fundamental o acesso à água potável, sendo que tal direito foi declarado como patrimônio nacional estratégico de uso público, inalienável, imprescritível e essencial à vida.<sup>42</sup> O texto constitucional relaciona a água com todos os direitos humanos, e também com os direitos da natureza. Nesse sentido, a Constituição proíbe a privatização, pois a água pertence a todos e interage em todos os ecossistemas, permitindo a articulação entre a natureza e as sociedades com diferentes formas de desenvolvimento.<sup>43</sup>

O 5º Fórum Mundial da Água ocorreu em Istambul, de 16 a 22 de março de 2009, contou com 25 mil participantes de 182 países, sendo que na declaração final do evento também não ficou definido o direito humano à água.<sup>44</sup> Nesse fórum, talvez o mais polêmico, o voto contrário do Brasil foi decisivo para que o acesso à água e ao saneamento não fosse declarado um direito humano fundamental. O fato de o Brasil, ao lado dos Estados Unidos, Egito e da Turquia, não reconhecer o acesso à água como direito humano básico, não foi bem recebido

---

<sup>41</sup> Artigo 20. I. Toda a pessoa tem direito de acesso universal e equitativo aos serviços básicos de água, esgoto, eletricidade, gás doméstico, correios e telecomunicações.

II. É da responsabilidade do Estado, em todos os níveis de governo, a prestação de serviços básicos através de entidades públicas, mistas, cooperativas ou da comunidade. No caso da eletricidade, do gás doméstico e de telecomunicações podem fornecer o serviço através de contratos com empresas privadas. A prestação de serviços deve atender aos critérios de universalidade, responsabilidade, acessibilidade, continuidade, qualidade, eficiência, eficácia, tarifas justas e cobertura necessários; com participação e controle social.

III. O acesso à água potável e ao saneamento básico constituem direitos humanos, não estão sujeitos a concessão ou privatização e estão sujeitos a registro e regime de licenciamento, de acordo com a lei. (BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolívia. Suare, 15 dez. 2007. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

<sup>42</sup> Artigo 12. O direito humano à água é fundamental e irrenunciável. A água é um patrimônio nacional estratégico para uso público, inalienável, imprescritível e essencial para a vida. (EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador, 28 de septiembre del 2008. Registro Oficial. Quito, n. 449, 20 oct. 2008. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

<sup>43</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: MELO, Milena Petters. (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: EducS, 2012, p. 57. Disponível em: <[https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

<sup>44</sup> WORLD WATER COUNCIL. *5th World Water Forum*. Istambul, 2009. Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/forum/istanbul-2009/>>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

entre muitos governos da América Latina, como da Bolívia, Equador, Venezuela, Cuba e Uruguai.<sup>45</sup>

O 6º Fórum Mundial da Água teve como tema central “Tempo de Soluções” e ocorreu em Marseille, na França, entre 12 e 17 de março de 2012, contabilizando aproximadamente 34 mil participantes, de 173 países.<sup>46</sup> Durante o 6º Fórum Mundial da Água aconteceram várias sessões, sendo cada uma destinada a um assunto específico, destacando-se, dentre elas, a sessão intitulada “Fazendo o Direito à Água uma Realidade para Todos” (*Making the Right to Water a reality for all*), o qual lembrou que o direito à água é uma obrigação legal para todos os Estados, não uma caridade, cabendo aos Estados consagrá-lo no seu sistema jurídico, bem como desenvolver políticas adequadas para torná-lo uma realidade para todos.<sup>47</sup>

O direito humano à água e ao saneamento foi abordado em perspectivas continentais neste fórum. Em relação às Américas foi enfatizado que a garantia do acesso universal à água e ao saneamento é um desafio na América Latina e no Caribe. No entanto, é destacado que México, Nicarágua, Uruguai, Bolívia, Equador, Paraguai e Costa Rica reconhecem este direito explicitamente em suas Constituições, enquanto muitos países ainda precisam transpor este direito aos seus sistemas jurídicos e definir políticas públicas que visem a universalização do acesso à água potável e ao saneamento básico.<sup>48</sup>

Apesar dos avanços obtidos, com o Comentário Geral 15 da ONU, sem dúvida o reconhecimento mais significativo em relação ao direito humano à água, ocorreu na Assembleia Geral, com a Resolução (A/RES/64/292)<sup>49</sup>, em 2010, encaminhada pelo embaixador da Bolívia, reconhecendo explicitamente o direito humano à água e ao saneamento, destacando que a sua efetivação é essencial para a concretização de todos os direitos humanos. Efetivamente, com essa resolução, a Assembleia Geral das Nações Unidas reconheceu o direito humano à água potável e ao saneamento, como fundamental para a manuten-

---

<sup>45</sup> WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antonio Carlos. *O desafio ético da água: de necessidade básica à Direito Humano*, p. 75. Disponível em: <[https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/01/2017.

<sup>46</sup> WORLD WATER COUNCIL. *6th World Water Forum*. Marseille, 2012. Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/forum/marseille-2012/>>. Acesso em: 10/01/2017 (tradução nossa).

<sup>47</sup> ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. *O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos fóruns mundiais da água*, p. 967.

<sup>48</sup> ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. *O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos fóruns mundiais da água*, p. 964.

<sup>49</sup> UNITED NATIONS. General Assembly A/RES/64/292. New York, 3 aug. 2010. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

ção do direito à vida, cabendo aos Estados e às organizações internacionais a disponibilizarem recursos financeiros, prioritariamente aos países em desenvolvimento.<sup>50</sup>

Posteriormente, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas aprovou a Resolução (A/HRC/15/L.14), de 24 setembro de 2010, acolhendo o reconhecimento do direito humano à água e ao saneamento, afirmando que ambos resultam do direito a um nível de vida adequado e estão intrinsecamente ligados à saúde física e mental, assim como o direito à vida e à dignidade humana.<sup>51</sup>

Concretamente, as duas resoluções implicam um grande avanço na luta internacional, bem como são um marco contundente na luta pela justiça da água. A partir deste ponto, cabe uma ressalva: o direito universal de acesso à água não pode, no entanto, transformar-se em alvará para atropelar o direito de cada nação soberanamente decidir sobre suas reservas e sobre a gestão de recursos naturais, contudo deve servir como norte para as políticas públicas dos países signatários.<sup>52</sup>

## **ESTUDO DE CASO DA UNIVERSALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NA BACIA HIDROGRÁFICA DOS RIOS SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE**

As políticas públicas de saneamento básico estão definidas na Lei Federal n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007, marco regulatório dos serviços no país. Os serviços de saneamento básico envolvem o abastecimento de água potável, o esgotamento sanitário, a limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, bem como a drenagem e manejo de águas pluviais e urbanas. Para fins de objeto da pesquisa, utilizar-se os serviços de abastecimento de água potável e esgotamento sanitário.

Dentre as diretrizes e os princípios fundamentais de saneamento básico previstos na Política Nacional de Saneamento Básico, os quais constituem políticas públicas, a pesquisa utilizará como referência a universalização do acesso, o qual prevê que os serviços de saneamento básico devem ser fornecidos para toda a população.

O primeiro dos indicadores com relação aos serviços de saneamento básico é o índice de atendimento de água, cuja finalidade é medir a porcentagem da população total com acesso à água tratada.

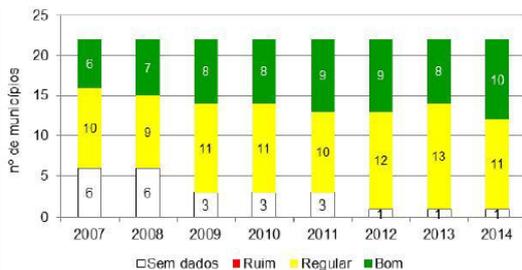
---

<sup>50</sup> WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima. *O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina*, p. 58.

<sup>51</sup> UNITED NATIONS. New York, 24 Sept. 2010. Disponível em: <[http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/UNGA-HRC\\_Resolution-HR\\_to\\_Water\\_and\\_Sanitation.pdf](http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/UNGA-HRC_Resolution-HR_to_Water_and_Sanitation.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017 (tradução nossa).

<sup>52</sup> FERREIRA, Luciane. *Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano*, p. 64.

A Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande (UGRHI-08) possui índice percentual de atendimento de água de 95,9%, superior à média estadual de 95,7%, sendo classificada como a sexta melhor unidade do Estado de São Paulo.<sup>53</sup>

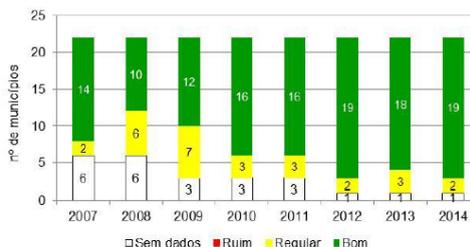


**Figura 1** Índice de Atendimento de Água na Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande no período 2007-2014

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 143.

Nota: Índice inferior a 50% ruim (vermelho); Entre 50% e 90% regular (amarelo); Superior a 90% bom (verde); Sem dados (branco).

Assim, merecem destaque os municípios de Franca, Guaíra, Ituverava e Santo Antônio da Alegria com atendimento de água 100%, portanto já alcançaram a meta. Na sequência, analisa-se os dados de atendimento do abastecimento de água apenas para as áreas urbanas, conforme a Figura 2. O indicador demonstra que, nesse caso, os resultados municipais são ainda melhores, sendo que apenas dois municípios (Miguelópolis e Ribeirão Corrente) foram classificados como “Regular” e os demais classificados com o melhor índice.



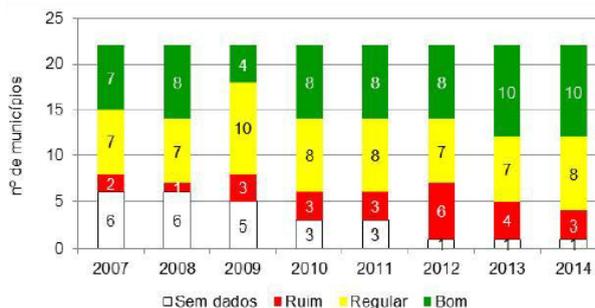
**Figura 2** Índice de atendimento urbano de água na Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande no período 2007-2014

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 144.

Nota: Índice inferior a 50% ruim (vermelho); Entre 50% e 90% regular (amarelo); Superior a 90% bom (verde); Sem dados (branco).

<sup>53</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*. Franca, 2016. p. 138.

Com efeito, outro indicador necessário para a análise da política pública de saneamento básico da Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande é o índice de perdas físicas no sistema de distribuição, isto é, a quantidade de água já tratada disponibilizada pelo sistema, mas que é desperdiçada antes de chegar ao consumidor, portanto, não é consumida.<sup>54</sup>



**Figura 3** Índice de perdas do sistema de distribuição de água na Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande no período 2007-2014

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 146.

Nota: Índice superior a 40% ruim (vermelho); Entre 25% e 40% regular (amarelo); Entre 5% e 25% bom (verde); Sem dados (branco).

Analisando a série histórica desde 2007, verifica-se que há um aumento no número de municípios com a classificação considerada “Boa”. Os municípios que apresentaram o índice de perdas mais crítico em 2014 são os seguintes: Patrocínio Paulista apresenta o maior índice de perdas da UGRHI-08 com 57%, seguido por Santo Antônio da Alegria, com 52,8%, e Guará apresentou 41,5%. No entanto, o destaque positivo vai para Itirapuã e Buritizal, que apresentaram perdas de 15,3% e 15,6%, respectivamente.<sup>55</sup>

Em seguida, analisar-se-á a política pública de universalização dos serviços saneamento básico na Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande no tocante ao esgotamento sanitário. Segundo a Companhia Ambiental do Estado de São Paulo (Cetesb), o lançamento de esgotos domésticos *in natura* é uma das principais causas da poluição das águas no Estado de São Paulo, ao passo que a poluição dos corpos hídricos contribui para a ocorrência de doenças de veiculação hídrica, que podem ocasionar até óbito.

<sup>54</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 145.

<sup>55</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 145.

Neste sentido, o índice é relativo ao controle da poluição ambiental, no âmbito dos tratamentos de esgotos. A Figura 4, a seguir, apresenta uma relação com a proporção de efluente doméstico coletado em relação ao efluente doméstico total gerado (R.02-B); quanto à proporção de efluente doméstico tratado em relação ao efluente doméstico total gerado (R.02-C); bem como a proporção de redução da carga orgânica poluidora doméstica (R.02-D).

2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015
R.02-B								
								
99,1	93,7	94,1	99,2	99,0	99,7	99,7	99,5	99,5
R.02-C								
								
69,7	64,5	71,7	80,6	90,0	91,9	91,9	92,2	92,2
R.02-D								
								
62,9	57,9	65,8	73,8	81,0	83,5	81,2	81,9	80,9

**Figura 4** Indicadores de controle da coleta e tratamento de efluentes na Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande no período 2007-2015

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 154.

Nota: Índice inferior a 50% ruim (vermelho); Entre 50% e 90% regular (amarelo); Superior a 90% bom (verde); Sem dados (branco).

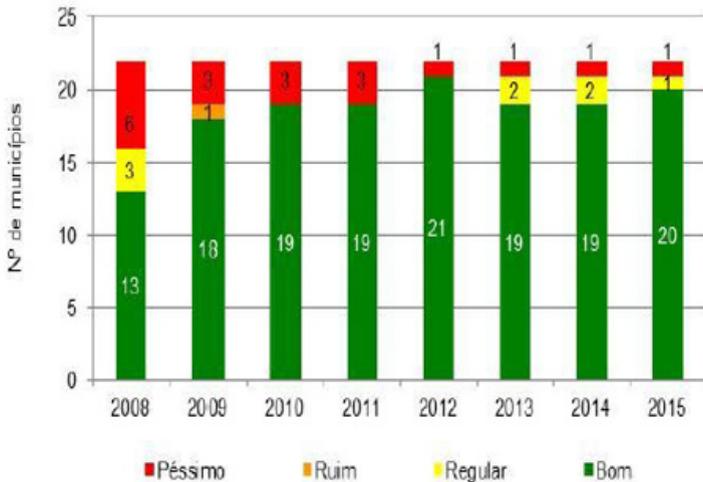
Nota-se que nos três indicadores aplicados, houve uma evolução ao longo da série, sendo que todos passaram a obter a classificação “Boa”. A UGRHI-08 compõe o grupo de apenas 7 UGRHIs, que possuem proporção de efluente doméstico tratado em relação ao efluente doméstico gerado maior que 90% e, portanto, considerado “Bom”.<sup>56</sup>

No mesmo sentido, a UGRHI 08 apresentou, em 2015, o segundo maior valor de proporção de redução da carga orgânica doméstica, comparada às demais unidades da UGRHIs do Estado de São Paulo.<sup>57</sup>

<sup>56</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 153.

<sup>57</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 154.

Com efeito, o último indicador a ser avaliado no tocante à política pública de universalização dos serviços de saneamento básico é o Indicador de Coleta e Tratabilidade de Esgoto de Município (ICTEM), o qual permite comparar a eficácia de um sistema de esgotamento sanitário, mediante a composição em seu valor final dos índices de coleta, tratamento e eficiência do tratamento.<sup>58</sup>



**Figura 5** Eficácia do sistema de esgotamento sanitário dos municípios da Bacia Hidrográfica dos Rios Sapucaí-Mirim/Grande por meio do Indicador de Coleta e Tratabilidade de Esgoto de Município (ICTEM), no período de 2008-2015

Fonte: COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 156.

Nota: Índice inferior a 2,5 péssimo (vermelho); Entre 2,5 e 5 ruim (dourado); Entre 5 e 7,5 regular (amarelo); Entre 7,5 e 10 (verde).

Como visto na Figura 5, observa-se que ocorreu uma evolução na eficácia do sistema de esgotamento sanitário dos municípios integrantes da Bacia do Sapucaí-Mirim/Grande, mediante a aplicação do Indicador de Coleta e Tratabilidade de Esgoto de Município (ICTEM) no período de 2008 até 2015.

O município classificado como “Péssimo” é São Joaquim da Barra que, conforme já analisado anteriormente, não possui estação de tratamento de esgoto em funcionamento, sendo que Guáira foi o município classificado como “Regular”.

<sup>58</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 155.

Neste sentido, a URGHI-08 apresentou vinte municípios classificados como “Bom”, 1 como “Regular” e 1 na classificação “Péssimo”, resultando a nota final da UGRHI-08 em 9,80 valor este que coloca a Bacia Hidrográfica do Sapucaí-Mirim/Grande em primeiro lugar do Estado de São Paulo quanto a esse parâmetro.<sup>59</sup>

## CONCLUSÃO

Há que se conservar e preservar a água disponível no planeta, pois do total existente apenas uma pequena parcela é doce e, do total, só 0,3% se encontra em lugares de fácil acesso, sob a forma de rios, lagos e na atmosfera. A restante, de modo geral, é *in natura*, imprópria ao consumo humano ou se encontra em lugares de difícil acesso, o que inviabiliza sua utilização, ou encarece sua extração. Do montante de água existente, 97,50% se encontram sob a forma de água salgada, nos oceanos e mares, e 2,5% da água doce se encontram em aquíferos (águas subterrâneas) ou em geleiras.<sup>60</sup>

A ONU vem alertando que, em 2025, quase dois terços da população mundial viverão em áreas metropolitanas, gerando graves problemas de abastecimento. Em função disso, a ONU chama a atenção para a relevância de uma nova governança global dos bens comuns, que ponha em prática as recomendações que vêm sendo feitas desde a Rio-92, com o aporte da sociedade civil, em um pacto global efetivo para suprimento dos bens essenciais para a continuidade da vida.<sup>61</sup>

Neste sentido, o reconhecimento pela Organização das Nações Unidas do direito humano ao acesso à água potável e ao saneamento básico como fundamental para a manutenção do direito à vida e à saúde durante os fóruns mundiais de água implicou, portanto, um grande avanço internacional, devendo assim ser observado pelos países signatários.

Nesse contexto, a cidadania ambiental passa a ser parte estruturante da governança das águas, de modo que a decisão tomada por um ente colegiado como um Comitê de Bacia Hidrográfica limita o grau de exercício discricionário do poder por parte do executivo.

Para os serviços de saneamento básico, destaca-se que os índices de coleta e eficiência dos sistemas de tratamento têm sido os melhores do Estado por pelo menos dois anos consecutivos.

---

<sup>59</sup> COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*, p. 155.

<sup>60</sup> FERREIRA, Luciane. *Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano*, p. 55-69.

<sup>61</sup> WOLKMER, Maria de Fatima Schumacher; PIMMEL, Nicole Freiburger. Política nacional de recursos hídricos: governança da água e cidadania ambiental. *Sequência*. Florianópolis, v. 67, p. 165-198, 2013, p. 166. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n67/07.pdf>>. Acesso em: 10/06/2016.

Do mesmo modo, os serviços de abastecimento de água também já atingiram praticamente a meta da universalização nas áreas urbanas da UGRHI-08. Contudo, há que se ressaltar a construção da Estação de Tratamento de Esgoto em São Joaquim da Barra como a ação mais urgente a ser realizada, bem como a necessidade melhorias nos índices de perdas em alguns municípios da Bacia, como os casos de Patrocínio Paulista e Santo Antônio da Alegria, que apresentam perdas superiores a 50%, e Guará superior a 40%.

Portanto, a hipótese da pesquisa, de que após 10 anos da entrada em vigor do princípio da universalização dos serviços de saneamento básico, as demandas do referido serviço ainda não foram atendidas, é corroborada, ressaltando que em vários indicadores dos serviços de saneamento a maioria dos municípios integrantes da Bacia já atingiram a universalização dos serviços, estando a UGRHI-08 entre as melhores do Estado de São Paulo e do país, sendo que o município de Franca, que corresponde aproximadamente à metade da população da Bacia é o líder atualmente do ranking do saneamento básico no Brasil.

## REFERÊNCIAS

ARRUDA, Danilo Barbosa de; ABREU, Maria das Dores de Souza; CUNHA, Belinda Pereira da. Água, justiça ambiental e políticas públicas: panorama da crise sobre um bem essencial. In: CUNHA, Belinda Pereira da; AUGUSTIN, Sérgio. (Org.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Caxias do Sul: Educus, 2014. Disponível em: <[https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Sustentabilidade\\_ambiental\\_ebook.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/Sustentabilidade_ambiental_ebook.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

BOLÍVIA. Constitución Política del Estado. *Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia*. Suare, 15 dez. 2007. Disponível em: <[http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion\\_Bolivia.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

BRASIL. Lei n. 11.445, de 5 de janeiro de 2007. Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico e para a política federal de saneamento básico. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 8 jan. 2007. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 05/06/2016.

BUCCL, Maria Paula Dallari. Buscando um conceito de políticas públicas para a concretização dos direitos humanos. *Cadernos Pólis 2: direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, v. 2,

p. 5-16, 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk; CADEMARTORI, Sergio Urquhart. Repensando a teoria e a prática do direito à água. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 69, p. 133-160, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1784/1697>>. Acesso em: 10/06/2017.

CEBDS; INSTITUTO TRATA BRASIL. *Benefícios econômicos da expansão do saneamento: qualidade de vida; produtividade e educação; valorização ambiental*. Rio de Janeiro,

2014. Disponível em: <<http://www.tratabrasil.org.br/datafiles/uploads/estudos/expansao/Beneficios-Economicos-do-Saneamento.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

COMITÊ DA BACIA HIDROGRÁFICA DO SAPUCAÍ-MIRIM/GRANDE. *Relatório I: informações básicas*. Franca, 2016.

COMPARATO, Fábio Konder. A nova cidadania. *Lua Nova*. São Paulo, n. 28-29, p. 85-106, abr. 1993. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100005&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em: 10/06/2017.

EQUADOR. Constitución de la República del Ecuador, 28 de septiembre del 2008. *Registro Oficial*. Quito, n. 449, 20 oct. 2008. Disponível em: <[http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion\\_de\\_bolsillo.pdf](http://www.asambleanacional.gov.ec/documentos/constitucion_de_bolsillo.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

FERREIRA, Luciane. Do acesso à água e do seu reconhecimento como direito humano. *Revista de Direito Público de Londrina*. Londrina, v. 6, n. 1, p. 55-69, jan. 2011. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/8141>>. Acesso em: 10/08/2016.

FREITAS, Leana Oliveira. Políticas públicas, descentralização e participação popular. *Revista Katálysis*. Florianópolis, v. 18, n. 1, p. 113-122, jun. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rk/v18n1/1414-4980-rk-18-01-00113.pdf>>. Acesso em: 10/08/2016.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. Políticas públicas: planejamento, desenvolvimento e fiscalização. *Cadernos Pólis 2: direitos humanos e políticas públicas*. São Paulo, v. 2, p. 44-52, 2001. Disponível em: <<http://www.polis.org.br/uploads/831/831.pdf>>. Acesso em: 10/08/2016.

JACOBI, Pedro Roberto. Espaços públicos e práticas participativas na gestão do meio ambiente no Brasil. *Sociedade e Estado*. Brasília, DF, v. 18, n. 1-2, p. 315-338, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/se/v18n1-2/v18n1a14.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

KISHI, Sandra Akemi Shimada. A encruzilhada das águas e dos conhecimentos tradicionais: necessários diálogos e controle social. In: CUNHA, Belinda Pereira da *et al.* (Org.). *Os saberes ambientais, sustentabilidade e olhar jurídico: visitando a obra de Enrique Leff*. Caxias do Sul: Educs, 2015. Disponível em: <[http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/saberes\\_ambientais\\_ebook.pdf](http://www.ucs.br/site/midia/arquivos/saberes_ambientais_ebook.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

MACHADO, Carlos José Saldanha. Recursos hídricos e cidadania no Brasil: limites, alternativas e desafios. *Ambiente & Sociedade*. Campinas, v. 6, n. 2, p. 121-136, dez. 2003. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/asoc/v6n2/a08v06n2.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

MATTOS, Paulo Todescan Lessa. Regulação econômica e social e participação pública no Brasil. In: *Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, 9. Madrid: CLAD, 2004. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos\\_regulacao%20economica%20.pdf](http://www.ipea.gov.br/participacao/images/pdfs/participacao/mattos_regulacao%20economica%20.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

MILANI, Carlos Roberto Sanchez. O princípio da participação social na gestão de políticas públicas locais: uma análise de experiências latino-americanas e europeias. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 42, n. 3, p. 551-579, jun. 2008. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n3/a06v42n3.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

OLIVEIRA, José Carlos de; RAVAGNANI, Christopher Abreu. A democracia participativa nos serviços públicos de saneamento básico: estudo de caso das audiências públicas da ARSESP. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*. Belo Horizonte, n. 69, p. 221-238, jul./dez. 2016. Disponível em: <<https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/1788/1700>>. Acesso em: 10/06/2017.

PÓ, Marcos Vinicius; ABRUCIO, Fernando Luiz. Desenho e funcionamento dos mecanismos de controle e accountability das agências reguladoras brasileiras: semelhanças e diferenças. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, v. 40, n. 4, p. 679-698, ago. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n4/31601.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*. Porto Alegre, n. 16, p. 20-45, dez. 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

UNITED NATIONS. *General Assembly A/HRC/15/L.14*. New York, 24 Sept. 2010. Disponível em: <[http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/UNGA-HRC-Resolution-HR\\_to\\_Water\\_and\\_Sanitation.pdf](http://www.internationalwaterlaw.org/documents/intldocs/UNGA-HRC-Resolution-HR_to_Water_and_Sanitation.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

UNITED NATIONS. *General Assembly A/RES/64/292*. New York, 3 Aug. 2010. Disponível em: <[http://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/64/292](http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/64/292)>. Acesso em: 10/06/2017.

UNITED NATIONS. *General Comment n. 15: the right to water* (arts. 11 and 12 of the Covenant). New York, 20 Jan. 2003. Disponível em: <<http://www.refworld.org/pdfid/4538838d11.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

UNITED NATIONS. *Resolution A/RES/58/217*. New York, 23 Dec. 2003. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/a58r217.htm>>. Acesso em: 05/06/2017.

UNITED NATIONS. *The universal declaration of human rights*. Paris, 10 Dec. 1948. Disponível em: <<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 10/06/2017.

URUGUAI. Constitución de la República. Constitución 1967 plebiscitada el 27 de noviembre de 1966. *Diário Oficial*. Montevideo, 2 feb. 1967. Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 10/06/2017.

VOLPATO, Gilson Luiz. *Ciência: da filosofia à publicação*. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2013.

WOLKMER, Antonio Carlos; AUGUSTIN, Sergio; WOLKMER, Maria de Fátima. O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina. In: MELO, Milena Petters. (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Educus, 2012. Disponível em: <[https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.uces.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

WOLKMER, Maria de Fatima Schumacher; PIMMEL, Nicole Freiberger. Política nacional de recursos hídricos: governança da água e cidadania ambiental. *Sequência*. Florianópolis, v. 67, p. 165-198, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/seq/n67/07.pdf>>. Acesso em: 10/06/2016.

WOLKMER, Maria de Fátima Schumacher; WOLKMER, Antonio Carlos. O desafio ético da água: de necessidade básica à Direito Humano. In: MELO, Milena Petters. (Org.). *Crise ambiental, direitos à água e sustentabilidade: visões multidisciplinares*. Caxias do Sul, RS: Educ, 2012. Disponível em: <[https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE\\_AMBIENTAL\\_EDUCS\\_E\\_BOOK.pdf](https://www.ucs.br/site/midia/arquivos/CRISE_AMBIENTAL_EDUCS_E_BOOK.pdf)>. Acesso em: 10/06/2017.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Progress on sanitation and drinking water: 2015 update and MDG assessment*. Geneva, 2015. Disponível em: <[http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145\\_eng.pdf?ua=1](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/177752/1/9789241509145_eng.pdf?ua=1)>. Acesso em: 10/06/2017.

WORLD WATER COUNCIL. *5<sup>th</sup> World Water Forum*. Istanbul, 2009. Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/forum/istanbul-2009/>>. Acesso em: 10/06/2017.

WORLD WATER COUNCIL. *6<sup>th</sup> World Water Forum*. Marseille, 2012. Disponível em: <<http://www.worldwatercouncil.org/forum/marseille-2012/>>. Acesso em: 10/01/2017.

ZORZI, Lorenzo; TURATTI, Luciana; MAZZARINO, Jane Márcia. O direito humano de acesso à água potável: uma análise continental baseada nos fóruns mundiais da água. *Revista Ambiente & Água*. Taubaté, v. 11, n. 4, p. 954-971, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ambiagua/v11n4/1980-993X-ambiagua-11-04-00954.pdf>>. Acesso em: 10/06/2017.

Data de recebimento: 28/08/17

Data de aprovação: 27/11/17

# A LEI DE CRIMES AMBIENTAIS ANALISADA SOB A ÓPTICA DO DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

## THE LAW OF ENVIRONMENTAL CRIMES ANALYZED THE OPTICS OF DEMOCRATIC CRIMINAL LAW

*Felipe Martins Pinto\**

*Alexandre Luiz Alves de Oliveira\*\**

### RESUMO

---

O artigo procura trazer alguns apontamentos sobre o afastamento da Lei dos Crimes Ambientais do Direito Penal Democrático. Não tem a pretensão de exaurir o tema, mas, sim, provocar o leitor sobre algumas determinações da Lei n. 9.605/98 que não respeitariam princípios e institutos do Direito Penal Democrático. Realiza-se uma análise da sociedade atual, com suas características peculiares, assinalando-se a questão dos novos riscos. Dentre esses novos perigos do tempo hodierno, destaca-se a questão ambiental. Os problemas ambientais exigiram uma tutela legal do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que consubstanciou na edição da Lei dos Crimes Ambientais. Apesar da finalidade digna, percebe-se que a Lei n. 9.605/98, em alguns pontos, não observa cânones fundamentais do Direito Penal Democrático.

**Palavras-chave:** A conjuntura da sociedade contemporânea; Direito penal ambiental; Direito penal democrático; Afastamento da lei dos crimes ambientais do direito penal democrático.

### ABSTRACT

---

The article tries to bring some notes about the removal of the Law on Environmental Crimes Democratic Criminal Law. It does not pretend to exhaust the subject, but lead the reader on some provisions of Law n. 9.605/98, which would not respect the principles and institutions of the Democratic Criminal Law. It carried out an analysis of the current society, with its unique characteristics, pointing to the issue of new risks. Among these new dangers of

---

\* Advogado criminalista, professor de Direito Processual Penal da UFMG, vice-presidente do Instituto dos Advogados de Minas Gerais – IAMG. E-mail: felipe@felipemartinspinto.com.br.

\*\* Advogado. Doutorando em Direito Penal nas Sociedades Democráticas Contemporâneas. Mestre em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável. Especialista em Temas Filosóficos. Bolsista Capes. E-mail: alexandrealves@hotmail.com.

today's time there is the environmental issue. Environmental problems demanded legal protection of ecologically balanced environment which consolidated in the edition of the Environmental Crimes Law. Despite the worthy purpose, it is clear that the Law n. 9.605/98, at some points, does not observe fundamental canons of the Democratic Criminal Law.

**Keywords:** The situation of contemporary society; Environmental criminal law; Democratic criminal law; Removal of the law on environmental crimes democratic criminal law.

## INTRODUÇÃO

Vive-se em um tempo de incertezas, um momento de transição. O modelo de sociedade que serviu de paradigma até poucas décadas atrás se dispersa ao abrir espaço para novas construções. Essas mudanças abruptas, como não poderiam deixar de ser, ainda, não foram perfeitamente percebidas e assimiladas e necessitam de uma verificação mais pormenorizada.

As consequências da modernidade trouxeram novas situações que eram inexistentes ou, pelo menos, tinham outros aspectos. Dentro dessas novidades, destacam-se os novos riscos. Outrora, também, existiam riscos; contudo, os riscos do presente apresentam peculiaridades especiais. Diferenciam-se dos riscos do pretérito, especialmente, por serem marcados por uma maior incerteza, irreversibilidade e invisibilidade.

Ressalte-se que, dos novos riscos surgidos, a problemática ambiental reclama a atenção. Os problemas ambientais manifestados a partir da segunda metade do século XX são preocupações que atingem a todos indistintamente e exigem uma atitude da sociedade e do Estado. O futuro das gerações vindouras depende da atitude presente.

Desse modo, com o intuito de proteger o meio ambiente ecologicamente equilibrado, foram editadas diversas leis. Sobressai desse conjunto legal a Lei n. 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais, que trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro um “Código Penal Ambiental”. Nesse diploma legal, constituído de 82 artigos, distribuídos em oito capítulos, estão previstos os ilícitos contra o meio ambiente e, inclusive, as sanções penais e administrativas correspondentes.

Apesar da importância do bem jurídico meio ambiente, verifica-se que a Lei n. 9.605/98, em alguns pontos, não observa adequadamente determinados princípios e institutos basilares de um Direito Penal Democrático. Demonstra, em algumas circunstâncias, flexibilizações e incoerências que não passam despercebidas. Citem-se, por exemplo, tipos penais imprecisos, excesso do uso das técnicas das normas penais em branco e crimes de perigo, bem como violação dos princípios da lesividade e proporcionalidade, responsabilidade penal da

pessoa jurídica. Tais temas serão expostos a seguir.

A metodologia do artigo procurou realizar uma interdisciplinar pesquisa bibliográfica. Investigações e análises foram concretizadas com base na sociologia e, principalmente, na doutrina do Direito Penal. Destacam-se as contribuições de autores como Ulrich Beck, Santiago Mir Puig e Luiz Regis Prado.

## A CONJUNTURA DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA

Analisar o contexto da sociedade contemporânea é uma tarefa de difícil consecução, uma vez que os acontecimentos se encontram latentes para o examinador. A pesquisa encontra complexidades, pois os fatos ainda estão no seu desenrolar, não permitindo uma maior compreensão do todo. O que se percebe, mesmo com essas complicações, é que se vive um momento de transição, nos quais as estruturas sociais e as instituições que outrora fundamentavam a sociedade diluíram-se e seus substitutos estão em fase de elaboração.

Os fundamentos da sociedade industrial, ou do capitalismo desorganizado,<sup>1</sup> que davam sustentação e inteligibilidade para os atores sociais, sofreram rupturas que não foram assimiladas. As novidades e transformações surgem com uma rapidez vertiginosa, tornando o seu processo de compreensão uma tarefa inglória. Ao se fazer uma pequena reflexão, nota-se como em apenas cem anos a sociedade modificou-se. A locomoção e a comunicação tornaram-se praticamente instantâneas; a composição da família e sua forma de organização escapam do arquétipo passado; as mulheres e os negros (apesar da resistente discriminação) ganharam espaço na vida pública – para ficar, apenas, em alguns exemplos.

A esse estágio da sociedade do século XXI foram dadas algumas nomeações/denominações, tais como modernidade tardia, consequências da modernidade, modernidade líquida, sociedade de risco. Dentre as diversas designações, opta-se, neste estudo, por sociedade de risco, denominação apresentada por Ulrich Beck.<sup>2</sup>

A denominação de Ulrich Beck (sociedade de risco) e, logicamente, os seus estudos ganham relevância para o direito, pois os riscos vivenciados no tempo presente transformaram-se em necessidade de segurança, ou seja, em anseio social. Não que no passado não existissem riscos/perigos.<sup>3</sup> “Quem – como Colombo – saiu

---

<sup>1</sup> Nos termos de Boaventura de Souza Santos, a história do capitalismo seria composta em três grandes fases: o capitalismo liberal, o capitalismo organizado e o capitalismo desorganizado. Cronologicamente, a primeira fase seria constituída pela quase totalidade do século XIX, a segunda fase teria início no final do século XIX e permaneceria até o final da década de sessenta e, por fim, a terceira fase surge na década de setenta e permanece até os dias atuais.

<sup>2</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.

<sup>3</sup> Neste estudo, risco e perigo serão utilizados como termos sinônimos, sabendo-se que autores,

em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos”. De tal forma, a percepção do perigo e a pretensão por proteção contra os mesmos pelo direito não é uma criação da contemporaneidade como possam supor equivocadamente:

Todo este cenário, entretanto, pode dar a falsa impressão que estamos diante de uma instituição nova, que possibilita a partir dela uma nova epistemologia penal. Pois bem, tal impressão é uma imprecisão. Com efeito, o perigo é um dos mais antigos conceitos jurídicos. O vocábulo *periculum*, presente na compilação de Justiniano, significou no direito romano a representação de um mal iminente, o qual autorizava a realização de comportamentos, em princípio, ilícitos, mas que eram autorizados em face da reta razão.<sup>4</sup>

Os riscos/perigos do século XXI apresentam peculiaridades que os distinguem dos vivenciados no passado. Podem-se destacar algumas características que lhe são próprias como a incerteza, a irreversibilidade, a invisibilidade. Observa-se, também, que, apesar da desproporcionalidade, atinge a todos, não respeitando fronteiras ou classes sociais.

Os riscos do passado permitiam, em certa medida, uma previsão de sua concretização em dano e uma aferição de suas consequências. Não se quer dizer que não havia a improbabilidade, mas a incerteza atual se destaca, principalmente, sobre a consequências do dano da efetivação da atividade. Cite-se o caso emblemático da produção de energia nuclear, em que o rompimento de um reator (Chernobyl, por exemplo) não possibilita estabelecer os prejuízos sentidos pela presente e pelas futuras gerações.

A invisibilidade e irreversibilidade do dano são, também, singularidades próprias dos riscos atuais. Surgem, na sociedade contemporânea, alguns riscos que não podem ser visualizados de plano e que apresentam grande potencial deletério. As modificações genéticas dos alimentos, o uso indiscriminado de agrotóxicos, a inalação de gases poluentes, a exposição à radioatividade etc. talvez não sejam percebidas imediatamente, mas possuem um potencial lesivo que pode ser irreversível.

Aquilo que prejudica a saúde e destrói a natureza é frequentemente indiscernível à sensibilidade e aos olhos de cada um e, mesmo quando pareça evidente a olhos nus, exigirá, segundo a configuração social, o juízo comprovado de um especialista para sua asserção “objetiva”. Muitos dos novos riscos (contaminações nucleares ou químicas, substâncias tóxicas nos alimentos, enfermidades civilizacionais) escapam inteira-

---

em outras circunstâncias, dão significação diversa aos termos.

<sup>4</sup> BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Tipicidade e perigo*: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo.

mente à capacidade perceptiva humana imediata. Cada vez mais estão no centro das atenções ameaças que com frequência não são nem visíveis nem perceptíveis para os afetados, ameaças que, possivelmente, sequer produzirão efeitos durante a vida dos afetados, e sim na vida de seus descendentes, em todo caso ameaças que exigem os “órgãos sensoriais” da ciência – teorias, experimentos, instrumentos de medição – para que possam chegar a ser “visíveis” e interpretáveis como ameaças.<sup>5</sup>

Constata-se, além disso, que os riscos não respeitam mais o espaço, o tempo e até mesmo o poder financeiro. Os danos do passado<sup>6</sup> eram mensuráveis no espaço/tempo e atingiam, praticamente, as classes e os países menos abastados. Os “novos” perigos, que se juntam aos já existentes, são transfronteiriços e seus danos podem ter duração indeterminada. Percebe-se, inclusive, que a capacidade financeira (que pode amenizar) não tem a propriedade de excluir seus impactos. As decorrências do buraco da camada de ozônio e do efeito estufa ilustram bem tal situação.

Dentre os novos perigos contemporâneos, merecem destaque os danos cometidos contra o meio ambiente. Fato incontestável é que o ser humano sempre utilizará o meio ambiente para aferir suas necessidades. A exploração dos recursos naturais é imprescindível para sua existência e para seu desenvolvimento. O homem não voltará a viver nas cavernas e, mesmo que isso ocorresse, continuaria a depender dos elementos ao seu redor. O problema não é propriamente a relação da humanidade com o ambiente, mas, sim, as propriedades desse relacionamento e suas implicações oriundas.

O século XX foi marcado por uma utilização inadequada dos recursos naturais. A poluição atingiu níveis alarmantes com implicações nefastas. Clamam a atenção as questões pertinentes à depleção da camada de ozônio, ao aumento do efeito estufa, ao desabastecimento de água, à desertificação. Nota-se, claramente, a impossibilidade de o planeta Terra resistir a um consumo tão conspícuo. Ademais, os acidentes ambientais são uma lastimável realidade. Destacam-se os casos do envenenamento por mercúrio em Minamata; a liberação de gás químico em Seveso; os vazamentos dos petroleiros Torrey Canyon e Amoco Cadiz; o acidente da plataforma petrolífera no Golfo do México e, o de maior repercussão mundial, o derretimento do reator nuclear em Chernobyl.

O século XXI guarda uma identidade com o seu antecessor. O consumo imoderado e a equivocada utilização dos recursos naturais continuam presentes. Cite, apenas para ficar em um exemplo de um grave acidente ambiental, o rom-

---

<sup>5</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. p. 32.

<sup>6</sup> Não quer dizer que esses tipos de riscos e danos deixaram de existir, mas, sim, que os novos riscos oriundos do desenvolvimento da técnica e tecnologia são de consequências diferentes e, na verdade, incrementam a sensação de insegurança da sociedade.

pimento das barragens de resíduos/rejeitos da mineradora Samarco, na cidade de Mariana-MG, cujas decorrências ainda não foram devidamente apuradas.

O impacto socioeconômico direto das 35 cidades mineiras atingidas pela lama vazada do rompimento da barragem de Mariana, na Região Central de Minas, é de R\$ 1,212 bilhão. O valor foi determinado por uma força-tarefa do governo de Minas Gerais e divulgado em um relatório nesta quinta-feira (4). No dia 5 de novembro de 2015, mais de 35 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério e lama vazaram da Barragem de Fundão, na Samarco, cujas donas são a Vale e a anglo-australiana BHP Billiton. Dezesete pessoas morreram e duas estão desaparecidas. A lama atravessou o estado e atingiu diversas cidades do Espírito Santo, chegando ao mar.<sup>7</sup>

Esse paradigma da sociedade de risco, com suas implicações sombrias para o presente e o futuro da humanidade, trouxe, mais que em tempos outrora, a pretensão por proteção frente à possibilidade dos novos<sup>8</sup> danos. O cidadão sente-se inseguro frente às consequências da modernidade e exige do Poder Público uma manifestação. Deste modo, principalmente a partir da década de 70 do século passado,<sup>9</sup> eclodem inúmeras normas que objetivam tutelar o meio ambiente. Destacam-se a Convenção de Estocolmo de 1972,<sup>10</sup> no âmbito internacional, e a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81), no contexto brasileiro.

O “surgimento” do Direito Ambiental no Brasil repercutiu nas demais áreas do Direito. O Direito Ambiental relaciona-se,<sup>11</sup> constantemente, com as demais esferas jurídicas, servindo-se de seus institutos para o cumprimento de seu objetivo, ou seja, a proteção do meio ambiente. O Direito do Ambiente associa-se ao Direito Civil, ao Direito Administrativo, ao Direito Tributário e, como tutela um dos bens mais importantes para toda a comunidade, ao Direito Penal.

---

<sup>7</sup> Gl. Prejuízo com lama de barragem é de R\$ 1,2 bi para 35 cidades, diz MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/02/prejuizo-com-lama-de-barragem-e-de-r-12-bi-para-35-cidades-diz-mg.html>>. Acesso em: 04/02/2016.

<sup>8</sup> Novos no sentido de suas novas características, pois, como salientado, o dano e o perigo de sua consecução sempre estiveram presentes na história do homem.

<sup>9</sup> Não que antes desse período não houvesse a tutela dos recursos ambientais; contudo, a proteção dava-se de forma mediata, pois se visavam outros fins imediatamente, como o econômico.

<sup>10</sup> A Conferência de Estocolmo sobre meio ambiente humano de 1972 foi composta, de acordo com Cretella Neto, de: “113 Estados, representantes de praticamente todas as organizações intergovernamentais, 700 observadores enviados por quase 400 ONGs e cerca de 1.500 jornalistas”. CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 131.

<sup>11</sup> Verifica-se que não se deve compreender o ordenamento jurídico composto de partes estanques. O ordenamento jurídico é uno, e o que se deseja é realçar esse maior contato do Direito Ambiental com as demais disciplinas jurídicas.

O tratamento jurídico do meio ambiente se faz em diferentes áreas do Direito e por diferentes instrumentos que, nem sempre, são de “direito ambiental”. Talvez esse fato seja um dos mais relevantes no contexto do Direito Ambiental, pois nem toda norma que, direta ou indiretamente, relaciona-se a uma questão ambiental pode ser compreendida no universo do Direito Ambiental<sup>12</sup>

O Direito Ambiental, dessa forma, é um dos ramos do Direito que tem como característica marcante a transversalidade. Observa-se, assim, que não é raro algumas subdivisões/especializações desse ramo do Direito em: Direito Ambiental Tributário, Direito Ambiental Penal, Direito Ambiental Econômico etc.

## DIREITO PENAL

O homem, por sua própria natureza, é um ser social. Relaciona-se, continuamente, com os demais para suprir suas necessidades, tanto materiais quanto afetivas. Impossível imaginar o mundo atual ou pretérito sem a existência da sociedade, com seus benefícios e desvantagens. Já se expressavam os romanos que onde existe o homem, ali está, também, presente a sociedade – *Ubi homo, ibi societas*.

Pode-se depreender da leitura de Zaffaroni e Pierangeli que: se é certo que o homem vive em sociedade, também, é verdadeiro que toda sociedade manifesta uma estrutura de poder. Essa estrutura de poder pode ser dividida em dois grupos distintos: o grupo dos que detém o poder e o grupo dos subjugados. Dessa forma, ao objetivar manter e justificar o *status quo*, os detentores do poder utilizarão de diversas formas de controle social. O controle social pode ser exercido “através da família, da educação, da medicina, da religião, dos partidos políticos, dos meios de comunicação de massa, da atividade científica, da investigação científica, etc.”<sup>13</sup>

Dentre as diversas formas de controle social, destaca-se, na sociedade, o sistema penal. O sistema penal é definido por Zaffaroni e Pierangeli como:

Chamamos de “sistema penal” ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde que se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. Esta é a ideia geral de “sistema penal” em um sentido

<sup>12</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 7.

<sup>13</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manual de direito penal brasileiro: parte geral. São Paulo: RT, 1997. p. 61.

limitado,<sup>14</sup> englobando a atividade do legislador, do público, da polícia, dos juízes e funcionários e da execução penal.<sup>15</sup>

A lei penal determina o perímetro de atuação do sistema penal. Com o advento do princípio da legalidade, surge uma limitação ao poder punitivo estatal pela lei. Essas leis penais ganham a alcunha de Direito Penal. O Direito Penal objetivo seria, assim, a parte do ordenamento jurídico responsável por determinar as condutas humanas mais prejudiciais para sociedade (desrespeitando seus valores basilares) caracterizando-as como infrações penais cominando-lhes penas ou medida de segurança. Como explica Mir Puig: “*El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que al delito como presupuesto asocian penas y (o) medidas de seguridad como consecuencia jurídica*”.<sup>16</sup>

*O Direito Penal tem a pena ou medida de segurança como especificidade. Constata-se que uma norma tem natureza penal se, para a infração cometida, vincula-se uma daquelas sanções. “De regra, portanto, este ramo do direito não constitui institutos jurídicos, mas sanciona através da pena as violações reputadas como mais graves às instituições construídas pelos outros ramos do direito”.*<sup>17</sup> O Direito Penal seria um plus necessário quando os demais ramos do Direito não possuem suficiente força para a tutela do bem jurídico, ou seja, reforça a punição à infração.

Pode-se dividir<sup>18</sup> a história do Direito Penal em alguns períodos que guardam características comuns. Cezar Roberto Bitencourt<sup>19</sup> relata que a doutrina mais comum estabelece uma tríplice divisão: vingança divina, vingança privada e vingança pública. A primeira fase tinha como particularidade o fato que se punia o infrator para dar uma satisfação aos deuses. A vingança privada, por sua vez, era uma retaliação por um mal cometido pelo outro. Essa desforra era promovida pela própria vítima ou pelo grupo social ao qual ela pertencia. Com a ordenação estatal, objetivando afastar a “guerra” particular, evolui-se para a vingança pública trazendo a punição do infrator para as mãos do Estado. Destaca-se,

<sup>14</sup> Zaffaroni e Pierangeli destacam que podem, também, ter conteúdo sancionatório outros instrumentos que não estão englobados nesse sentido limitado do sistema penal. Cite-se, por exemplo, a institucionalização dos velhos (asilos).

<sup>15</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: parte geral, p. 70.

<sup>16</sup> PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003. p. 8.

<sup>17</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal*: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012. p. 25.

<sup>18</sup> Faz-se uma generalização, mas é imperioso ressaltar que a história do Direito Penal é muito mais ampla e complexa, com marchas e contramarchas.

<sup>19</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 72.

no entanto, que, para o autor, não se verifica nesses períodos uma progressão metódica com características estanques em cada uma dessas fases.

Pode-se realizar, também, uma divisão dentro desta fase da vingança pública<sup>20</sup> em um Direito Penal do terror e um Direito Penal limitado. O Direito Penal do terror distingue-se por uma falta de limitação ao direito de punir. O fato de a sanção ser aplicada pelo Estado não determina um respeito pelo indivíduo (absolutismo, totalitarismo, por exemplo). Por sua vez, o Direito Penal pode (e deve) respeitar certas restrições ao *ius puniendi*. Esse Direito Penal limitado ganha destaque com o advento do princípio da legalidade do Marquês de Beccaria caminhando para os dias atuais em um Direito Penal Democrático.

## DIREITO PENAL DEMOCRÁTICO

Para captar o verdadeiro sentido de um Direito Penal dentro de um Estado Democrático de Direito, importante é compreender as dimensões dos Direitos Humanos e suas consequências para a conformação do Estado. Os Direitos Humanos não nasceram todos em um singular instante histórico. São derivados de lutas e conquistas, avanços e retrocessos. Trata-se de um período relativamente recente da história da humanidade iniciando-se nos anos finais do século XVIII até os dias atuais, contudo sem um desenvolvimento sistemático.

O Liberalismo, das décadas finais do século XVIII, tinha como valor maior, ou eixo central da vida em comunidade, a liberdade. Essa liberdade supervalorizada impunha um Estado Mínimo (proteção aos interesses da classe burguesa) que podia ser resumido no “deixe fazer” (*laissez-faire*). A tarefa do Estado se delimitava, especialmente, na manutenção da segurança externa e interna e na efetivação do que houvesse sido compactuado pelos indivíduos.

No âmbito penal, essas ideias do Liberalismo vão consubstanciar importantes princípios. Verifica-se, com Cesare Beccaria, a relevância dada ao princípio da legalidade como freio ao poder despótico de Estado. “[...] só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social”.<sup>21</sup>

A liberdade sem controle do Liberalismo consubstanciou, já no século XIX, uma grande desigualdade social. A igualdade perante a lei (formal) tratava desiguais igualmente. Não possibilitava uma igualdade de condições materiais ao acentuar a diferença entre as classes sociais (burguesia e proletariado). As con-

---

<sup>20</sup> Vingança pública no sentido da aplicação do *ius puniendi* pertencer ao Estado, podendo-se compreender que em alguns sistemas vigoram a teoria absoluta e a teoria relativa de sua função.

<sup>21</sup> BECCARIA, Cesare. Dos delitos e das penas. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 05/02/2016. p. 29.

dições precárias advindas dessa situação passaram a exigir uma nova configuração do Estado. Não bastaria ser o Estado um mero defensor das liberdades, mas caberia a ele uma atitude ativa em prol de uma igualdade material de seus cidadãos. Surge o Estado do bem-estar social (*Welfare State* ou Estado Providência).

*De una filosofía del Estado como mero guardián del orden jurídico, no legitimado para invadir activamente la configuración positiva de la sociedad, que se considera exclusiva competencia de los particulares, se ha pasado a una concepción intervencionista del Estado, el cual no sólo se considera facultado sino incluso obligado a incidir en la organización de lo social.*<sup>22</sup>

Essa nova perspectiva do Estado repercutirá, também, na seara penal. O Direito Penal, com suas garantias, não é só mais uma proteção do indivíduo frente ao poder punitivo despótico. O Direito Penal passará a ser também um instrumento ativo para a defesa de bens jurídicos prevenindo os delitos.

*Desde la nueva perspectiva el fundamento de la facultad punitiva del Estado permite – y obliga – a éste a ejercerla no sólo en defensa de las garantías del ciudadano como posible delincuente, sino también como activo instrumento de prevención de delitos dirigido a la protección de los bienes jurídicos: como medio al servicio de la “política criminal”.*<sup>23</sup>

Após a afirmação da liberdade e da igualdade, desponta, nos meados do século XX, uma nova perspectiva dos Direitos Humanos. São os direitos de fraternidade, ou solidariedade, oriundos, principalmente, das tragédias da Segunda Guerra Mundial. Percebe-se que a espécie humana compartilha um destino comum e, desta feita, deve-se proteger interesses que envolvem a todos, como o direito à paz, o direito à autodeterminação dos povos e o direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Dessa forma, o Estado Democrático de Direito é aquele Estado promovedor dos Direitos Humanos em todas as suas dimensões.<sup>24</sup> Verifica-se que o surgimento de uma dimensão não exclui a anterior. Na verdade, há um acréscimo de direitos e/ou uma nova interpretação dos anteriores. Pode-se resumir a questão ao se afirmar que o Estado Democrático de Direito é o Estado que respeita e efetiva a dignidade da pessoa humana.

A tarefa do Direito Penal, dentro de um Estado Democrático de Direito, é assegurar proteção aos valores fundamentais para a existência da sociedade ao

<sup>22</sup> PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 104.

<sup>23</sup> PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 104.

<sup>24</sup> Hoje se fala em uma quarta ou quinta dimensão dos Direitos Humanos como os direitos referentes à manipulação genética, ao acesso à internet e à democracia direta.

estabelecer condutas e proibições. Dessa forma, o Direito Penal tem uma função ético-social por meio de resguardo desses valores que configuram os bens jurídicos. Destaca Hans Wezel:

*Esos valores, que radican en el pensar jurídico permanente de un obrar conforme al derecho, constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal. El derecho penal asegura su real observancia determinando pena para quienes se apartan de ellas a través de acciones infieles, indisciplinadas, deshonestas, desleales. La misión central del derecho penal reside, entonces, en asegurar la validez inviolable de esos valores, mediante la amenaza y la aplicación de pena para las acciones que se apartan de modo realmente ostensible de esos valores fundamentales en el actuar humano.*<sup>25</sup>

Dessa maneira, os bens jurídicos constituem os valores essenciais para o pleno desenvolvimento social. (como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc.). Dentre os vários bens jurídicos existentes, destaca-se, neste presente texto, o meio ambiente.

Verifica-se que a problemática ambiental (por um viés autônomo) não era propriamente uma preocupação que merecia a atenção do Direito Penal. Não que não houvesse alguns tipos penais que envolviam os recursos ambientais; contudo, o bem jurídico tutelado não era propriamente a proteção ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Em uma perspectiva histórica, convém observar que uma tutela penal do ambiente – relativamente nova – não era imaginável até algumas dezenas de anos atrás e se limitava ao aspecto simplesmente patrimonial do direito de cada um de não ver perturbado o desfrute pacífico do ambiente ameaçado por condutas danosas. Inclusive, quando do interesse individual se passava ao coletivo, tratava-se sempre de uma visão circunscrita ou limitada, e não abrangente do ambienta.<sup>26</sup>

Como já salientado, as preocupações com o equilíbrio ambiental são recentes. Após a realização da Conferência de Estocolmo de 1972, praticamente todos os países, em maior ou menor grau, assumiram um compromisso com a conservação e a preservação do meio ambiente. No Direito brasileiro não foi diferente, ocorrendo a sua constitucionalização no art. 225, *caput*: “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

---

<sup>25</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956. p. 3.

<sup>26</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011. p. 107.

A própria Constituição Federal de 1988, também, estabelece a imprescindibilidade do equilíbrio ambiental ao trazer um mandamento expreso/claro ao legislador ordinário para que estabeleça a sua proteção penal. E o que se pode aferir da simples leitura do art. 225, § 3º: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

Percebe-se que dúvidas não há sobre o *status* de bem jurídico do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Dessa forma, cumprindo esse imperativo constitucional, ocorreu a sistematização dessa tutela, em 12 de fevereiro de 1998, com a edição da Lei n. 9.605,<sup>27</sup> denominada a Lei dos Crimes Ambientais.

### O DISTANCIAMENTO ENTRE A LEI DOS CRIMES AMBIENTAIS E A PROPOSTA DEMOCRÁTICA DE APLICAÇÃO DO DIREITO PENAL

A Lei dos Crimes Ambientais, apesar de seus fins nobres, apresenta peculiaridades que a afastam do Direito Penal Democrático. Alguns de seus institutos, quando não são evidentemente ilegítimos, estão no limiar de infringir princípios fundamentais.

As leis penais ambientais, mormente no Brasil, são, em sua maioria, excessivamente prolixas, casuísticas, tecnicamente imperfeitas, quase sempre inspiradas por especialistas do setor afetado, leigos em Direito, ou quando muito de formação jurídica não específica, o que as torna de difícil aplicação, tortuosas e complexas, em total descompasso com os vetores – técnico-científicos – que regem o Direito Penal moderno.<sup>28</sup>

Dessa forma, percebe-se que alguns dos institutos da Lei n. 9.605/98 não coadunam com princípios fundamentais que regem o legítimo e democrático Direito Penal. Verificam-se, por exemplo, lesões aos princípios da legalidade, proporcionalidade, lesividade, *ultima ratio*, responsabilidade pessoal.

O princípio da legalidade é um marco para a história do Direito Penal moderno. Como já salientado, a necessidade de que as condutas proibidas, sob ameaça de pena, sejam estabelecidas em lei constitui uma ruptura com os regimes autoritários do passado. Em outras palavras, o *ius puniendi* passa a não ser mais

---

<sup>27</sup> A Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, nasceu de projeto enviado pelo Poder Executivo Federal. A Exposição de Motivos 42 é de 22 de abril de 1991, do Secretário do Meio Ambiente. Inicialmente, o projeto tinha o objetivo de sistematizar as penalidades administrativas e unificar os valores das multas. Após amplo debate no Congresso Nacional, optou-se pela tentativa de consolidar a legislação relativa ao meio ambiente no que diz respeito à matéria penal. MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 737.

<sup>28</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*, p. 83.

absoluto (ao livre arbítrio do monarca), exigindo-se uma lei para se impor uma pena.

Somente depois da construção das partes geral e especial do direito penal surge a questão política da necessidade da limitação ao poder de punir do Estado, no final do século XVIII, com a obra de Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, que propõe o princípio da legalidade. A sistematização jurídica deste princípio se dará, entretanto, com Anselm Von Feuerbach, em 1801, com sua teoria da coação psicológica. 29

O princípio da legalidade dentro de um Estado Democrático de Direito, que não é simples sinônimo de Estado de Direito, encerra uma série de garantias ao cidadão frente ao poder punitivo estatal. Podem ser resumidas na vedação do crime e da pena quando não haja uma lei prévia, escrita e estrita. Como salienta Enrique Bacigalupo sobre o conteúdo do princípio da legalidade:

*El contenido del principio de legalidad se expresa en cuatro exigencias: lex praevia, lex scripta, lex certa y lex stricta. De ellos se derivan cuatro prohibiciones: está prohibida la aplicación retroactiva de la ley, la aplicación de derecho consuetudinario, la sanción de leyes penas indeterminadas y la extensión del texto legal a situaciones análogas (en contra del acusado).*  
30

Hans Wezel, também, vincula como imprescindível a existência do crime e a aplicação da pena à existência da lei:

*Sólo una ley puede declarar una acción como delito (nullum crimen sine lege), y solamente una ley puede determinar para ella una pena (nulla poena sine lege), y ambas cosas, solamente antes de que haya sido ejecutada la acción (exclusión de la fuerza retroactiva de leyes penales que fundamentan o agravan la pena). Con ello se prohíbe la creación de tipos y determinación de penas extralegales, sea por analogía o por el derecho consuetudinario. De ambas fuentes jurídicas, la ley y el derecho consuetudinario, la ley tiene, en derecho penal, la primacía absoluta.*31

A primeira observação a ser feita é que uma conduta somente poderá ser considerada crime quando existe uma lei em sentido estrito, trazendo a possibilidade de subsunção. Impede-se, dessa forma, a delegação dessa atribuição legiferante em respeito ao princípio da divisão de poderes. Ademais, o Direito Penal é uma violência que limita direitos fundamentais do cidadão. Sendo, assim,

---

<sup>29</sup> BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. p. 30.

<sup>30</sup> BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Jurídica de Chile, 2005. p. 106.

<sup>31</sup> WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*, p. 25.

imperativo exigir, para haver supracitada limitação, uma lei formulada dentro dos padrões constitucionais.

Em decorrência da edição dessa lei penal (princípio da legalidade), verifica-se o princípio da irretroatividade para prejudicar o réu. A lei é um divisor de águas que assegura que somente serão criminalizadas as condutas ocorridas após a sua edição. A retroatividade apenas será permitida *in bonam partem*.

Não se pode olvidar, também, que não é suficiente que a conduta esteja prevista em lei. Obrigatória é que a conduta proibida seja descrita claramente, ou seja, que a ação ou proibição vedada esteja determinada o máximo possível. A taxatividade é uma garantia para que o cidadão possa conhecer plenamente a conduta proibida e, assim, se comportar conforme a norma. Devem-se, na construção do tipo, evitar condutas imprecisas, gerais, expressões dúbias, elementos normativos, normas penais em branco etc.

A Lei dos Crimes Ambientais criminaliza constantemente condutas não delimitadas, utiliza conceitos normativos e, também, recorre a normas penais em branco. Reconhece-se que existem situações tais que algumas dessas técnicas são necessárias, mas isso não autoriza a exceção a virar regra.

Nesse contexto – como poderá ser visto no decorrer do livro –, o legislador de 1998 é pródigo em se utilizar de conceitos amplos e indeterminados – muitas vezes eivados de impropriedades técnicas, linguísticas e lógicas –, permeados por cláusulas valorativas e, frequentemente, vazados em normas penais em branco (v.g., arts. 34, 38, 40, 45, 60 etc.) com excessiva dependência administrativa (v.g., permissão, licença ou autorização da autoridade competente. Aliás, essa ligação por demais estreita com a disciplina administrativa é, em muitos casos, fonte primeira do que se deve evitar: a grande indeterminação das descrições típicas.<sup>32</sup>

Cite-se o exemplo emblemático do art. 60 da Lei dos Crimes Ambientais, *in verbis*:

Art. 60. Construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores, sem licença ou autorização dos órgãos ambientais competentes, ou contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes.

O tipo legal do art. 60 da Lei n. 9.605/98 determina como conduta proibida construir, reformar, ampliar, instalar ou fazer funcionar, em qualquer parte do território nacional, estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores. Observa-se a imprecisão da conduta vedada, pois os verbos que constituem

---

<sup>32</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*, p. 151.

o tipo enumeram praticamente qualquer atividade. Toda ação potencialmente poluidora se enquadrará na descrição do tipo. Pergunta-se: onde está a taxatividade do tipo? Praticamente todas as condutas se enquadram na circunstância legal. Ademais, o tipo estabelece que as atividades dependem de autorização ou licença e não deve contrariar as leis e as normas regulamentares pertinentes. Quais são essas normas? Adota-se a técnica da norma penal em branco; contudo, a legislação ambiental é por demais ampla,<sup>33</sup> dificultando a complementação do tipo.

Deve-se destacar, também, que a Lei n. 9.605/98, em alguns de seus dispositivos, não observa o princípio da ofensividade ou lesividade. O princípio da ofensividade pode ser definido pelo brocardo latino *nullum crimen sine iniuria*. Estabelece que somente serão crimes as ações ou omissões prejudiciais ao bem jurídico de outrem. Dessa forma, estão proibidas as criminalizações de condutas que não afetem, seriamente, bem jurídico qualquer.

*Bajo este punto de vista, no sería democrático un derecho penal que emplease la pena o las medidas de seguridad para dar protección a valores puramente morales, de los cuales no dependa la subsistencia o mínimo funcionamiento de la sociedad (v. gr.: persiguiendo la homosexualidad u otros actos contrarios a la moral sexual, sin que produzcan notable perturbación social, como hace un sector de la jurisprudencia en base a la interpretación de la palabra “trascendencia” del art. 431 del Código Penal como “gravedad moral” que no exige escándalo ni toma conocimiento por terceros). Tampoco es propio de un derecho penal democrático castigar conductas que supongan en realidad el ejercicio de derechos políticos que no cabe negar al ciudadano (como derecho de manifestación, de reunión, de asociación, de prensa, etc.). El derecho penal sexual y el político deberían reducirse al mínimo indispensable.<sup>34</sup>*

*Um exemplo da não verificação de lesão ao bem jurídico meio ambiente se dá no art. 51 da Lei n. 9.605/98, in verbis: “Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente”. Realiza-se, de fato, uma “suposição” de que as pessoas que compram motosserras promoverão o desmatamento (especialmente ilegal). Nota-se que se criminaliza um comportamento (comercializar sem autorização) que não provoca a lesão<sup>35</sup> ao bem jurídico meio ambiente e, inclusive, nem mes-*

<sup>33</sup> A competência para legislar sobre poluição é concorrente e, além disso, os Municípios podem legislar sobre interesse local. Percebe-se o emaranhado de disposições legais que podem versar sobre o assunto.

<sup>34</sup> (PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 135.

<sup>35</sup> A materialidade dos tipos de precaução não é evidente, e sua aplicação aproxima-se da compreensão dos crimes de perigo abstrato como crimes formais, cuja simples prática da ação descrita na lei acarreta a tipicidade, pois não há, nestas hipóteses, conhecimento científico ou estatístico suficiente sobre os riscos envolvidos, o que impede a constatação da periculosidade do comportamento, mesmo sob uma óptica ex ante (BOTTINI, 2010, p. 299).

mo coloca o bem jurídico em efetivo perigo. Como enfatiza Pierpaolo Bottini: “O núcleo do injusto penal é a conduta praticada, o desvalor reside na ação, e não no resultado dispensado para a configuração formal do ilícito”.<sup>36</sup>

Outro princípio informador do Direito Penal dentro do Estado Democrático de Direito é o princípio da proporcionalidade. Como salientado, o Direito Penal (aplicação da pena) é uma violência que atinge direitos fundamentais do autor do delito (liberdade, patrimônio). Sendo assim, dentro de um Estado Democrático de Direito, exige-se que a pena imposta seja proporcional à gravidade do delito cometido. Um exemplo de lesão ao princípio da proporcionalidade seria o delito de maus-tratos aos animais (art. 32 da Lei n. 9.605/98), confrontado com o crime de maus-tratos (art. 136 do Código Penal). Percebe-se que o legislador estabeleceu a pena de detenção, de três meses a um ano, e multa para o crime do art. 32 da Lei n. 9.605/98 e a pena de detenção, de dois meses a um ano, ou multa para o crime do art. 136 do Código Penal (mais branda ao criminoso!). Ora, por mais que sejam importantes os animais, eles nunca terão a magnitude de uma pessoa. O que se conclui é o seguinte: ou o crime de maus-tratos do Código Penal possui uma pena pequena ou o crime de maus-tratos contra animais possui uma pena demasiada elevada. Em ambos os casos existe uma lesão ao princípio da proporcionalidade.

Mais um absurdo legal e, por certo, inconstitucional por transgressão ao princípio da proporcionalidade, decorrente da incongruência sistemática e teleológica havida entre o disposto no Código Penal e na Lei n. 9.605/1998, no tratamento de bens jurídicos de relevância diversa.<sup>37</sup>

O art. 3º da Lei dos Crimes Ambientais inovou no direito pátrio ao trazer a possibilidade de imputabilidade penal da pessoa jurídica (regulamentou<sup>38</sup> o imperativo constitucional previsto no art. 225, § 3º):

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Dessa forma, no âmbito doutrinário, surgiram vários questionamentos sobre a legitimidade dessa responsabilização. Verificam-se argumentos contrários<sup>39</sup> à imputação penal para pessoa jurídica, como: ausência de previsão cons-

<sup>36</sup> BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010, p.115.

<sup>37</sup> PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011, p. 188.

<sup>38</sup> O que não é pacífico na doutrina.

<sup>39</sup> Recomenda-se a leitura do livro *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*, coordenado por Luiz Regis Prado e René Ariel Dotti sobre a temática.

tucional, lesão ao princípio da *ultima ratio*, impossibilidade de cumprir os fins da pena, impossibilidade de conduta, desrespeito à responsabilidade pessoal da pena.

Doutrinadores<sup>40</sup> aduzem que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988<sup>41</sup> não permite uma interpretação de um permissivo para a imputabilidade da pessoa moral. As condutas são realizadas, somente, pelos homens, ou seja, as pessoas físicas. As pessoas jurídicas, por sua vez, realizam uma atividade. As atividades estariam sujeitas a sanções civis ou administrativas, mas não penais. Desse modo, ao se fazer uma interpretação sistemática com os princípios informadores do Direito Penal (responsabilidade pessoal, culpabilidade, fins da pena), constata-se<sup>42</sup> a não permissão constitucional para a imputação de crime ao ente moral.

Questiona-se, também, a legitimidade de punição das pessoas jurídicas por constituir um desrespeito ao princípio da *ultima ratio*. Nos termos desse princípio, o Direito Penal só deve intervir quando os demais ramos do Direito se mostram insuficientes para a proteção do bem jurídico.

*El primer principio – derecho penal como ultima ratio – parte de que la pena y la medida de seguridad no son los únicos medios de protección de la sociedad de que dispone el ordenamiento jurídico. Los intereses sociales que se estima necesario proteger pueden, a menudo, recibir suficiente tutela poniendo en funcionamiento mecanismos distintos a los medios propios del derecho penal, menos lesivos que éstos para el ciudadano y con frecuencia mucho más eficaces para la protección de la sociedad. Ante la presencia de estos otros medios, el principio rector debe ser que no está justificado un recurso más grave cuando cabe esperar los mismos o mejores resultados de otros más suaves.)<sup>43</sup>*

Por sua própria natureza, a pessoa jurídica não se sujeita a sofrer pena de restrição/privação de liberdade e, tampouco, medidas de segurança. As sanções penais que a Lei n. 9.605/98 prescreve para as pessoas morais são praticamente as mesmas que as sanções administrativas. Desse modo, surgem as seguintes indagações: Qual a necessidade do Direito Penal se o Direito Administrativo estabelece as mesmas sanções? Por que se “convocar” o Direito Penal se existe outro ramo do Direito que prevê a mesma sanção?

<sup>40</sup> Por exemplo, Miguel Reale Júnior, Jair Leonardo Lopes e René Ariel Dotti.

<sup>41</sup> Art. 225, § 3º, da CF/88: “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”.

<sup>42</sup> O que tem predominado nos tribunais pátrios é a possibilidade da criminalização das pessoas jurídicas por crime ambiental.

<sup>43</sup> PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*, p. 109.

Merece destacar que as pessoas jurídicas são insuscetíveis de cumprir os fins da pena, especialmente, os ideais preconizados pela teoria relativa. A teoria relativa dos fins da pena apregoa que a pena tem um fim que ultrapassa a mera vingança. A pena reafirma os valores éticos e sociais e desencoraja a prática de delitos pela ameaça da punição (prevenção geral). Ademais, objetiva-se, com a pena, a reeducação do condenado para sua ressocialização (prevenção especial). Percebe-se que em nenhum dos casos a pessoa moral cumpre essas funções. Somente as pessoas físicas sentem medo, receio, e incorporam valores. Apenas as pessoas naturais podem ser reeducadas.

Não se pode olvidar, no entanto, que a responsabilização da pessoa jurídica não observa o princípio da responsabilidade pessoal da pena (art. 5º, XLV, da Constituição Federal). Preconiza o supracitado princípio que nenhuma pena passará da pessoa do condenado. Ao se condenar o ente moral, poderá ocorrer o caso de que sócios que não tenham participado da decisão venham a sofrer as consequências da punição. Haveria uma extensão da sanção para aqueles que não concorreram para a conduta, ou até mesmo foram contrários àquela deliberação (votos minoritários).

O que se percebe, pelo relatado, é que a punição da pessoa jurídica não se mostra condizente com os princípios e institutos do Direito Penal Democrático. Não se nega a importância do bem jurídico meio ambiente; contudo, a criminalização do ente moral demonstra uma flexibilização inapropriada de princípios e institutos que, juntamente com os outros casos e exemplos citados, afastam a Lei dos Crimes Ambientais de um Direito Penal Democrático.

## CONCLUSÃO

A sociedade do risco trouxe novas problemáticas que tornaram o destino da humanidade nebuloso. Os riscos dos danos ao meio ambiente atingiram proporções que não podem ser mensuradas, mas permitem inferir que podem ser catastróficas. Essas possibilidades nefastas ensejaram a necessidade de uma tutela do meio ambiente com o escopo da preservação da vida presente e futura. Imperioso a proteção do Direito a um bem tão vital para a continuação da vida no planeta.

Verifica-se, então, após a segunda metade do século XX, o surgimento de uma preocupação com o equilíbrio ambiental. Destacam-se, no ano de 1972, a realização da Conferência de Estocolmo e sua respectiva convenção, considerada o marco internacional do surgimento do Direito Ambiental. No direito pátrio, reputa-se que um direito verdadeiramente ambiental se iniciou com a Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81).

O legislador constituinte assimilou essas influências e estabeleceu expressamente a necessidade da conservação e preservação do equilíbrio ambiental no

art. 225 da Carta Magna. Da mesma maneira, julgou que o meio ambiente tem uma grande importância ao prescrever a responsabilidade civil, administrativa e penal para as condutas e atividades que venham a prejudicá-lo (art. 225, § 3º, da CF/88).

A Lei n. 9.605/98, denominada Lei dos Crimes Ambientais, foi editada com o escopo de cumprir a determinação constitucional. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, bem como dá outras providências constituindo um “Código Penal Ambiental”.

Dúvidas não há sobre a necessidade de proteção do bem jurídico equilíbrio ambiental; contudo, a sua importância não tem o condão de revogar os princípios e institutos do Direito Penal Democrático.

O que se verificou da análise do texto legal, que, aliás, não foi exauriente, é que em diversos institutos da Lei dos Crimes Ambientais existe um afastamento do Direito Penal Democrático. Com o intuito de tutelar o meio ambiente, o legislador ordinário flexibiliza e desrespeita garantias fundamentais estabelecidas. Evidencia-se que os fins justificam os meios, ou seja, para a proteção do meio ambiente permite-se uma menor rigidez das garantias penais.

A não observância dos princípios da legalidade/taxatividade, proporcionalidade, lesividade, responsabilidade pessoal etc. torna alguns pontos da Lei n. 9.605/98 ilegítimos. Os princípios norteadores do Direito Ambiental não são os mesmos do Direito Penal. É obrigatório que a proteção penal do equilíbrio ambiental respeite os fundamentos do Direito Penal Democrático.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal y el estado de derecho*. Santiago: Jurídica de Chile, 2005.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/delitosB.pdf>>. Acesso em: 05/02/2016.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. 21. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: RT, 2010.
- BRANDÃO, Cláudio. *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*. Coimbra: Almedina, 2012.
- BRANDÃO, Cláudio; SIQUEIRA, Leonardo. *Tipicidade e perigo: para a compreensão da recepção penal da dicotomia do risco e do perigo*.
- CRETELLA NETO, José. *Curso de direito internacional do meio ambiente*. São Paulo: Saraiva, 2012.

G1. Prejuízo com lama de barragem é de R\$ 1,2 bi para 35 cidades, diz MG. Disponível em: <<http://g1.globo.com/minas-gerais/desastre-ambiental-em-mariana/noticia/2016/02/prejuizo-com-lama-de-barragem-e-de-r-12-bi-para-35-cidades-diz-mg.html>>. Acesso em: 04/02/2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 18. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2010.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2011.

PUIG, Santiago Mir. *Introducción a las bases del derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: B de F, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 1999.

WELZEL, Hans. *Derecho penal: parte general*. Buenos Aires: Roque de Palma, 1956.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo: RT, 1997.

*Data de recebimento: 05/06/17*

*Data de aprovação: 05/07/17*

# A OPOSIÇÃO ENTRE SUBSTANCIALISMO E PROCEDIMENTALISMO AINDA FAZ ALGUM SENTIDO?

## THE OPPOSITION BETWEEN SUBSTANTIALIST AND PROCEDURALIST STILL MAKES SOME SENSE?

*Larissa Maia Freitas Salerno Miguel Santos\**  
*Zaiden Geraige Neto\*\**

### RESUMO

Versa o presente trabalho acerca da função atual dos tribunais no cenário do Estado Democrático de Direito. Dentro deste âmbito, serão feitas breves considerações acerca do papel desempenhado pelo poder judiciário como instrumento de realização efetiva dos princípios positivados constitucionalmente e políticas públicas, a relação entre os poderes com o deslocamento da esfera de tensão do poder político para o poder judiciário, bem como sobre as críticas ao ativismo judicial. A fim de embasar o estudo, serão expostos os principais argumentos, características e fundamentos das correntes procedimentalista e substancialista, abordando suas divergências e limites impostos por cada uma delas e abordando as dimensões do direito, bem como assinalar questões referentes à jurisdição constitucional. Por fim, discorrerá acerca da oposição entre os dois eixos para ao final tentarmos entender se o conflito sobre qual dimensão do direito deve ser privilegiada faz algum sentido ainda diante da atual

---

\* Mestranda em Direitos Coletivos e Cidadania pela Universidade de Ribeirão Preto (Unaerp) e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca. Advogada do escritório Setímio Salerno Miguel. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Civil, Empresarial/Comercial e Tributário, bem como experiência contenciosa, consultiva e de pareceres na área de Direito Privado, com ênfase em Direito Empresarial, atuando principalmente nos seguintes temas: direito comercial, direito societário, direito contratual, direito civil, direito do consumidor. E-mail: larissa\_salerno@advocaciassm.adv.br.

\*\* Doutor e mestre em Direito pela PUC/SP. Professor de Direito do mestrado da Unaerp. Professor convidado do curso presencial de pós-graduação “lato sensu” em Direito Processual Civil da Faculdade de Direito da USP – Ribeirão Preto (FDRP/USP). MBA Executivo pela FGV (Fundação Getúlio Vargas). Membro efetivo e diretor de Relações Institucionais do IASP. Membro das Comissões de Processo Constitucional e Bioética do Iasp. Membro efetivo do IAB (Instituto dos Advogados Brasileiros). Parecerista e consultor da revista do Conselho da Justiça Federal. Advogado. E-mail: zgneto@uol.com.br.

realidade social que anseia e busca por uma sociedade mais igualitária e justa, fim este a que se pretende ambas as teorias.

**Palavras-chave:** Estado Democrático de Direito; Substancialismo; Procedimentalismo.

#### ABSTRACT

The present paper discusses the current role of courts in the context of the Democratic Rule of Law. Whithin this sphere, brief considerations will be taken considering the role performed by the judiciary branch as a tool for the effective accomplishment of the constitutionally accepted criteria and public policies, the relationship between political branches towards the displacement of the tension circle on the political power towards the judiciary branch, as well as the criticism on the judicial activism. In order to support this paper, it will be presented the main arguments, characteristics and fundaments from the substantialist and proceduralist flow, addressing divergencies and boundaries imposed by each one of them and adressing the Law dimensions, as well as pointing out issues regarding the constitutional jurisdiction. In conclusion, this paper will discuss the opposition between these two axes so that, at the end, it can be possible to understand whether the conflict on which Law dimension must be privileged still makes any sense regarding the current social situation that aims and wishes for a more equal and fair society, wich is the purpose of both theories.

**Keywords:** Democratic Rule of Law; Substantialism; Proceduralism.

## INTRODUÇÃO

Após a Segunda Guerra Mundial e com o estabelecimento do constitucionalismo pós-guerra, a estrutura normativa e o papel do poder judiciário tornaram-se objetos de estudos em diversas áreas do conhecimento. Com isso, pode-se perceber a necessidade de trabalhar e entender essa nova atribuição do judiciário em virtude da valorização do jurídico gerada pela noção de Estado Democrático de Direito.

Dentro deste cenário de Estado Democrático de Direito a concretização, de fato, dos direitos fundamentais, bem como o conteúdo material das constituições estão diretamente ligados a esta noção de Estado. Por esta razão, o jurídico, ou seja, a Constituição passa a assumir a atribuição de instrumento de ação do Estado com o objetivo final de alcançar as pretensões elencadas no texto constitucional.

Com o advento da democracia após a Segunda Guerra Mundial, surgem Constituições que amparam, positivam e institucionalizam direitos sociais e fundamentais, que redefinem a relação entre os três poderes do Estado, de forma que o judiciário, neste âmbito, passa a atuar também na esfera política.

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal e o judiciário em si passaram a desempenhar uma função ativa na tomada de decisões que envolvem assuntos de amplo alcance e interesse político, função essa atribuída *a priori* aos poderes Legislativo e Executivo.

Tais fatos provocam uma mudança na relação e atribuição dos poderes na medida em que há um deslocamento da esfera de tensão dos procedimentos políticos para os judiciais, e o poder judiciário passa a ser uma opção e uma esperança de resgate e concretização das promessas não cumpridas da modernidade.

É dentro deste cenário que surgem teorias objetivando elucidar questionamentos acerca das dimensões processual e substantiva do direito e qual delas deve prevalecer e ser privilegiada diante das circunstâncias e necessidades atuais da sociedade.

Nascem, então, as teorias procedimentalista e substancialista que, nos países chamados “em desenvolvimento” como o Brasil, a discussão se desdobra com foco na atuação do Poder Judiciário como representante legítimo para cumprir efetivamente princípios constitucionais, preencher lacunas das etapas anteriores como as promessas da modernidade, bem como intervir na realização de políticas públicas.

Neste contexto, o presente trabalho estabelecerá os fundamentos e argumentos dos autores das correntes procedimentalista e substancialista no tocante ao protagonismo do poder judiciário e da justiça constitucional na concreção dos direitos sociais e fundamentais e na realização de políticas públicas, com o objetivo e a finalidade de elucidar se a oposição ainda transparente entre esses dois eixos faz algum sentido diante da busca e da necessidade veementes de uma sociedade mais humana, justa e igualitária.

Tendo em vista o enorme desdobramento, complexidade e amplitude da discussão entre procedimentalismo e substancialismo, o presente trabalho não tem como objetivo esgotar todo o tema, mas expor os fundamentos de cada um dos eixos para, ao final, tentar demonstrar a complementariedade que um tem com o outro frente à Constituição Federal e a realidade social hoje vivenciada.

## **FUNÇÃO DOS TRIBUNAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

Primeiro, é importante esclarecer que, no atual cenário brasileiro que se apresenta, surgem novas formas de compreensão das atribuições do Poder Judiciário. Isso porque a sociedade sofre há tempos com a inércia e omissão do Poder Legislativo diante das necessidades de efetivação dos valores dos conteúdos materiais da constituição.

Com essa inércia, ocorre um deslocamento da esfera de tensão que coloca o Judiciário como protagonista na busca pelo cumprimento dos direitos sociais e fundamentais e das promessas não cumpridas da modernidade.

Neste sentido, a lógica da divisão dos poderes recebe nova interpretação por vários autores. De um lado, os que defendem a legitimidade do Poder Judiciário em realizar princípios e valores positivados dentro da Constituição e, de outro, os que acreditam que tal fenômeno corriqueiramente existente hoje enfraquece e coloca em risco a divisão dos poderes e as atribuições clássicas da atuação do Judiciário.

Dentre as preocupações existentes, a mais enfocada é o ativismo judicial, que Barroso descreve da seguinte forma:

O ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.<sup>1</sup>

Necessário distinguir, no entanto, a noção de ativismo judicial da noção de judicialização, pois, apesar de serem do mesmo campo, não são a mesma coisa nem tampouco podem se confundir. Barroso ensina explicando que “a judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas.”<sup>2</sup>

Para ele, a diferença entre os dois fenômenos pode ser asseverada da seguinte forma:

A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria.<sup>3</sup>

Quanto ao ativismo judicial:

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes

---

<sup>1</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <[http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685\\_Cached.pdf](http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf)>. Acesso em: 27/12/2017. p. 6.

<sup>2</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

<sup>3</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.<sup>4</sup>

Ocorre que, diante do novo papel que assume o Judiciário, questionamentos nascem acerca de quais funções e atribuições são as de fato inerentes a este Poder e quais são fruto das inúmeras situações em que ele intervém por falta de atitude ou por omissão frequentes dos outros poderes originariamente incumbidos.

A fim de responder a estes questionamentos, autores tendem a assentar o estudo e adotar uma das duas teorias ou posições principais que enfocam na discussão do problema: o eixo procedimentalista e o eixo substancialista.

Embora a corrente procedimentalista assim como a substancialista reconheçam que o Judiciário se apresenta como um instrumento das Constituições após a segunda grande guerra, elas possuem grandes divergências que devem ser elencadas e consideradas.

Dentro desta ótica, será feita a análise destas duas correntes analíticas explicando a noção de cada uma e expondo suas propostas diante do problema envolvendo os limites do poder judiciário e da justiça constitucional e sua intervenção na política, dentro do cenário da dicotomia substancialismo-procedimentalismo.

Uma ressalva a ser feita antes de adentrar, de fato, ao núcleo das duas teorias é que o ponto de partida tanto dos substancialistas como dos procedimentalistas é o mesmo: modelos democráticos. A discussão consistirá, portanto, na análise da concepção procedimental ou formal e na análise da concepção substancial ou material.

## O EIXO PROCEDIMENTALISTA

A teoria procedimentalista tem como justificativa e prioridade a proteção às condições do procedimento democrático. Este eixo acentua o papel instrumental da Constituição de forma que ela seria a garantia de instrumentos de participação democrática, bem como a reguladora do “procedimento” de tomada de decisões.

Para os procedimentalistas, o Judiciário teria como papel apenas assegurar o cumprimento e observância deste processo e os valores substantivos não se

---

<sup>4</sup> BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*, p. 6.

dirigem ao processo em si, ocupando um lugar secundário. Desta forma, a fundamentação desta corrente consiste em desvincular completamente os procedimentos de conteúdo axiológico.

André Ramos Tavares aduz o seguinte acerca do procedimentalismo:

De acordo com esta teoria, a Constituição se encontra desprovida de derivações, valorativas. A Constituição, nestes termos, não possui qualquer conteúdo ideológico, predisposição ao humano, ao social ou ao econômico. Sua preocupação central seria apenas estabelecer procedimentos formais de composição de interesses, quaisquer que sejam estes.<sup>5</sup>

Um dos maiores e mais importante autor que sustenta a tese procedimentalista é Habermas com sua crítica veemente à invasão, por meio do direito, da sociedade e da política, defendendo a máxima de imparcialidade do juiz ao aplicar o direito.

Para Habermas, o procedimentalismo seria uma superação dos modelos liberal e do estado social de forma que “o paradigma procedimentalista procura proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático”.<sup>6</sup>

Esta dedicação e ligação ao procedimento democrático acarreta que a todo momento temas poderão ser debatidos no âmbito público político, pressupondo, no entanto, que haja a concordância e o cumprimento da opinião pública, por parte do poder legislativo e executivo.

Habermas acredita que o procedimentalismo seria a conciliação entre a soberania do povo institucionalizada juridicamente e a não institucionalizada, reciprocamente. A partir daí, assevera o autor:

O paradigma procedimental do direito orienta o olhar do legislador para as condições de mobilização do direito. Quando a diferenciação social é grande e há ruptura entre o nível de conhecimento e a consciência de grupos virtualmente ameaçados, impõem-se medidas que podem “capacitar os indivíduos a formar interesses, a tematizá-los na comunidade e a introduzi-los no processo de decisão do Estado.”<sup>7</sup>

Dentro do eixo procedimentalista, os autores defendem a ideia de dependência do direito a uma fundamentação moral de princípios, caracterizando a teoria como uma crítica ao positivismo jurídico. Habermas, dentro desta ótica, argumenta ainda que somente as teorias da justiça e da moral calcadas no pro-

---

<sup>5</sup> TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.

<sup>6</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 183.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*, p. 185.

cedimento podem acarretar na imparcialidade para a fundamentação e a avaliação dos princípios dentro de um processo, e expõe:

(...) o direito procedimentalista depende de uma fundamentação moral de princípios, e vice-versa, não é mera suposição sem fundamentos. A legalidade só pode produzir legitimidade na medida em que a ordem jurídica reagir à necessidade de fundamentação resultante da positividade do direito, a saber, na medida em que forem institucionalizados processos de decisão jurídica permeáveis a discursos morais (...). Os procedimentos oferecidos pelas teorias da justiça para explicar como é possível julgar algo sob o ponto de vista moral só têm em comum, o fato de que a racionalidade dos procedimentos deve garantir a ‘validade’ dos resultados obtidos conforme o processo.<sup>8</sup>

Desta forma, a teoria procedimentalista tem como objetivo a institucionalização, através da definição de procedimentos, dos processos de decisão jurídica que propõem debates sobre princípios políticos ou morais, positivados ou não.

Assim, esta corrente defende o argumento de que para se determinar a validade das normas, sejam elas constitucionais ou não, é preciso um procedimento, se apresentando como o ponto de vista ligado às questões de justiça.

Vianna, por sua vez, entende que “invasora presença do direito na política seria apenas um indicador, deveria encontrar reparação a partir de uma política democrática que viesse a privilegiar a formação de uma cidadania ativa”.<sup>9</sup> A partir disso, para o autor, “a judicialização da política e do social seria, então, um mero indicador de que a justiça se teria tornado um ‘último refúgio de um ideal democrático desencantado’”.<sup>10</sup>

Wernneck, utilizando os ensinamentos de Garapon acerca do eixo procedimentalista, ensina:

O Judiciário tem avançado sobre o campo da política onde prosperam o individualismo absoluto, a dessacralização da natureza simbólica das leis e da idéia de justiça, a deslegitimação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da comunidade política como palco da vontade geral, a depreciação da autonomia cidadã e a sua substituição pela emergência do cidadão-cliente e do cidadão-vítima, com seus clamores por proteção e tutela, a racionalidade incriminadora e, afinal, o recrudescimento dos mecanismos pré-modernos de repressão e de manutenção da ordem.<sup>11</sup>

---

<sup>8</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, p. 215-216.

<sup>9</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 24.

<sup>10</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 25.

<sup>11</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 26.

*Nesse ponto, Streck apresenta a proposta de Habermas de modelo de democracia constitucional:*

Em face disso, Habermas propõe um modelo de democracia constitucional que não tem como condição prévia fundamentar-se nem em valores compartilhados, nem em conteúdos substantivos, mas em procedimentos que asseguram a formação democrática da opinião e da vontade, e que exige uma identidade política não mais ancorada em uma “nação de cultura”, mas, sim, em uma “nação de cidadãos”. Critica a assim denominada “jurisprudência de valores” adotada pelas cortes europeias, especialmente a alemã. Uma interpretação constitucional orientada por valores que opta pelo sentido teleológico das normas e princípios constitucionais, ignorando o caráter vinculante do sistema de direitos constitucionalmente assegurados, desconhece, na opinião de Habermas, não apenas o pluralismo das democracias contemporâneas, mas fundamentalmente a lógica do poder econômico e do poder administrativo.<sup>12</sup>

Em resumo, os fundamentos e argumentos dos defensores da teoria procedimentalista seriam a premissa de proteger, antes de tudo, as condições do procedimento democrático, bem como de proteger a lógica da divisão dos poderes. Desta forma, não aceita uma atuação do Judiciário que extrapole as suas atribuições e funções clássicas, nem tampouco em termos de controle de constitucionalidade das normas.

## O EIXO SUBSTANCIALISTA

Se por um lado o procedimentalismo enfatiza e prioriza o procedimento democrático, por outro o substancialismo se coloca como um contraponto, pelo menos no que diz respeito a uma leitura de contraposição de teses.

Para os adeptos desta corrente, a constituição não é apenas e tão somente uma garantia de acesso aos mecanismos de participação democrática. Deve haver uma complementariedade ao procedimento com uma teoria dos direitos e valores substantivos.

Enquanto Habermas se apresenta como um dos grandes nomes da corrente procedimentalista, o substancialismo encontra significativo respaldo em nomes como Lenio Luis Streck.

Um dos questionamentos que este autor pretende elucidar é a de que tendo em vista os princípios e valores constitucionais, qual dimensão do direito deve ser privilegiada?

---

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 160.

Primeiro, em contrapartida ao pensamento do eixo oposto, para Streck, o Estado Democrático de Direito é um *plus* acrescentado aos modelos anteriores e não uma superação destes. Isto pressupõe uma valorização do jurídico, no entendimento dele:

Em síntese, a corrente substancialista entende que, mais do que equilibrar e harmonizar os demais Poderes, o Judiciário deveria assumir o papel de um intérprete que põe em evidência, inclusive contra maiorias eventuais, a vontade geral implícita/explicita no direito positivo, especialmente nos textos constitucionais, e nos princípios selecionados como de valor permanente na sua cultura de origem e na do Ocidente. Coloca, pois, em xeque o princípio da maioria, em favor da maioria fundante e constituinte da comunidade política. (...) Penso que, nesse contexto, é possível dizer que o substancialismo se aproxima ou é caudatário do *constitucionalismo-dirigente* que ingressa nos ordenamentos dos países após a segunda guerra. Consequentemente, é inexorável que, com a positivação dos direitos sociais-fundamentais (produção democrática do direito), o Poder Judiciário (e, em especial, a justiça constitucional) *passa a ter um papel de relevância, mormente no que pertine à jurisdição constitucional*.<sup>13</sup>

Desta forma, os substancialistas acreditam que o Estado Democrático de Direito nascido e inaugurado com a Constituição veio agregar o Estado Liberal e o Estado Social, tornando o Direito algo transformador, possível de resgatar as promessas não cumpridas da modernidade.

Wernneck Vianna leciona que a partir da criação de aparato jurisprudencial do direito “as novas relações entre direito e política (...) seriam tomadas como, além de inevitáveis (...), favoráveis ao enriquecimento das realizações da agenda igualitária, sem prejuízo da liberdade.”<sup>14</sup>

Neste sentido, a Constituição deve ser entendida como algo substantivo, tendo em vista que contem valores e direitos sociais e fundamentais que foram colocados como possíveis de serem realizados. No entanto, no texto constitucional há um conjunto de promessas da modernidade que precisam ser resgatadas e efetivamente realizadas.

É dentro deste contexto que os juízes e tribunais devem implementar os princípios constitucionais de uma sociedade para estes não se transformem em promessas esquecidas e relevantes valores como justiça, liberdade e igualdade sejam colocados em segundo plano.

---

<sup>13</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 163-164.

<sup>14</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 24.

Mauro Cappelletti assim elucida:

O fato de o caráter democrático dos processos legislativo e executivo ser submetido a limitações e condicionamentos reais, frequentemente inevitáveis, não justificaria, na verdade, a conclusão de que não se deve fazer contínuo esforço com vistas a salvaguardar, o mais realisticamente possível, a legitimação democrática e representativa, e de que isso não se deva fazer por todas as formas de criação do direito, inclusive a jurisprudencial.<sup>15</sup>

Streck em sua obra cita Korineck que vai dizer que “a vinculação do legislador às determinações constitucionais é ao mesmo tempo a vinculação do legislador democraticamente legitimado a um ato de mais elevada legitimação democrática”.<sup>16</sup>

A função da Constituição seria, então, adotar os valores e princípios socialmente relevantes e já estabelecidos e admitidos para, em seguida, retirá-los do âmbito de decisão popular. Isso acarreta uma valorização da Constituição como instrumento da conservação do Estado Democrático de Direito, conforme bem discorre Canotillho:

Pretende conciliar a ideia de constituição com duas exigências fundamentais do estado democrático constitucional: 1) a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, 2) a abertura constitucional: pois a Constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das forças políticas portadores de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.<sup>17</sup>

Wernneck Vianna explica o pode ser observado no substancialismo da seguinte forma:

A interpretação criativa do juiz não seria a do exercício do poder discricionário, como na teoria positivista, nos casos de ausência ou de indeterminação da norma. Ao contrário, dado que a sua interpretação deve estar constrangida pelo princípio da coerência normativa face à história do seu direito e da sua cultura política. O juiz, por meio da sua decisão em um hard case, que necessariamente transita por uma reconstrução dessa história, deve levar à frente, em um processo do tipo preservar-mudando, o direito real, contemporâneo. Não são, conseqüentemente, os valores pessoais do juiz que devem pesar na hora da interpretação,

<sup>15</sup> CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993. p. 96.

<sup>16</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013. p. 164.

<sup>17</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1.336.

momento de reconstrução-construção em que se selecionam, em um esforço moral e intelectual heroico, os princípios que, presentes em sua cultura política, melhor justificam as doutrinas e o sistema jurídico, concretizando-os, então, no seu julgamento do caso concreto. O suposto inarredável desse construtivismo seria o de que a ordem jurídica, na forma do comentário de Habermas sobre Dworkin, contenha algum fragmento de razão, que permita aos indivíduos, em uma dada comunidade de direito, se reconhecerem como livres e iguais.<sup>18</sup>

Em suma, a corrente substancialista defende a proteção, pelo Poder Judiciário, da primazia da Constituição, como forma do Estado realizar os valores fundamentais e superiores, de forma que este intervencionismo consagraria o cumprimento dos Direitos Fundamentais Sociais, evitando que os valores relevantes se transformem em promessas esquecidas.

## **A OPOSIÇÃO ENTRE O SUBSTANCIALISMO E O PROCEDIMENTALISMO**

Como já exposto anteriormente, apesar das teorias procedimentalista e substancialista partirem de um mesmo pressuposto, qual seja tratarem de modelos democráticos, esses dois eixos apresentam pontos conflitantes e argumentos opostos um do outro.

A primeira crítica que Habermas faz acerca da atuação dos tribunais no âmbito privado diz respeito à arbitrariedade ao escolher o valor a ser aplicado, em detrimento de outros, ao passo que para ele a atuação judicial se torna irracional, uma vez que não existem medidas racionais capazes de diferenciar qual valor deve ser usado em cada caso concreto.

Outra crítica feita pelo grande autor reside no campo do controle constitucional das normas já que ele defende com veemência que esta atribuição é do Poder Legislativo. Caso contrário, isso resultaria em um enfraquecimento dos três poderes além do fato de que o contrário não ocorre, as decisões do Judiciário não são submetidas ao crivo do Legislativo.

Ademais, segundo os procedimentalistas, a intervenção do judiciário estaria completamente contrária à premissa de proteção das condições do procedimento democrático.

Na obra de Streck, ele descreve o posicionamento e as críticas de Garapon ao substancialismo, ao passo que resulta em um enfraquecimento da democracia representativa além do problema do ativismo judicial:

Para ele, o Judiciário aparece no contexto contemporâneo como um “guardador de promessas”, no sentido de que a sua intervenção se dá

---

<sup>18</sup> WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, p. 36.

nos mais variados âmbitos (isto é, praticamente tudo é judicializado), do que decorre a caracterização de um ambiente marcado pela descrença na lei e na democracia. Ao lado dessa intensa judicialização, Garapon coloca que há um reforço ainda maior do papel da jurisdição através da defesa do ativismo judicial, quando o Judiciário assume uma autoridade última, ou seja, *quando há o desejo do juiz de promover a mudança social ou travá-la*.<sup>19</sup>

Da mesma forma, expõe o pensamento do adepto ao procedimentalismo J. H. Ely que sustenta “que o tribunal constitucional só pode conservar sua imparcialidade se resistir à tentação de preencher seu espaço de interpretação com juízos de valores morais. Discorda, assim, não apenas da jurisprudência de valores, como também de uma interpretação dirigida por princípios, no sentido da interpretação construtiva de Dworkin”.<sup>20</sup>

Já Streck reprova os argumentos de Habermas ao dizer que, ao colocar o procedimentalismo como o novo paradigma, ele se esquece do verdadeiro sentido do Estado Democrático de Direito que, para Streck, é o verdadeiro paradigma.

Habermas não leva em conta a relevante circunstância de que o constitucionalismo do Estado Democrático de Direito *acrescenta um “mais” qualitativo ao direito do direito do Estado Social*, porque estabelece no próprio texto constitucional – e esse é o ponto que Habermas deixa de considerar, embora reconheça, acertadamente, que a moral está institucionalizada no direito – os diversos mecanismos para a concretização dos direitos fundamentais-sociais.<sup>21</sup>

No mesmo sentido, utiliza de L. H. Tribe, um dos maiores defensores do substancialismo, que faz severas críticas à teoria procedimentalista ao afirmar “o procedimento deve completar-se com uma teoria dos direitos e valores substantivos. (...) As teorias procedimentalistas não parecem apreciar que o processo é algo em si mesmo valioso; porém, dizer que o processo é em si mesmo valioso é afirmar que a Constituição é inevitavelmente substantiva”.<sup>22</sup> Outra crítica reside no entendimento de Streck que o Direito no paradigma do Estado Democrático de direito possui uma nova legitimidade que viria da própria Constituição.

Ademais, para o defensor do caráter substantivo da Constituição, o procedimentalismo habermasiano não poderia ser aplicado face as peculiaridades brasileiras, uma vez que a proposta deste só pode ser alcançada com um agir comunicativo e sujeitos autônomos e desta forma Streck questiona:

---

<sup>19</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 161-162.

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 162.

<sup>21</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 166.

<sup>22</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 163.

Como ter cidadãos plenamente autônomos, como Habermas propugna, se o problema da exclusão social não foi resolvido? Como ter cidadãos plenamente autônomos se suas relações estão colonizadas pela tradição que lhes conforma o mundo da vida? Nesse sentido, com Ackerman, há que se perguntar: pode uma eleição ser livre e justa, se uma grande parte do eleitorado carece de instrução necessária para compreender as principais linhas do debate político? Ou se está passando fome ou trabalhando em condições opressivas durante a maior parte de seu tempo? “Minha resposta é não”, vai dizer Ackerman.<sup>23</sup>

No entanto, uma ressalva deve ser feita acerca dos argumentos de Streck, uma vez que para ele esta nova postura não pode ocasionar em um rompimento de legitimidade entre a divisão dos poderes. Assim, o Poder Judiciário em nenhum momento pode vir a utilizar do ativismo judicial para se apoderar do espaço reservado à produção democrática do direito, que encontra limite no próprio texto normativo da constituição.

Apesar de ser um adepto da corrente substancialista, Streck rechaça toda e qualquer hipótese de decisionismos e ativismos.

Ademais, é importante destacar que o autor nunca exclui o procedimentalismo na formação de sua opinião. Para ele, “os procedimentos democráticos constituem, por certo, uma parte importante, mas só uma parte, de um regime democrático, e têm de ser verdadeiramente democráticos no seu espírito.”<sup>24</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve como objetivo expor as duas correntes contrapostas acerca da função dos tribunais e do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito: o procedimentalismo e substancialismo, para tentar, ao final, entender se esta oposição entre os dois eixos ainda faz algum sentido diante da atualidade que vivemos.

Para tanto, dois grandes autores foram utilizados como eixo base para entendermos e destrincharmos as características e argumentos das duas teorias: o filósofo alemão Jürgen Habermas e o brasileiro Lenio Luiz Streck, além de outros autores.

Primeiro, foram feitas considerações acerca da função atribuída aos tribunais e sua atuação dentro do Estado Democrático de Direito instituído após o fim da Segunda Guerra Mundial, bem como diante da necessidade de se buscar a efetiva realização das promessas da modernidade, por vezes esquecida.

---

<sup>23</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 173.

<sup>24</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, p. 155

Apresenta, depois os argumentos da teoria procedimentalista segundo a qual a principal preocupação é proteger as condições do procedimento democrático e a lógica da divisão dos poderes, colocando-se contra a extrapolação, pelo Poder Judiciário, de suas atribuições primárias e contra a intervenção deste na esfera política.

Descreve, também, os fundamentos substancialistas que ao contrário da anterior, defende a função intervencionista dos juízes e tribunais, a fim de fazerem valer os princípios e valores fundamentais constitucionalmente positivados, tendo como novo paradigma o Estado Democrático de Direito.

Com isso, a *priori* pode-se depreender que os direitos e valores inseridos na Constituição, construídos democraticamente, devem sempre ter prevalência a outros textos legislativos, ainda que produzidos por maiorias eventuais, concedendo ao Poder Judiciário esta nova atribuição dentro das relações entre os poderes de Estado. O que se sugere é uma reavaliação na relação entre os poderes de forma a garantir a implementação dos conteúdos materiais da Constituição por meio da efetiva realização de seus valores substantivos.

Em um cenário onde o Poder de Estado originariamente encarregado de efetivar tais valores seja omissivo e inerte, deve-se atribuir ao Judiciário a incumbência de cumprir as promessas da modernidade, não podendo este assumir uma postura passiva diante da sociedade.

Desta forma, o que se pode concluir é que, diante da atual realidade social que anseia por modificações e efetivação dos direitos fundamentais para se alcançar uma sociedade mais justa e igualitária, a discussão acerca de qual das duas teorias é a correta parece ter perdido fundamento e importância.

A duas correntes possuem o mesmo objetivo e o mesmo pressuposto, e a oposição entre elas acaba por perder o sentido já que, até agora, nenhuma das duas, sozinha, conseguiu solucionar o problema a que se dispõem a estudar e tratar.

O trabalho não foi desenvolvido com o objetivo de defender ou adotar uma ou outra corrente, mas sim tentar buscar uma autonomia do direito que supere e vá além da discussão entre substancialistas e procedimentalistas para chegarmos a uma nova concepção em que os dois eixos possam coexistir e trabalhar em conjunto para se atingir o fim desejado.

Assim, pode-se finalizar o presente expondo que, ao passo em que os direitos fundamentais se apresentam como princípios que asseguram a efetivação da dimensão material e substancial da democracia, as normas estruturais protegem os aspectos formais desta. Neste contexto, um Estado que foca apenas em uma das duas partes (formal ou material), não atenderia ao objetivo que o Estado Democrático traz consigo.

As duas teorias devem aprender a coexistir, cada qual no seu limite, de forma moderada e conjuntamente para que os anseios e necessidades da sociedade possam começar a, de fato, serem realizadas e efetivadas em busca dos valores primários de igualdade, fraternidade e liberdade.

## **REFERÊNCIAS**

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: <>. Acesso em: 02/10/2015.

\_\_\_\_\_. *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Fabris, 1993.

CATTONI DE OLIVERIA, Marcelo Andrade. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GIDDENS, Anthony. *Para além da esquerda e da direita*. Tradução de Álvaro Hattner. São Paulo: Unesp, 1996.

GLADINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

\_\_\_\_\_. *Direito e democracia, entre a facticidade e validade*. v. 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. São Paulo: RT, 2013.

TAVARES, André Ramos. A constituição é um documento valorativo? *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.

WERNNECK VIANNA, Luiz et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Data de recebimento: 21/10/17

Data de aprovação: 22/11/17

# A PRÁTICA DAS SWEATSHOPS: UMA REALIDADE NAS OFICINAS DE COSTURA BRASILEIRAS?

## THE PRACTICE OF SWEATSHOPS: A REALITY IN THE SHOPS OF BRAZILIAN SEWING?

Ana Virgínia Moreira Gomes\*

Lara Pinheiro Bezerra\*\*

### RESUMO

Este artigo analisa a prática das *sweatshops* na indústria de confecção do vestuário, centrando seu exame nas oficinas e fábricas de costura dos estados de São Paulo e do Ceará. Inicialmente, o estudo examina as condições e formas de contratação das costureiras nas cadeias produtivas de confeccionados. Em seguida, aborda situações de trabalho forçado e, posteriormente, analisa a adoção de políticas públicas destinadas ao enfrentamento do trabalho informal e precário das costureiras. Por fim, a pesquisa apresenta o modelo de combate às *sweatshops* no contexto internacional. A metodologia da pesquisa é pura quanto ao tipo e a abordagem

---

\* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional e do Curso de Direito da Universidade de Fortaleza. Possui graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará (1994), LL.M na Faculdade de Direito da University of Toronto (2009), doutorado em Direito pela Universidade de São Paulo (2000) e Pós-Doutorado na School of Industrial and Labor Relations da Cornell University (2007). Foi pesquisadora no Centre for Law in the Contemporary Workplace, Queens University, Canadá e professora adjunta na Ted Rogers School of Management, Ryerson University, Canadá. Coordena o Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social na Universidade de Fortaleza. Sua pesquisa atual trata de questões pertinentes às áreas de direito do trabalho, direito internacional e direitos humanos. Seu trabalho se concentra em temas relacionados ao direito sindical, trabalho precário e vulnerável e direitos fundamentais do trabalho. E-mail: avmgomes@gmail.com.

\*\* Mestranda em Direito Constitucional nas Relações Privadas pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Integrante do Núcleo de Estudos em Direito do Trabalho e Seguridade Social (NEDTS) do Programa de Pós-Graduação da Universidade de Fortaleza. Pós-graduada em Processo do Trabalho pela Universidade Estadual Vale do Acaraú – UVA (2009) e em Processo Civil pela Fundação Escola Superior de Advocacia do Ceará – FESAC (2007). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza – UNIFOR (2004). Professora do curso de Graduação em Direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e do Programa de Pós-Graduação em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário da Faculdade Estácio – FIC (Professora visitante). Advogada com experiência em Direito Processual Civil e Direito do Trabalho. E-mail: larapbezerra@yahoo.com.br.

é qualitativa. Quanto aos objetivos a pesquisa é descritiva e exploratória. A coleta de dados é bibliográfica e documental. O artigo conclui ser necessário o envolvimento dos atores sociais para planejar políticas conjuntas, destinadas ao enfrentamento do trabalho precário, com a consequente formalização das empresas e das relações de trabalho.

**Palavras-chave:** Informalidade; Precariedade; Trabalho forçado; Políticas públicas; Indústria de confecção de vestuário.

#### ABSTRACT

This article analyzes the practice of sweatshops in the garment industry, focusing on the workshops and sewing factions of the states of São Paulo and Ceará. Initially, the study examines the conditions and forms of hiring of seamstresses in the ready-made production chains. It then addresses situations of forced labor and, later, analyzes the adoption of public policies aimed at coping with the informal and precarious work of seamstresses. Finally, the research presents the model for fighting sweatshops in the international context. The methodology of the research is pure as to type and the approach is qualitative. Regarding the objectives, the research is descriptive and exploratory. The collection of data is bibliographical and documentary. The article concludes that it is necessary the involvement of social actors to plan joint policies, aimed at tackling precarious work, with the consequent formalization of companies and labor relations.

**Keywords:** Informality; Precariousness; Forced labour; Public policy; Apparel manufacturing industry.

## INTRODUÇÃO

O trabalho digno é garantido nas declarações, nos tratados de direitos humanos, nas convenções da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e também nas constituições dos Estados, a exemplo da Constituição Federal de 1988. Entretanto, relações de trabalho informais e precárias continuam a desafiar políticas públicas nacionais e internacionais. A terceirização e a subcontratação, como estratégias de gestão da força de trabalho, promovidas pela pulverização da produção, resultam em precariedade e vulnerabilidade que atingem um significativo número de trabalhadores, em especial as mulheres. A indústria de confecção de vestuário constitui um importante exemplo dessas práticas.

A informalidade e a precariedade das condições de trabalho, marcadas por jornadas excessivas e exaustivas, péssimas condições de higiene e segurança no local de trabalho, descumprimento dos direitos trabalhistas e ausência de proteção social são práticas recorrentes nas indústrias de confecção de vestuário em vários países, inclusive no Brasil. Tais práticas advêm da reestruturação produtiva, da reorganização econômica e da flexibilização das relações de trabalho que marcam esse setor.

Caracterizado pelo uso intensivo de mão de obra pouco qualificada, alta competitividade, intensa rapidez e variedade de produção, o setor de confecção do vestuário busca a redução de custos trabalhistas como uma vantagem comercial comparativa. Assim, por exemplo, empresas multinacionais descentralizam sua produção na direção de países com ordenamentos trabalhistas mais frágeis, com o intuito de diminuir custos de produção, aumentar suas margens de lucro, ganhar competitividade no mercado globalizado e obter vantagem econômica no comércio internacional.

No caso do Brasil, também importa destacar a conduta consciente e reiterada de empresas que pulverizam a produção, terceirizam e subcontratam trabalhadores e, para tanto, ignoram ou violam padrões laborais mínimos, cometem danos contra os trabalhadores individualmente e prejudicam as empresas com as quais concorrem no mercado, com o claro intuito de se esquivar de eventuais responsabilidades trabalhistas.

Essas estratégias de contratação estão intimamente relacionadas ao trabalho escravo contemporâneo, constituem as principais causas da precarização das relações de trabalho e apontam as mulheres como vítimas frequentes de trabalhos realizados em condições degradantes, notadamente na indústria de confecção do vestuário.<sup>1</sup>

Em São Paulo, cresceram os flagrantes de trabalho forçado em oficinas de costura ilegais que prestavam serviços para grandes marcas da indústria têxtil, aí inserida a indústria de confecções do vestuário. Em muitas dessas, os trabalhadores explorados eram migrantes, em sua maioria vindos da Bolívia, do Haiti e, no âmbito interno, do estado do Maranhão.<sup>2</sup>

De outro lado, no estado do Ceará, as facções de costura tornam-se gradativamente menores e se multiplicam, sendo cada vez mais comum a fragmentação da cadeia produtiva por meio da terceirização e da subcontratação entre as empresas ligadas a etapas distintas do processo de produção, com predomínio de uso da mão de obra feminina.

As oficinas de costura correspondem, na maioria das vezes, a uma extensão do estabelecimento fabril e evidenciam uma continuação da própria residência das costureiras. A oficina de trabalho e o ambiente residencial das costureiras se

---

<sup>1</sup> “Um levantamento realizado pelo auditor fiscal do trabalho Vitor Araújo Figueiras, pós-doutorando em economia pela Universidade de Campinas (Unicamp), mostrou que cerca de 90% dos trabalhadores resgatados nos dez maiores flagrantes de trabalho escravo contemporâneo entre 2010 e 2014 eram terceirizados”. Após setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil. *Repórter Brasil On line*. São Paulo, 23/10/2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/10/apos-setor-textil-cpi-do-trabalho-escravo-de-sao-paulo-pretende-investigar-construcao-civil/>>. Acesso em: 01/07/2015.

<sup>2</sup> APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil.

confundem. Essas trabalhadoras cumprem longas jornadas de trabalho para atingir metas de produção e realizam suas atividades em ambiente desprovido de condições adequadas de higiene, saúde e segurança, em flagrante afronta aos direitos humanos e fundamentais.<sup>3</sup>

Partindo-se dessas premissas, esse artigo busca o enfrentamento das seguintes questões: a) As oficinas de costura do estado de São Paulo e as fábricas de costura do estado do Ceará constituem expressões das *sweatshops no contexto brasileiro*? b) O trabalho desenvolvido nas oficinas de costura de São Paulo e nas fábricas de costura do Ceará representam manifestações do trabalho forçado urbano? c) Até que ponto as formas de contratação das mulheres que trabalham nas oficinas e fábricas de costura estão sendo observadas pelas políticas públicas brasileiras dos estados de São Paulo e do Ceará?

Este artigo analisa, inicialmente, o modelo de contratação das trabalhadoras nas oficinas de costura do estado de São Paulo e nas fábricas de costura no estado do Ceará com implicações significativas na estruturação do mercado de trabalho e nas formas de contratação das costureiras.

Em seguida, o estudo investiga até que ponto o trabalho dessas costureiras pode ser considerado uma expressão do trabalho forçado urbano e, para tanto, a pesquisa centra seu exame no conceito de trabalho forçado adotado pela Organização Internacional do Trabalho e no conceito de “trabalho em condições análogas à de escravo” previsto no art. 149 do Código Penal brasileiro.

O artigo sugere que as oficinas de costura do estado de São Paulo e as fábricas de costura cearenses constituem um exemplo de *sweatshops*<sup>4</sup> no contexto brasi-

---

<sup>3</sup> Para Ana Maria D'Ávila Lopes, “os direitos fundamentais podem ser definidos como os princípios jurídica e positivamente vigentes em uma ordem constitucional que traduzem a concepção de dignidade humana de uma sociedade e legitimam o sistema jurídico estatal”. Segundo a mesma autora, “os direitos humanos” são os princípios que “resumem a concepção de uma convivência digna, livre e igual de todos os seres humanos, válidos para todos os povos e em todos os tempos. Direitos fundamentais, ao contrário, são direitos jurídica e constitucionalmente garantidos e limitados espacial e temporalmente”. LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

<sup>4</sup> O termo *sweatshop*, em inglês, correspondente ao local onde se desenvolve o *sweating system*. Significa algo entre o âmbito residencial e a oficina de trabalho do obreiro. Compreende o âmbito da oficina de trabalho como extensão do estabelecimento fabril, sem as condições de controle e proteção da planta industrial. Representa uma continuação da própria residência do trabalhador. A promiscuidade entre o local de trabalho e a residência, albergando diversas famílias e/ou pessoas ao mesmo tempo de forma aglomerada, as longas jornadas exaustivas, além do pagamento irrisório por peça e aviltantes ou inexistentes condições de higiene e segurança no trabalho são, de fato, as principais características dos *sweatshops*. Por esses motivos, tornam-se verdadeiros locais escondidos nos quais não se respeitam os direitos fundamentais do trabalhador, já que nesses locais de trabalho o dono da planta e chefe da casa é o senhor da vida e da morte de seus obreiros. Ao mesmo tempo “pai” e patrão. Nesse sentido, THE ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *A dictionary of arts, science, literature and general information. 19th Edition. Submarine mines to Tom-Tom*. New York: Cambridge University, England, 1911, v. XXVI, p. 187-188.

leiro. *Outrossim, indica que* as condições de trabalho vivenciadas nesses espaços, destinados à produção de confeccionados, caracterizam, muitas vezes, uma forma de trabalho escravo, de acordo com a legislação brasileira.

Esta pesquisa aponta, ainda, o desenvolvimento de políticas públicas nos estados de São Paulo e do Ceará destinadas ao enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, com ênfase na adoção de medidas destinadas a transformar o trabalho informal e precário das costureiras em ocupações de qualidade.

Por fim, o estudo examina importantes estratégias de combate às *sweatshops* no contexto internacional, destacando o programa *Better Factories Cambodia* que contribuiu para o desenvolvimento do programa *Better Work* –, uma iniciativa da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e da *International Finance Corporation (IFC)* – com foco nas mulheres e em questões que são específicas das trabalhadoras na indústria de vestuário.

Em relação aos aspectos metodológicos, o tipo da pesquisa é pura, pois foi realizada com o objetivo de aumentar o conhecimento da pesquisadora sobre o tema, entender e explicar melhor o assunto, sem desconsiderar a possibilidade de aplicação dos resultados obtidos na elaboração de políticas públicas destinadas à eliminação das formas de trabalho informal e precário das costureiras na indústria de confecção do vestuário.

Quanto à abordagem, é qualitativa, pois não busca critérios de representatividade numérica, mas sim examinar a realidade que envolve o tema em estudo, utilizando como paradigmas normativos as declarações e os pactos internacionais de direitos humanos, as convenções da OIT, a Constituição Federal de 1988, a legislação trabalhista nacional e o Código Penal brasileiro.

No que tange aos objetivos, a pesquisa é descritiva, por tentar interpretar e descrever o fenômeno ora em estudo, e exploratória, na medida em que busca maior entendimento do problema estudado, com vistas a torná-lo mais explícito ou com a finalidade de construir hipóteses.

No que se refere à coleta de dados, a pesquisa é bibliográfica, haja vista que se pautou na análise de títulos nacionais e estrangeiros, tendo como parâmetro a literatura já publicada em forma de artigos, dissertações, teses, livros, revistas e publicações avulsas; e documental, considerando que foi feito o exame de normas jurídicas no âmbito internacional e aquelas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro que versam sobre o tema estudado, tanto em âmbito constitucional, como infraconstitucional, além de dados existentes na base oficial da OIT, de dados estatísticos obtidos pelos institutos de pesquisa e de relatórios do *Better Work*, um programa em parceria com a OIT e a *International Finance Corporation (IFC)*.

## AS SWEATSHOPS BRASILEIRAS: ESCONDERIJOS DA INFORMALIDADE E DA PRECARIEDADE DAS RELAÇÕES DE TRABALHO

Denúncias internacionais contra as *sweatshops* (“lojas de suor” ou “suadoudouros”, numa tradução aproximada) crescem anualmente, envolvendo empresas que se utilizam de trabalho<sup>5</sup> caracterizado por baixos salários, jornadas excessivas e exaustivas, situações extremas de opressão, ausência de proteção trabalhista, desprovidas dos benefícios da seguridade social, em flagrante desrespeito à segurança, à saúde e ao bem-estar dos trabalhadores. Empresas multinacionais aproveitam-se da fragilidade das leis trabalhistas e da fiscalização insuficiente em países em desenvolvimento, principalmente na Ásia, na África e na América Latina.<sup>6</sup> Um exemplo importante das *sweatshops* é o trabalho realizado na indústria de confecção de vestuário.<sup>7</sup>

No Brasil, percebe-se a prática contumaz de empresas da área de vestuário que expõem trabalhadores a jornadas exaustivas, sem pagamento de horas extras e sem descanso semanal, ambientes de trabalho insalubres e contratação sem o reconhecimento do vínculo empregatício, a fim de evitar a incidência de encargos sociais sobre parte da remuneração do empregado. Assim, as indústrias de confecção maiores flexibilizam suas estruturas organizacionais para reduzir

---

<sup>5</sup> Tomando o exemplo da Apple, Holdcroft destaca que “En el último trimestre de 2014 Apple obtuvo la mayor ganancia trimestral conseguida en la historia por una empresa: 18.000 millones de dólares estadounidenses. Además, cuenta con una reserva de efectivo de 142.000 millones de dólares. Entretanto, los trabajadores que están en el origen de la producción que genera esas ganancias sin precedentes reciben solo 4 dólares por fabricar un equipo de telefonía móvil iPhone 6 cuyo precio de venta en los Estados Unidos es de 649 dólares”. HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Transformar las relaciones laborales de las cadenas de suministro. *Boletín Internacional de Investigación Sindical*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 7, n. 1-2, p. 105-115, dic. 2015, p. 106. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed\\_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms\\_433861.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/-ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_433861.pdf)>. Acesso em: 10/01/2016.

<sup>6</sup> Embora instaladas predominantemente nesses países, as *sweatshops* também estão presentes em países do leste Europeu e existem até mesmo nos Estados Unidos. *SWEATSHOPS exploração moderna*. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/vies/vies/sweatshops-exploracao-moderna/>>. Acesso em: 11/06/2015.

<sup>7</sup> PEDIDOS de socorro contra trabalho escravo são encontrados em roupas de grife inglesa. *O Estado de S.Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios,pedidos-de-socorro-contratrabalho-escravo-sao-encontrados-em-roupas-de-grife-inglesa,1518821>>. Acesso em: 11/06/2015.

BOICOTES não acabam com trabalho semiescravo. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/boicotes-nao-acabam-com-trabalho-semiescravo/>>. Acesso em: 11/06/2015. Para Holdcroft: “En las cadenas de suministro de la industria de la confección, las condiciones laborales de explotación son la norma. Los obreros son forzados a trabajar largas jornadas –que van a menudo mucho más allá de los límites establecidos por ley– a cambio de salarios de pobreza y en condiciones que violan hasta la más baja de las normas de salud y seguridad en el trabajo (SST).” HOLDCROFT, Jenny. *Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro*, p. 106-107.

custos de produção, ampliar suas margens de lucro e ganhar competitividade no mercado global.<sup>8</sup>

*Nota-se na indústria de confecção do vestuário* um processo de reestruturação produtiva que se caracteriza pela expansão de formas de contratação mais inseguras, no qual as confecções maiores subcontratam ou terceirizam parte de sua produção a diversos outros núcleos produtivos menores, conhecidas como *facções*<sup>9</sup> de costura que, não raras vezes, distribuem a produção para costureiras domiciliares. Dessa forma, muitas roupas são fabricadas por empresas integrantes da cadeia produtiva, com o uso de mão de obra em condições precárias, desprovidas de proteção aos direitos humanos e fundamentais dos trabalhadores.

Uma série de denúncias feitas pelo Ministério Público do Trabalho sobre casos de trabalhos forçados<sup>10</sup> envolvendo migrantes, em sua maioria vindo de países como Bolívia, Paraguai, Peru e Haiti, para trabalhar em fábricas ilegais de costura em São Paulo, evidencia que a prática das *sweatshops* não é desconhecida dos brasileiros naquela localidade. Muitas vezes, para chegar a São Paulo, esses trabalhadores acabam contraindo dívidas<sup>11</sup> referentes a despesas com viagem e documentos,<sup>12</sup> além de valores que são obrigados a pagar pela comida diária e alojamentos, descontados dos baixos salários, o que caracteriza servidão por dívida e restrição à liberdade de locomoção.

---

<sup>8</sup> MATOS, Juliane Oliveira. *Os sentidos do trabalho: a experiência de trabalhadoras de facções de costura da indústria de confecções no Ceará*. 2008. 131p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2008.

<sup>9</sup> *Facção*, do francês “*façon*” (feito, criação, invenção, aparência, maneira de fazer, amanho, mão de obra), também significa trabalho com a matéria-prima fornecida pelo cliente “à sa” (à sua maneira, a seu modo).

<sup>10</sup> Conforme Andress, “O trabalho forçado ocorre muitas vezes como resultado do tráfico de pessoas (ou tráfico humano) e envolve a deslocação de uma pessoa, geralmente através de fronteiras, para efeitos de exploração. [...] É importante compreender que nem todo trabalho forçado resulta do tráfico de pessoas”. ANDRESS, Beate. *Trabalho forçado e tráfico de pessoas: um manual para os inspetores do trabalho*. Genebra, 2008, p. 5. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/trabalho\\_forcado\\_trafico\\_pessoas.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/trabalho_forcado_trafico_pessoas.pdf)>. Acesso em: 05/07/2015.

<sup>11</sup> “Desde a fase inicial (de aliciamento/recrutamento) os pequenos adiantamentos em dinheiro, o pagamento de dívidas já contraídas pelo trabalhador em pensões, eventuais despesas com a viagem até o local da prestação de serviços, entre outras, são anotadas pelo aliciador. No decorrer da atividade laboral, estes são adicionadas àquelas outras despesas com ferramentas, alimentação, remédios, bebidas alcoólicas, etc., a preços superfaturados. Essa dívida é crescente e impagável e, portanto, constitui um dos grilhões que mantém o trabalhador em regime de servidão [...] ao lado de outras estratégias como a vigilância armada, ameaças, violência física e situação geográfica da propriedade”. BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. *Trabalho escravo no Brasil em retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Brasília: MTE, 2012. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec\\_trab\\_escravo.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_trab_escravo.pdf)>. Acesso em: 20/06/2015.

<sup>12</sup> “Na fase de recrutamento o aliciador se apodera dos documentos do trabalhador (especialmente, embora não somente, a Carteira de Trabalho e Previdência Social – CTPS e documentos originais de identidade), ao tempo em que inicia a anotação de despesas no “caderno da dívida”. Esses documentos ficam retidos pelo intermediário ou preposto do empregador durante o curso da prestação laboral.” BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. *Trabalho escravo no Brasil em retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*.

Outro ponto importante é que a prática das *sweatshops no contexto brasileiro não atinge apenas marcas populares*. Marcas de luxo, como Zara<sup>13</sup> e M. Officer,<sup>14</sup> foram denunciadas em São Paulo, nos últimos anos, pela utilização de trabalho escravo em sua cadeia produtiva.<sup>15</sup> Esse fato indica que a estratégia da desterritorialização da fábrica, descentralização da produção e exploração do trabalho se disseminou na indústria de confecção do vestuário.

Outrossim, encontram-se semelhantes elementos de vulnerabilidade e precariedade das relações de trabalho no polo da indústria de confecções do vestuário no estado do Ceará. A atividade é marcada pela competitividade acirrada no mercado, sazonalidade da produção, demanda assegurada o ano todo e emprego intensivo de mão de obra feminina. O setor se caracteriza ainda pela intensa fragmentação da cadeia produtiva, com predomínio de micro e pequenas empresas que se utilizam da terceirização e da subcontratação, criando uma rede entre as empresas integrantes da cadeia de fornecimento.

Desse modo, as indústrias de confecção maiores “criam a sua coleção, efetuam os cortes das peças e encaminham para outras indústrias de confecção menores”, denominadas facções de costura, contratadas para montar as roupas, devolvendo em seguida, para a indústria maior, que “confere as peças, padroniza a qualidade e comercializa os produtos”.<sup>16</sup> Nesse processo, as relações de trabalho das costureiras passaram a se caracterizar pela extrema informalidade<sup>17</sup> e

---

<sup>13</sup> EM CPI Zara admite que havia trabalho escravo em sua cadeia produtiva. *Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/em-cpi-zara-admite-que-havia-trabalho-escravo-em-sua-cadeia-produtiva-12558717>>. Acesso em: 12/05/2016.

<sup>14</sup> DONA da M. Officer e condenada por trabalho escravo. *O Estado de S.Paulo*. Disponível em: <<http://vida-estilho.estadao.com.br/noticias/moda,m5-textil-dona-da-mofficer-e-condenada-por-trabalho-escravo,1598373>>. Acesso em: 12/05/2016. FISCALIS flagram bolivianos em situação semelhante escravidão em SP. *Globo*, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/fiscais-flagram-bolivianos-em-situacao-semelhante-escravidao-em-sp.html>>. Acesso em: 12/06/2016.

<sup>15</sup> A região do Seridó, no semiárido do Rio Grande do Norte, também se destaca pela presença de pequenas oficinas de costuras terceirizadas, denominadas facções de costura. Grandes marcas da moda como Hering e Guararapes Confecções, do Grupo Riachuelo terceirizam parte da produção e se expandem para oficinas de costura no semiárido potiguar. Na região do Seridó, há poucos empregos formais, pois a população sofre com o longo período de seca que prejudica a economia agrícola tradicional, o que facilita a produção de roupas por uma população vulnerável, tendente a aceitar condições precárias de trabalho, com jornadas excessivas, trabalho sem registro em carteira e salários abaixo do mínimo permitido pela lei. Roupas da Hering e Riachuelo vem de oficinas terceirizadas no sertão. Repórter Brasil. Rio Grande do Norte, 2015. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2015/12/roupas-da-hering-e-riachuelo-vem-de-oficinas-terceirizadas-no-sertao/>>. Acesso em: 19/01/2015.

<sup>16</sup> SERVIÇO Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas – Sebrae. *Ideias de negócio: como montar um serviço de confecção*, 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/Como-montar-um-servi%C3%A7o-de-fac%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03/04/2015.

<sup>17</sup> “Trabalho informal corresponde a todo tipo de trabalho exercido à margem das legislações vigentes ou no vazio institucional criado pelas mudanças socioeconômicas em curso.” ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília, 2010. p. 7. Disponível em:

precariedade.<sup>18</sup> As fábricas menores, formais ou informais, chamadas facções de costura, nada mais são que *sweatshops contemporâneas*.

As faccionistas cearenses executam seus serviços por meio de vínculos formais ou informais.<sup>19</sup> Dentre as formas de relação de trabalho, observam-se o trabalho em domicílio, as relações triangulares, o trabalho autônomo, o contrato de trabalho por prazo determinado, a contratação como pessoa jurídica, os contratos temporários, os serviços avulsos, o pagamento mensal ou por peças confeccionadas. Os proprietários das fábricas, “aproveitando certas brechas e a fragilidade das regulações do trabalho, utilizam essas formas de relação de trabalho para reduzir custos, dividir responsabilidades e ter liberdade para realizar ajustes conforme o nível da demanda”.<sup>20</sup>

As facções de costura cearenses, em sua grande maioria, funcionam em pequenos galpões, por vezes construídos no terreno da própria casa do empregador, ou descentralizadas nas residências das trabalhadoras. Autênticos esconderijos da informalidade e da precariedade das relações de trabalho, as *sweatshops* cearenses são constituídas por mulheres trabalhadoras subcontratadas, terceirizadas, temporárias e sazonais, produzindo de acordo com as necessidades de demanda da empresa contratante, sob a cortina da invisibilidade e clandestinidade.

Na indústria de confecção de vestuário cearense, percebe-se que as costureiras, despedidas em razão da reestruturação da produção do setor de confecção, tendem a continuar exercendo sua atividade para empresas de confecção ou facções de costura terceirizadas ou subcontratadas pela grande empresa ou executam seus

---

<[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour\\_inspection/pub/trabalho\\_escravo\\_inspecao\\_279.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf)>. Acesso em: 15/07/2015.

<sup>18</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Economic security for a better world: programme on socio-economic security. Geneva: ILO, 2004. O modelo da ILO/OIT identifica sete variáveis que caracterizam o trabalho precário, dividindo-se entre dimensões de insegurança e de precariedade. Cinco dimensões de precariedade referem-se diretamente a insegurança, são elas: a) falta de oportunidades de emprego; b) proteção inadequada contra a perda de emprego ou despedida arbitrária; c) inabilidade de continuar em uma ocupação particular devido à falta de delimitações de ofício e qualificações de trabalho; d) condições precárias de segurança ocupacional e saúde; e) falta de acesso à educação básica e treinamento vocacional. As outras duas dimensões, referem-se à precariedade: f) nível inadequado de renda; nenhuma garantia de recebimento ou expectativa de um nível adequado de renda atual e futura; e g) falta de direitos individuais em leis e de direitos coletivos para negociar.

<sup>19</sup> Algumas facções possuem trabalhadoras formais, mas, geralmente, mesclam vínculos formais e informais que servem justamente para reduzir custos, aumentar os lucros, contribuindo para a precarização das relações de trabalho. MATOS, Juliane Oliveira. Os sentidos do trabalho: a experiência de trabalhadoras de facções de costura da indústria de confecções no Ceará, p. 48.

<sup>20</sup> KREIN, José Dari; PRONI, Marcelo Weishaupt. Economia informal: aspectos conceituais e teóricos. Escritório da OIT no Brasil. Brasília: OIT, 2010, p. 31 (Série Trabalho Decente no Brasil; Documento de trabalho n. 4). Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/economia\\_informal\\_241.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/economia_informal_241.pdf)>. Acesso em: 19/02/2015.

serviços em suas próprias casas, sozinhas ou com a ajuda de colegas e familiares, de modo geralmente informal, como parte de uma rede de fornecimento.

As faccionistas cearenses, a fim de se manterem no mercado de trabalho, têm se submetido à realização de trabalhos sem vínculo formal de emprego, recebimento de remuneração menor que a de uma empregada formal, condições de trabalho degradantes, jornadas excessivas e exaustivas, em razão do baixo valor pago por peça produzida e devido aos prazos de entrega estabelecidos pelas indústrias maiores, sem benefícios e garantias de seguridade social.<sup>21</sup>

Muitas dessas mulheres ainda experimentam, sozinhas, a responsabilidade pelos afazeres domésticos e o cuidado com os filhos e, por essa razão, optam por empregos em que possam compatibilizar a vida profissional com as tarefas da casa. Algumas dessas relações de trabalho vivenciadas pelas costureiras *podem ser caracterizadas como uma forma de trabalho escravo. Mas, afinal, o que é trabalho escravo?*

Antes de examinar o conceito de trabalho escravo adotado pelo Código Penal brasileiro, o presente estudo apresenta o conceito de trabalho forçado utilizado pela Organização Internacional do Trabalho. O trabalho forçado é definido nos termos do art. 2, 1, da Convenção n. 29 da OIT, como “todo o trabalho ou serviço exigido a um indivíduo, sob ameaça de um castigo, e para o qual o dito indivíduo não se tenha oferecido voluntariamente”.<sup>22</sup> A Convenção

---

<sup>21</sup> Holdcroft ao referir-se a indústria do vestuário mundial destaca que “El sueldo de la mayoría de los trabajadores de la confección no es más alto que el salario mínimo de sus respectivos países, el que en muchos casos está bastante por debajo del nivel de subsistencia. En los países en que el salario mínimo es establecido por sector, los salarios para los trabajadores textiles y de la confección son siempre inferiores a los de las demás industrias. Los promedios salariales globales de la industria textil y la de confección son respectivamente el 24 y el 35 por ciento más bajos que el promedio salarial de la industria manufacturera.” Acrescenta a autora que “Las horas de trabajo excesivas son otro problema persistente y arraigado. Los picos de producción se manejan sobre la base de un exceso de horas extraordinarias. Los trabajadores son compelidos a trabajar jornadas extremadamente largas con el objetivo de complementar sus ingresos básicos para alcanzar un monto con el que puedan sostenerse a sí mismos y a sus familias. La cuestión es que, incluso cuando trabajan horas extras excesivas, muchos trabajadores siguen siendo incapaces de cumplir con ese objetivo”. HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, p. 107.

<sup>22</sup> A Organização Internacional do Trabalho adotou um Protocolo internacional sobre trabalho forçado, legalmente vinculante, para reforçar a luta contra o trabalho forçado em todo o mundo. O protocolo foi adotado em junho de 2014 pela 103ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra e atualiza a Convenção n. 29 da OIT sobre Trabalho Forçado, norma internacional aprovada em 1930, com o objetivo de melhor tratar os abusos contemporâneos, incluindo os abusos contra os migrantes e no setor privado. “As medidas de prevenção no novo Protocolo do Trabalho Forçado incluem a criação de planos de ação nacionais, a ampliação das leis trabalhistas para os setores em risco de trabalho forçado, melhoria das inspeções do trabalho e proteção dos trabalhadores migrantes com relação a práticas de recrutamento com base na exploração. Também exige que os governos apoiem a devida diligência por parte das empresas para prevenir e reagir ao trabalho forçado em suas operações. Além disso, determina que os governos tomem medidas para identificar, liberar e prestar assistência às vítimas de trabalho forçado, bem como protegê-las de retaliações”. CAMPOS, André; HUIJSTEE; Mariëtte van; THEUWS, Martje. Da responsabilidade moral à responsabilização jurídica? As

n. 105, de 1957, complementa a Convenção n. 29 e invoca à “erradicação imediata e completa do trabalho forçado ou obrigatório”.<sup>23</sup>

Em situações de trabalho forçado, os trabalhadores, vítimas de falsas promessas acerca das condições de trabalho, não possuem a liberdade para estabelecer uma relação na qual seus direitos são respeitados. O consentimento livre e esclarecido desses trabalhadores para assumir o emprego e sua liberdade para revogar um acordo estabelecido a qualquer momento são tolhidos pela possibilidade de denúncias às autoridades competentes e pela conseqüente deportação ou alguma outra forma de retaliação.<sup>24</sup> Esses trabalhadores assumem “um trabalho ou serviço contra a sua liberdade de escolha, e não podem deixá-lo sem serem penalizados ou sofrerem ameaças de penalidades”.<sup>25</sup>

Embora, na prática, o trabalho forçado assuma várias formas,<sup>26</sup> a exemplo da servidão por dívidas,<sup>27</sup> tráfico de pessoas,<sup>28</sup> trabalho irregular de estrangeiros,<sup>29</sup>

---

condições de escravidão moderna na cadeia global de suprimentos da indústria do vestuário e a necessidade de fortalecer os marcos regulatórios: o caso da Inditex-Zara no Brasil. Amsterdã, 2015, p. 24. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Reporter-Brasil-web-P.pdf>> Acesso em: 05/06/2015.

<sup>23</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Conferência Internacional do Trabalho, 103ª Sessão. Genebra, 2014, p. 12. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio103\\_ivl\\_pt.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio103_ivl_pt.pdf)> Acesso em: 25/06/2015.

<sup>24</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Combate ao trabalho escravo: um manual para empregadores e empresas. Brasília, 2011, p. 12. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)> Acesso em: 25/06/2015.

<sup>25</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Conferência Internacional do Trabalho, 103ª Sessão. Genebra, p. 13.

<sup>26</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. Conferência Internacional do Trabalho, 103ª Sessão. Genebra, p. 6.

<sup>27</sup> Com base em um sistema complexo de contratação e subcontratação, em que o patronato retira a sua fatia destes trabalhadores endividados, alguns deles trabalhando durante anos sem receber qualquer rendimento substancial. ANDRESS, Beate. Trabalho forçado e tráfico de pessoas: um manual para os inspetores do trabalho.

<sup>28</sup> Por “tráfico de pessoas” entende-se o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou de situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. A exploração deverá incluir, pelo menos, a exploração da prostituição e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000. Brasília, DF, 2004. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)>. Acesso em: 05/07/2004.

<sup>29</sup> Os trabalhadores migrantes, em especial os que se encontram em situação irregular, trabalham sobretudo na construção, na agricultura, no trabalho fabril e em outros sectores, onde muitas vezes estão sujeitos a condições de trabalho piores que as dos outros trabalhadores. *Ibid.*, 2008, p. 10.

o trabalho forçado apresenta muitas características comuns: os agressores aproveitam-se de pessoas vulneráveis, indefesas e desprotegidas e, entre os meios de coerção utilizados, estão as ameaças de denúncia às autoridades ou alguma outra forma de chantagem emocional, violência física ou psicológica, retenção de documentos de identidade, confinamento, retenção ou não pagamento de salários.<sup>30</sup>

No entanto, o artigo 149 do Código Penal brasileiro, alterado pela Lei n. 10.803/2003, adotou o conceito de “trabalho análogo ao de escravo”, com um caráter mais abrangente que o conceito de trabalho forçado estabelecido nas normas da OIT sobre o tema.<sup>31</sup> O trabalho em condição análoga à de escravo é tipificado penalmente em quatro condutas específicas: a) sujeição da vítima a trabalhos forçados; b) sujeição da vítima a jornada exaustiva;<sup>32</sup> c) sujeição da vítima a condições degradantes;<sup>33</sup> d) restrição, por qualquer meio, da locomoção da vítima em razão de dívida contraída com o preposto ou empregador.<sup>34</sup>

Diferentemente das denúncias verificadas no estado de São Paulo envolvendo migrantes, ainda não se tem conhecimento de crime de tráfico de pessoas para fins de exploração laboral nas facções de costura cearenses, nem tampouco do trabalho forçado, envolvendo a restrição à liberdade de locomoção.

As costureiras faccionistas e domiciliares não estão realizando suas tarefas sob forma de coação ou engano, retidas no local de trabalho mediante prisão ou cárcere privado, vítimas de restrição de locomoção em razão de dívidas, mas sim porque encontram nas facções de costura e no trabalho em domicílio uma alternativa para a situação de desemprego, uma forma de conciliar o trabalho com as

---

<sup>30</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Combate ao trabalho escravo: um manual para empregadores e empresas, p. 13.

<sup>31</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo.

<sup>32</sup> Orientação n. 3 da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – Conaete: “Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade”. BRASIL. Ministério Público do Trabalho – MPE. Cartilha do trabalho escravo. Ministério Público do Trabalho. Brasília: MPE, 2015. Disponível em: <[www.mpt.gov.br](http://www.mpt.gov.br)>. Acesso em: 19/02/2015.

<sup>33</sup> Orientação n. 4 da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo – Conaete: “Condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador.” BRASIL. Ministério Público do Trabalho – MPE. Cartilha do trabalho escravo.

<sup>34</sup> BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>> Acesso em: 20/06/2015.

tarefas domésticas e o cuidado com os filhos, além de meio para manter uma renda própria – ou seja, uma estratégia de sobrevivência.

Como ressaltado, o art. 149 do Código Penal brasileiro não limita o crime de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” à hipótese de restrição de liberdade. Faz referência também ao trabalho degradante e à jornada exaustiva, descrevendo espécies do gênero “trabalho em condições análogas à de escravo”.

O trabalho informal nas facções de costura e no trabalho em domicílio destinado à produção do vestuário cearense é realizado em condições degradantes, em desrespeito a direitos trabalhistas fundamentais das trabalhadoras, tais como “garantias mínimas de saúde e segurança no trabalho, além da ausência de condições mínimas de trabalho, de moradia, higiene, respeito e alimentação”.<sup>35</sup>

As normas trabalhistas que estabelecem limites, intervalos e pausas nas jornadas de trabalho com vistas a preservar a integridade física e psíquica das costureiras faccionistas e domiciliares também são desrespeitadas. A fadiga provocada pelo ritmo intenso da produção e pelas condições ambientais, nas quais o labor é realizado, constitui, indiscutivelmente, desrespeito ao direito das trabalhadoras.

A expressa menção no art. 149 do Código Penal brasileiro, ao estabelecer o modo pelo qual o trabalho em condições análogas à de escravo se materializa – trabalhos forçados, jornadas exaustivas, condições degradantes e servidão por dívida –, evidencia que o Código Penal brasileiro adotou conceito mais abrangente que o conceito de trabalho forçado preconizado nas normas da OIT, não se restringindo ao cerceio do direito de liberdade de locomoção. A tutela pretendida já não é mais a liberdade, e sim a dignidade da pessoa do trabalhador.

Portanto, nas situações de trabalhos realizados em condições degradantes, em desrespeito aos direitos mínimos do trabalhador e nas hipóteses de sujeição do obreiro a jornadas exaustivas, como se apresenta o trabalho das costureiras nas facções de costura e oficinas domiciliares cearenses, o trabalho em condições análogas à de escravo também se materializa.

Nesse contexto, o amparo legal às ações de combate ao trabalho escravo contemporâneo e que impõe ao Estado brasileiro a adoção de medidas legislativas e administrativas tendentes à prevenção e à repressão de tal prática encontra fundamento nas declarações, nos pactos internacionais de direitos humanos, nas convenções da OIT, especialmente nas convenções 29 e 105, na Constituição Federal de 1988 e no Código Penal brasileiro.

---

<sup>35</sup> BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação. São Paulo: LTr, 2006. p. 132.

## O COMBATE À INFORMALIDADE E À PRECARIIDADE DO TRABALHO NA INDÚSTRIA DE CONFECÇÃO DE VESTUÁRIO BRASILEIRA: UMA ANÁLISE DAS MEDIDAS ADOTADAS PELOS ESTADOS DE SÃO PAULO E DO CEARÁ

Notícias e investigações sobre indústrias de confecções de vestuário que utilizam mão de obra análoga à de escravo ainda são recorrentes no Brasil.<sup>36</sup> Este artigo busca apontar a efetivação de políticas públicas adotadas pelos estados de São Paulo e do Ceará, com foco no enfrentamento à contratação das mulheres vítimas de trabalho análogo ao de escravo nas oficinas e facções de costura, por meio de redes de subcontratação e do trabalho informal em domicílio.

### As oficinas de costura do estado de São Paulo

Além das formas precárias de contratação nas oficinas de costura, é possível perceber também os fluxos da migração ilegal de jovens adultos, com baixa ou nenhuma formação escolar e, na sua maioria, provenientes de localidades rurais de seus países de origem, à procura de melhores condições de vida, de emprego e de moradia. Como exemplo desse processo migratório, temos os bolivianos que migram para o estado de São Paulo com o objetivo de trabalhar nas oficinas de costura. Para esses jovens, as fábricas e as oficinas de costura caracterizam a sua primeira oportunidade de trabalho.

As principais oportunidades de trabalho dessas pessoas se encontram na indústria de confecção de vestuário, notadamente pequenas empresas localizadas na zona central da cidade de São Paulo, além de outras situadas na Zona Norte e Leste da cidade. Os empregadores são brasileiros, coreanos ou, mesmo, bolivianos. Iludidos pela oportunidade de emprego e deslumbrados pela expectativa de uma vida melhor, esses imigrantes se deslocam para o Brasil sem avaliar a relação de dependência em que estão inseridos. Nesse fluxo migratório irregular de trabalhadores estrangeiros, encontram-se cidadãos da Bolívia e também do Paraguai, Peru e outros países fronteiriços ou não com o Brasil.<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> BRASIL é condenado no âmbito da OEA em caso de trabalho escravo. Blog do Sakamoto, 2016. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/12/15/brasil-e-condenado-no-ambito-da-oea-em-caso-de-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 19/12/2016. M. OFFICER é condenada a pagar R\$ 6 mi por casos de escravidão contemporânea. Blog do Sakamoto, 2016. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/11/06/m-officer-e-condenada-a-pagar-r-6-mi-por-casos-de-escravidao-contemporanea/>>. Acesso em: 19/12/2016. CONDENAÇÃO do grupo Riachuelo revela o adoecimento das trabalhadoras da moda. Repórter Brasil. Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2016/01/condenacao-do-grupo-riachuelo-revela-o-adoecimento-das-trabalhadoras-da-moda/>>. Acesso em: 19/12/2016.

<sup>37</sup> Pompeu, Cartaxo e Cardoso destacam o crescente fluxo de deslocamento humano oriundo da Colômbia, Bolívia, Paraguai, Peru e Venezuela em direção ao Brasil. Comentam a necessidade

Verifica-se também, nesse processo migratório, a utilização de trabalho análogo ao de escravo, na espécie de servidão por dívida, por exemplo. São comuns os maus tratos, precárias condições de segurança e saúde, espancamentos, coação física e moral dos trabalhadores, dependentes do aliciador e submissos ao dono da oficina. Crescentemente endividados, sem receber qualquer remuneração durante anos de trabalho, trabalhadores são submetidos a jornadas de trabalho excessivas e exaustivas e condições degradantes de trabalho.

Os donos de oficinas de costura, preocupados em aumentar os lucros e diminuir os custos da produção, desrespeitam direitos humanos e trabalhistas. Aproveitam-se do baixo nível de escolaridade; da falta dos documentos dos estrangeiros, em virtude da informalidade que permeia o processo migratório e da falta de controle das autoridades de fronteira; do desconhecimento das leis nacionais e da falta de conhecimento dos seus direitos, atribuindo aos trabalhadores dívidas intermináveis que impossibilitam sua desvinculação com o aliciador e o dono da oficina.

O enfrentamento ao trabalho escravo, a repressão ao trabalho forçado e o combate ao tráfico de pessoas são objeto de medidas por parte do governo brasileiro, que tem adotado políticas públicas para identificar, prevenir e combater violações aos direitos dos trabalhadores. Dentre essas medidas, destaca-se o Programa de Erradicação do Trabalho Forçado e do Aliciamento de Trabalhadores (Perfor), instituído pelo Decreto n. 17, de 3 de setembro de 1992; o Grupo Especial de Fiscalização Móvel – GEFM (Portarias n. 549 e 550, de 14/06/1995), criado em 1995, para atuação específica no meio rural e investigação de denúncias de trabalho escravo; e o Grupo Executivo de Repressão ao Trabalho Forçado (Gertraf), criado pelo decreto presidencial n. 1.538, de 27/06/1995.

Ressalta-se, ainda, como política de combate, o I Plano Nacional de Enfrentamento ao Trabalho Escravo (I Pnete), lançado em 2003. Nesse plano, fundamenta-se a criação da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae), criada em 2003 e, posteriormente, as Comissões Estaduais para a Erradicação do Trabalho Escravo (Coetraes).

Por fim, evidenciam-se como políticas de enfrentamento o Pacto Nacional de Combate ao Trabalho Escravo, lançado em 2005; o II Plano Nacional de Enfrentamento ao Trabalho Escravo (II Pnete), instituído em 2008, e o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, por meio de decreto presidencial, em 2008.

---

de esses imigrantes de conseguir emprego no país, cujos setores destinatários dessa mão de obra são o da agricultura, alimentação, construção, têxtil e vestuário. POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARTAXO, Marina Andrade; CARDOSO, Nardejane Martins. Políticas públicas, trabalho e fronteiras. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 8, n. 4, 2014, p. 251-256. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/290/146>>. Acesso em: 11/06/2015.

Além de embasar a criação da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo (Conatrae) e, mais tarde, as Comissões Estaduais para Erradicação do Trabalho Escravo (Coetraes), salientam-se, dentre as principais medidas adotadas pelo PNETE, a estruturação do Grupo de Fiscalização Móvel (GM); a inclusão de medidas de reinserção social, como o seguro-desemprego; o direito a documentos de identidade; a proibição aos empregadores que utilizam mão de obra escrava ou se beneficiam do trabalho forçado de receber empréstimos por parte de entidades privadas e públicas, e de assinar qualquer contrato com uma entidade pública; a possibilidade de expropriação de propriedade como consequência da utilização de trabalho escravo prevista pela Emenda Constitucional n. 81, de 5 de junho de 2014, bem como a formação profissional para os trabalhadores resgatados do trabalho forçado.

Associado ao Grupo de Fiscalização Móvel, a criação do Cadastro de Empregadores, instituído pela Portaria MTE n. 540, de 19 de outubro de 2004, conhecido como “Lista Suja”, é um importante mecanismo de combate ao trabalho escravo no Brasil e se destaca entre as principais ações do Pacto Nacional pela Erradicação do Trabalho Escravo. Em 13 de maio de 2016, após discussão sobre a sua constitucionalidade no STF, o cadastro foi recriado pela Portaria MTE n. 4/2016.<sup>38</sup>

No âmbito municipal de São Paulo, ressalta-se a instalação de Comissão Parlamentar de Inquérito, no dia 16 de março de 2005, com a finalidade de apurar a exploração do trabalho análogo ao de escravo nas empresas, regular ou irregularmente instaladas em São Paulo (CPI – Trabalho Escravo), tendo como principais vítimas os imigrantes bolivianos. O relatório final da Comissão,<sup>39</sup> datado de fevereiro de 2006, apontou algumas ações passíveis de serem implementadas pelo Poder Público Municipal, a saber:

- a) atendimento especializado na Saúde, notadamente nas regiões centrais da cidade, onde se concentram as oficinas de costura, orientando os profissionais da área para o atendimento dos imigrantes; b) oferecimen-

---

<sup>38</sup> A Portaria n. 2, de 12/05/2011, questionada na ADI 5209, foi revogada pela Portaria n. 2, de 31/03/2015 e, posteriormente, recriada pela Portaria n. 4, de 11/05/2016, que alterou, consideravelmente, o conteúdo das normas que ensejaram o ajuizamento da ADI 5209, garantindo mais transparência ao processo de entrada e saída do nome de empregadores na chamada “Lista Suja”. A justiça determina a divulgação da lista suja pelo governo. JUSTIÇA determina que governo volte a divulgar lista suja da escravidão. Repórter Brasil. Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2016/12/justica-determina-que-governo-volte-a-divulgar-lista-suja-da-escravidao/>>. Acesso em: 19/12/2016. Rocha comenta sobre a discussão acerca da constitucionalidade da Portaria que cria a Lista Suja. ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Brazil’s forced labor black list: optimizing implementation of antislavery legislation by naming and shaming. *International Labor Rights Case Law*, v. 3, p. 72-75, 2017.

<sup>39</sup> RELATÓRIO final da Comissão. Disponível em: <[http://www1.camara.sp.gov.br/central\\_de\\_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf](http://www1.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf)>. Acesso em: 19/12/2016.

to de cursos gratuitos em português em locais como escolas e albergues, podendo-se estabelecer convênios com entidades da sociedade civil; c) campanha de conscientização dos direitos e deveres dos migrantes e das normas legais e procedimentos para obtenção do visto; d) divulgação dos direitos humanos fundamentais e dos direitos trabalhistas, por meio da publicação de cartilhas e outros meios de divulgação; e) criação do ‘Centro de Apoio ao Migrante’; f) fomento ao cooperativismo, conforme a Lei Federal 5.764/71; g) criação do Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo, com publicidade por meio do site da Prefeitura; h) o pagamento das indenizações trabalhistas dos trabalhadores explorados, independentemente da sua condição de estrangeiros indocumentados; i) requerimento ao Ministério das Relações Exteriores no sentido de adoção, junto ao governo boliviano, de compromisso para combater a propaganda enganosa realizada em meios de comunicação na Bolívia, aliciando trabalhadores para as oficinas clandestinas em São Paulo.

A Superintendência Regional do Trabalho e Emprego de São Paulo (SRTE/SP) lançou, em 2009, o Pacto Municipal Tripartite contra a Fraude e a Precarização, e Pelo Emprego e Trabalho Decente em São Paulo. A Federação do Comércio em São Paulo (Fecomércio), o Centro Pastoral do Migrante (CPM), o Centro de Apoio ao Migrante (Cami), a Associação Brasileira dos Coreanos, a Secretaria Nacional de Justiça, a Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região (PRT-15) e a organização não governamental **Repórter Brasil** estão entre as organizações que anuíram o compromisso.

O presente artigo ressalta, entre as medidas adotadas no âmbito estadual, a abertura de Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) na Assembleia Legislativa do estado de São Paulo, instalada em 9 de abril de 2014. A instalação da CPI destinou-se a investigar situações de exploração do trabalho análogo ao de escravo em atividades econômicas de caráter urbano e rural, no âmbito do estado de São Paulo.

O relatório final da CPI<sup>40</sup> aponta que, “apesar de publicamente algumas das grifes flagradas com trabalho escravo adotarem discursos contra a escravidão e se comprometerem a implementar medidas para garantir o respeito a direitos trabalhistas e humanos”, isso nem sempre ocorre.<sup>41</sup> O relatório também destaca a conduta de empresas como a M5, detentora da marca M. Officer, que se abstêm de reconhecer a responsabilidade pelas condições precárias de trabalho na sua cadeia produtiva sob o argumento de que “não se trata de uma terceirização ir-

---

<sup>40</sup> RELATÓRIO final da CPI. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivo-Web/com/com3042.pdf>>. Acesso em: 20/04/2015.

<sup>41</sup> APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil.

regular, mas sim de contrato de fornecimento, em que a responsabilidade pela situação seria das oficinas contratadas para a produção”.<sup>42</sup>

Já os parlamentares<sup>43</sup> entendem que “medidas econômicas podem ser mais eficazes no combate à escravidão contemporânea do que o endurecimento da legislação penal” e sob esse enfoque a Lei n. 14.946/2013, proposta pelo deputado estadual Carlos Bezerra Jr., presidente da CPI, é citada como exemplo.

A Lei n. 14.946/2013, sancionada em 28/01/2014, inovou no enfrentamento ao trabalho escravo ao determinar a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas à escravidão, além de atingir os sócios envolvidos, que ficam impedidos de entrar com nova inscrição por dez anos.<sup>44</sup> A legislação paulista, após sancionada, ganhou repercussão internacional, tornando-se referência no combate ao trabalho escravo, propiciando propostas de parcerias da ONG Free The Slaves para que medidas semelhantes sejam aplicadas na África e na Ásia.<sup>45</sup>

Além de apontar problemas a serem enfrentados no combate ao trabalho escravo, a CPI propõe alternativas que vão além da fiscalização/punição das empresas. Em síntese, considera a transformação do tipo de negócio e da sua administração, ressaltando a importância de políticas de formação de cooperativas e microempresas, com acesso a microcréditos, à implementação de medidas administrativas ou tributárias de incentivos às empresas do setor têxtil, além de ressaltar o papel da Lista Suja do Trabalho Escravo para a concessão de empréstimos por bancos públicos.<sup>46</sup>

Nota-se que todas essas políticas públicas destinam-se à conscientização das empresas para que respeitem os direitos humanos fundamentais, os direitos trabalhistas e os direitos previdenciários dos trabalhadores. Ademais, essas medidas buscam desestimular o aliciamento de trabalhadores em suas cidades de

---

<sup>42</sup> APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil.

<sup>43</sup> APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil.

<sup>44</sup> A ação proposta em face da M. Officer, processo n. 0001779-55.2014.5.02.0054 e 00030149120135020054, com sentença condenatória proferida em 21/10.2016, foi a primeira em que o Ministério Público do Trabalho solicitou o envio da decisão à Comissão Estadual para Erradicação do Trabalho Escravo – Coetrae e à Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo, para fins de aplicação da lei n. 14.946/2013. O pedido foi imediatamente deferido pela magistrada Adriana Prado Lima.

<sup>45</sup> SÃO PAULO inova legislação de combate ao trabalho degradante e análogo à escravidão. Transparência Alesp on line. São Paulo, 23 jul. 2013. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=336804>> Acesso em: 10/07/2015.

<sup>46</sup> APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil. A Portaria n. 1.150/2003, do Ministério da Integração Nacional (MIN), recomenda aos agentes financeiros se absterem de conceder financiamentos ou qualquer outro tipo de assistência com recursos financeiros, sob a supervisão do Ministério, para aqueles que vierem a integrar a relação de empregadores que mantenham trabalhadores em condição análoga à de escravo (art. 2).

origem para trabalhar em condições análogas à de escravo no Brasil; visam incentivar o conhecimento dos direitos humanos fundamentais e a compreensão dos direitos trabalhistas desses imigrantes, de modo a tolher a sujeição desses trabalhadores à realização de trabalhos forçados, jornadas excessivas e exaustivas, condições degradantes e restrição da locomoção dessas pessoas em razão de dívida contraída com aliciadores ou donos de oficinas de costura.

Não obstante a implementação de ações e medidas do governo brasileiro destinadas ao enfrentamento do trabalho escravo contemporâneo, observam-se recorrentes notícias e investigações sobre indústrias de confecções do vestuário brasileira que utilizam mão de obra análoga à de escravo. A região do Seridó, no semiárido do Rio Grande do Norte, apresenta pequenas oficinas de costura terceirizadas, denominadas facções de costura. Marcas da moda, como Hering e Guararapes Confecções, do Grupo Riachuelo,<sup>47</sup> terceirizam parte da produção, disseminando a confecção de roupas do vestuário para oficinas de costura no semiárido potiguar.

Outro exemplo recente desse cenário de precarização dos postos de trabalho –identificação de alojamentos inadequados, constatação de ambiente de trabalho e moradia inseguros, descrição de jornadas excessivas e exaustivas, indícios de tráfico de pessoas para fins de exploração de trabalho em condições análogas à de escravo e servidão por dívidas –ocorreu na cadeia produtiva da empresa M5 Indústria e Comércio Ltda., dona das marcas M. Officer e Carlos Miele.

A ação proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo se fundamenta na situação de trabalho escravo identificada pelos procuradores em cinco oficinas diferentes nos anos de 2013 e 2014. A fiscalização, realizada em conjunto com o Ministério do Trabalho, evidenciou trabalhadores bolivianos e paraguaios, alguns indocumentados, sem formalização do contrato de trabalho, realizando suas atividades em condições degradantes de trabalho.

A inspeção realizada pelos fiscais do trabalho registrou que as condições de meio ambiente de trabalho, saúde e segurança eram precárias, à revelia dos direitos humanos fundamentais assegurados pelas declarações e pactos internacionais de direitos humanos, convenções da OIT, Constituição Federal de 1988, legislação trabalhista nacional e Código Penal brasileiro.

Na sentença proferida em 21/10/2016 pela juíza titular da 54ª Vara do Trabalho de São Paulo, Adriana Prado Lima, nos autos do processo n. 0001779-

---

<sup>47</sup> A estratégia do Grupo Riachuelo, no estado do Rio Grande do Norte, adota o modelo de grandes marcas de todo o mundo: a “Fast Fashion”. Seguindo esse modelo, as peças devem ser produzidas rapidamente, de modo a atender às demandas instantâneas da moda e, consequentemente, oferecer grandes quantidades de peças acessíveis à classe média.

55.2014.5.02.0054 e 00030149120135020054, movido pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, é evidente a responsabilização das grandes empresas do final da cadeia produtiva quando presentes elementos identificadores da manutenção de trabalhadores em condições análogas à de escravo.<sup>48</sup>

Embora os flagrantes de trabalho em condições análogas à de escravo se repitam amiúde, a tarefa de coibir a reincidência do padrão de precarização do trabalho adotado pelas grandes empresas e grifes da moda não é irrealizável, mas revela-se necessária uma revisão e uma reorientação de mecanismos e estratégias de responsabilização que alcancem definitivamente os detentores do poder econômico das cadeias produtivas globais e nacionais, inibindo novas formas de contratação inseguras, por meio de subcontratações e terceirizações precarizantes.

Nesse viés, doutrina<sup>49</sup> e jurisprudência<sup>50</sup> apontam que a responsabilização do tomador de serviços pelo trabalho realizado nas redes de subcontratação e terceirização são questões complexas que precisam ser enfrentadas pelo direito do trabalho brasileiro, ampliando seu objeto de atuação para albergar formas contratuais e parcelas de trabalhadores excluídos do sistema de proteção do Direito do Trabalho.

Para tanto, defendem a releitura do conceito de subordinação – elemento definidor da relação de emprego –, em uma acepção estrutural,<sup>51</sup> pois esse entendimento permite ampliar o conceito de subordinação, adaptando-o à dinâmica do mercado de trabalho contemporâneo, de modo a alcançar novas formas de contratação e relação de trabalho.

---

<sup>48</sup> A decisão determina que a empresa M5 Indústria e Comércio Ltda., dona das marcas M. Officer e Carlos Miele, pague R\$ 4.000.000,00 (quatro milhões) por danos morais coletivos, acrescidos da quantia de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões) por dumping social, devendo os valores serem destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT) (M. OFFICER, 2016, online). Opostos embargos de declaração pela empresa M5 Indústria e Comércio Ltda., no dia 03/11/2016 e protocolada petição pelo Ministério Público do Trabalho, em 02/12/2016. M. OFFICER é condenada a pagar R\$ 6 mi por casos de escravidão contemporânea. Blog do Sakamoto.

<sup>49</sup> Conforme Delgado, “A ideia de subordinação estrutural supera as dificuldades de enquadramento de situações fáticas que o conceito clássico de subordinação tem demonstrado. [...] Nesta medida ela viabiliza não apenas alargar o campo de incidência do Direito do Trabalho, como também conferir resposta normativa eficaz a alguns de seus mais recentes instrumentos desestabilizadores – em especial, a terceirização. [...]”. DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. Revista LTr. São Paulo, n. 6, p. 657-667, jun. 2006. p. 657.

<sup>50</sup> Apesar de não ser aplicada de forma majoritária na jurisprudência, a teoria da subordinação estrutural tem sido defendida por alguns doutrinadores e magistrados e, ao que tudo indica, revela-se uma discreta tendência das relações de trabalho contemporânea.

<sup>51</sup> Conforme Delgado “Estrutural é a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento”. DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho, p. 667.

Sob enfoque da teoria da subordinação estrutural,<sup>52</sup> não se observa, para análise do critério da subordinação, apenas a prova de ordens, a fiscalização direta e a presença do trabalhador no estabelecimento. Mostra-se suficiente que a beneficiária da atividade ordene a produção.

A realização da atividade em lugar distante do parque fabril não esmaece o conceito de subordinação jurídica, tampouco o conceito jurídico de empregador, concebido pelo direito brasileiro. O negócio é comandado pela grande empresa, sendo claro o controle quanto ao processo de produção e de trabalho.

No caso da indústria de confecção do vestuário, a subordinação estrutural se materializa no instante em que os trabalhadores imersos na cadeia produtiva, embora não recebam ordens diretas da empresa tomadora, na maioria dos casos, sujeitam-se ao controle de qualidade que a empresa estabelece. Esse controle se concretiza com a definição da peça-piloto, criada pela equipe de criação; o fornecimento de materiais, como aviamentos, botões, etiquetas, tecidos; a definição de prazo de entrega; e o pagamento por peça confeccionada.

A releitura do conceito de subordinação, em uma acepção estrutural, repercute diretamente no âmbito da terceirização precarizante, reflete na responsabilidade da empresa tomadora pelos débitos trabalhistas da empresa prestadora em relação aos seus empregados, permitindo inserir a empresa tomadora em uma posição de devedora principal, e não apenas subsidiária, e possibilita a não discriminação entre os empregados terceirizados e os empregados diretos contratados pela tomadora, assegurando a todos esses trabalhadores os mesmos direitos trabalhistas.

### As redes de subcontratação na indústria de confecção do vestuário cearense

A despeito da concentração da indústria de confecções do vestuário em São Paulo, o segundo caso abordado nesta pesquisa refere-se ao processo de reestruturação da indústria brasileira que resultou na pulverização de unidades produtivas em busca de mão de obra barata e na transferência para a região Nordeste de indústrias do vestuário como estratégia de competitividade. Nesse contexto, o Ceará foi o estado do Nordeste que desenvolveu uma política mais atrativa de investimentos industriais nos anos 1990, em especial no que concerne à abundância e à precariedade da mão de obra e pouca organização sindical.

---

<sup>52</sup> Para essa corrente, o fato de o trabalhador não se separar do trabalho que realiza, e a circunstância desse trabalho contribuir para a realização do objetivo comum de toda a cadeia estrutural de uma empresa, são elementos que preenchem o requisito fático-jurídico da subordinação. A empresa necessita do trabalhador para desempenhar sua atividade, pois, a partir do momento que o trabalhador cessa a prestação de serviços, toda a estrutura empresarial se interrompe. Conclui os defensores dessa corrente que o trabalho sempre será subordinado se não puder se imaginar a empresa sem a realização do trabalho prestado.

Na década de 1990, o novo modelo sugerido pelo governo do estado do Ceará aos seus trabalhadores fundamentava-se no discurso de flexibilização das relações de trabalho, com a eliminação dos entraves burocráticos que impossibilitavam o acesso ao emprego, a difusão do pensamento de menos regulação do Estado, o melhor aproveitamento do dinheiro pelo trabalhador e a propagação da ideia de que os rendimentos do trabalhador flexível seriam maiores que os ganhos do trabalhador assalariado, além de mais rentável para o empregador.

Com efeito, essas novas formas de contratação fortaleciam um ambiente de trabalho precarizado, simbolizavam os resultados de estratégias para escapar da legislação trabalhista e previdenciária, e sinalizavam a valorização de mudanças nas formas de utilização da mão de obra, como forma de redução de custos.

Na maioria dos casos, esse modelo de reestruturação produtiva, de reorganização econômica e de flexibilização das relações de trabalho se apresenta ainda nos dias atuais, por meio de pequenas unidades produtivas – confecções, facções de costura ou oficinas domiciliares, que trabalham para grandes empresas ou grifes da moda, diretamente ou por meio de intermediários, pulverizando a produção entre diversos produtores.

Nota-se a multiplicação de pequenas confecções e facções de costura, bem como a propagação do trabalho em domicílio, cujas atividades representam verdadeiras extensões do trabalho realizado no estabelecimento fabril. Mulheres que já passaram pela experiência do trabalho assalariado nas fábricas e que agora trabalham em pequenas confecções e facções de costura – na casa do dono da confecção ou facção, em suas próprias casas ou na residência de parentes e vizinhos – prestam serviços subcontratados para as mesmas fábricas ou confecções de que foram empregadas.

Percebe-se que referências à terceirização e à subcontratação são comuns entre as empresas relacionadas a diferentes etapas do processo produtivo e que integram de maneira significativa a atividade na indústria de confecções de vestuário. As confecções e facções de costura cearense, em sua grande maioria, exercem suas atividades informalmente, o que dificulta encontrar informações cadastrais e estatísticas relacionadas a essas empresas.

Além disso, essas empresas contratam informalmente seus trabalhadores, o que dificulta a estimativa de costureiras que hoje estão vinculadas às confecções, às facções de costuras e ao trabalho em domicílio. Poucas são aquelas confecções e facções de costura que se constituem em empresas formalizadas e, quando formalizadas, têm parcela dos trabalhadores com carteira assinada e outra parte sem carteira assinada, portanto, na informalidade. Disso resulta a fragmentação dos trabalhadores, o enfraquecimento do trabalho organizado, a informalidade disfarçada de empreendedorismo e a precarização das condições de trabalho.

Identifica-se, por um lado, o trabalho das costureiras em confecções e façções de costura que confeccionam peças de vestuário encomendadas por fornecedores e tomadores de serviços nacionais e internacionais – grandes fábricas, grifes da moda, magazines –, imersas em redes de subcontratação e terceirização. Essas trabalhadoras, não raras vezes, ex-funcionárias do estabelecimento fabril, impulsionam familiares e vizinhos no trabalho, estabelecendo redes de subcontratação e trabalho informal em domicílio, pelas quais movimentam as confecções e façções de costura.

Por outro lado, percebe-se que essas mesmas confecções e façções de costura têm relações com o comércio local, comercializam suas peças do vestuário, com sua própria marca, em centros comerciais e feiras livres, por meio de relações diretas ou estabelecidas informalmente com feirantes e envolvem outros trabalhadores na circulação, distribuição e venda dos produtos confeccionados. Um exemplo disso é a Feira da Rua José Avelino e seu entorno, no bairro Centro, em Fortaleza, onde atualmente ocorre uma feira de confecção.

As costureiras inseridas nessas relações se submetem a jornadas excessivas e exaustivas – horas extras em ocasiões de muita atividade e menos horas no período de pouca produtividade –, se sujeitam a trabalhos degradantes – que aumentam os problemas de saúde, tornando-se cada vez mais propensos a doenças ocupacionais e acidentes de trabalho – e recebem valores diretamente relacionados com a produtividade. Consequentemente, essas trabalhadoras não usufruem dos direitos trabalhistas e previdenciários previstos no ordenamento jurídico brasileiro.

A realização da Feira de Confecção da Rua José Avelino desperta o interesse de sacoleiras, vendedores e compradores do interior do estado do Ceará, municípios da Região Metropolitana de Fortaleza e de outros estados da Região Norte e Nordeste, que adquirem produtos e revendem em pequenas lojas ou em outras feiras de suas cidades originárias.<sup>53</sup> Atualmente, essa rua possui galerias, lojas, pequenos centros comerciais e galpões relacionados diretamente à feira, na medida em que funcionam prioritariamente nos dias de feira ou registram maior faturamento nos dias em que ela é realizada.<sup>54</sup>

---

<sup>53</sup> Caliope e Silva Filho ressaltam o raio de influência da Feira, que atrai um grande número de compradores, especialmente, sacoleiras que viajam para outras regiões com o objetivo de comprar produtos mais baratos para revenda e lojistas que comercializam seus produtos formalmente. Essas pessoas são provenientes de várias regiões do país: Norte; Nordeste; Centro-Oeste e Sudeste. A Feira recebe, ainda, compradores de outros países, como Cabo Verde e Guiana Francesa, conforme destacam as pesquisadoras. CALÍOPE, Thalita Silva; SILVA FILHO, José Lázaro da. Imitation and innovation in fashion: Mapping the creative process in “Modinha” Segment On ARegion Nal Fair. *International Journal of Innovation*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 119-139, jul./dec. 2016. p. 125.

<sup>54</sup> SOUSA, Evelize Teixeira de Oliveira. Feira da Rua José Avelino: usos do espaço público e questões sobre o patrimônio histórico. *Fortaleza, CE. Geografia*, Londrina, v. 25. n. 1. p. 125-142, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/view/22853/19330>>. Acesso em: 16/12/2016.

A Feira da Rua José Avelino possui regulamentação quanto aos dias e os horários, identificação dos locais a serem ocupados pelos feirantes e legitimação, pelo poder público municipal, para funcionamento.<sup>55</sup> Nota-se que a atividade comercial que ali se desenvolve permite a geração de emprego e de renda às pessoas envolvidas direta ou indiretamente na sua dinâmica. Entretanto, a atividade é informal, com predomínio de ocupações informais.

Muitos trabalhadores reconhecem a Feira como um ambiente de sobrevivência para se desvencilhar do desemprego, identificam naquela atividade uma possibilidade de mudança de vida associada ao desejo de ter o seu próprio negócio. Esse somatório de sentimentos se sobrepõe em relação ao emprego formal, seja pela sua inexistência ou por escolha própria, ou ainda, pela falta de qualidade dos empregos formais.

Apesar da forte precarização das relações de trabalho<sup>56</sup> que envolve ambulantes, feirantes, camelôs e pequenos empreendedores na Feira da Rua José Avelino e no seu entorno, não se tem conhecimentos de ações coordenadas desenvolvidas pela gestão municipal e pelos órgãos responsáveis com o objetivo de criação de políticas públicas destinadas a uma maior formalização das relações de trabalho dessas pessoas, conferindo direitos trabalhistas e previdenciários a esses trabalhadores, muito menos se observa a idealização de propostas que viabilizem a atividade comercial na Rua José Avelino e seu entorno.

Tal circunstância só aumenta a exploração de trabalhadores, tendo em vista a ausência de regras formais de contratação, sendo evidentes a informalidade e a precariedade das condições e organizações de trabalho ali estabelecidas. No entanto, nota-se a preocupação da prefeitura de Fortaleza em estabelecer estratégias para transformar o panorama atual do centro da cidade nos dias mais movimentados da feira – caracterizado por lonas abertas nas calçadas, ocupação das paradas de ônibus, obstrução para passagem de ônibus, circulação de veículos pequenos apenas por uma faixa – em espaços nos quais as pessoas possam desfrutar das praças e ruas do centro sem transtornos.

---

<sup>55</sup> Em 2009, a Lei n. 9.559, de dezembro de 2009, criou o Polo de Negócios do Empreendedor Individual. Esta lei autorizou o comércio de confecções em imóveis localizados na Rua José Avelino e em outras vias do seu entorno. A lei contribuiu para a instalação de empreendimentos adequados ao perfil de empreendedor individual e fortaleceu ainda mais o papel comercial da feira naquela região da cidade.

<sup>56</sup> Batista ressalta as condições de trabalho precárias dos feirantes, cujo ambiente é caracterizado por jornadas de trabalho excessivas, entre 8 e 14 horas por dia, feirantes pernoitando no local de trabalho, alimentando-se inadequadamente e desenvolvendo suas atividades em locais sujos, sem banheiros e, ainda, angustiados pela insegurança de seus destinos em relação ao futuro da Feira. BATISTA, A. Efeitos da exposição ao ruído na saúde dos trabalhadores de uma feira no município de Fortaleza – CE. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade de Fortaleza. Fortaleza, Ceará, 2013.

Outro aspecto apresentado pela gestão municipal é a definição de estratégias com a finalidade de realocação dos feirantes para outros locais. Nesse sentido, pretendem concentrar esses trabalhadores em espaços específicos de acordo com as especialidades de cada um – ambulantes, camelôs, feirantes etc.

Já no que se refere à adoção de políticas públicas destinadas a transformar o trabalho informal realizado pelos feirantes e ambulantes em trabalhos típicos e mediante assalariamento formal, a prefeitura de Fortaleza se mostra omissa. Esses trabalhadores almejam o local de trabalho, ou seja, o local do comércio informal que conquistaram e, de certo modo, sentem-se proprietários.

O plano da prefeitura também é silente no que tange a políticas públicas dedicadas àquelas trabalhadoras que estão na ponta inferior da cadeia produtiva e realizam sua atividade por meio de facções de costura e do trabalho em domicílio. As costureiras faccionistas e domiciliares realizam sua atividade, na maioria dos casos, no espaço doméstico, com a ajuda de amigas e parentes, sem direitos trabalhistas e previdenciários assegurados.

Não se pode esquecer a carência de propostas àqueles trabalhadores que, embora considerados à margem das relações de emprego, para além do trabalho subordinado na acepção clássica do conceito, estão inseridos na dinâmica produtiva de confeccionados comercializados na Rua José Avelino, prestando seus serviços. O carregador de peso, o montador de boxe, o encarregado de puxar a luz do poste, o guardador de carros, exercentes de ocupações informais, podem ser apontados como exemplo.

Os estudos, até então realizados, evidenciaram que, apesar das irregularidades identificadas na Feira da Rua José Avelino e no seu entorno, a atividade desenvolvida naquele espaço permite a formação de empregos diretos e indiretos, contribuindo para a geração de rendimentos às pessoas relacionadas à dinâmica da feira e para além dela.

Desse modo, o Poder local precisa voltar os olhos para além do remanejamento dos feirantes e da revitalização do espaço em que a feira se realiza e, nesse sentido, enxergar todos os atores que participam da Feira da Rua José Avelino,<sup>57</sup> apontando o caminho de formalização para esses trabalhadores que se ocupam da produção e alimentam o comércio da feira.

Nessa perspectiva, este estudo recomenda a adoção de políticas públicas destinadas ao enfrentamento do trabalho informal e precário desses trabalhadores, de modo que contribuam para que as costureiras faccionistas e domici-

---

<sup>57</sup> Vendedores ambulantes, feirantes, trabalhadores sem registro em carteira, carregadores de peso, montadores de boxe na rua, encarregados de puxar a luz no poste, guardadores de carro, fornecedores de insumos (tecidos e aviamentos), modelistas, cortadores, costureiras domiciliares e trabalhadores formais.

liares, o feirante e os demais atores sociais possam mudar o modelo desse negócio, que fomenta o trabalho nas confecções, nas facções e no trabalho em domicílio, e deságua nos centros comerciais de moda popular e nas feiras livres de Fortaleza.

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios 2004/2013, as mulheres recebem em média menos que os homens em todas as formas de trabalho, seja formal ou informal. No entanto, a relação de desigualdade de rendimentos entre homens e mulheres é maior nos trabalhos informais. Em 2013, o rendimento médio das mulheres em trabalhos informais era equivalente a 65% do rendimento médio dos homens nesses trabalhos. Nos trabalhos formais essa relação era de 75%.<sup>58</sup>

Contudo, as desigualdades de gênero no mercado de trabalho não se configuram apenas no rendimento. O acesso de mulheres a cargos gerenciais e de direção é reduzido comparativamente aos homens. Em 2013, a proporção de mulheres de 25 anos ou mais de idade nesses cargos era 5,1%, enquanto entre os homens a proporção era 6,4%.<sup>59</sup>

Verifica-se, de acordo com os dados apresentados, que há uma maior desigualdade para as mulheres, mesmo na informalidade, o que evidencia a necessidade de políticas públicas de trabalho e renda específicas para essas trabalhadoras. A vulnerabilidade das mulheres no mercado de trabalho sinaliza claramente a necessidade de políticas públicas com base na questão de gênero.<sup>60</sup>

O estado do Ceará registrou o décimo maior aumento no estoque de empregos formais entre os estados do país e terceiro maior do Nordeste entre os anos de 2002 e 2013.<sup>61</sup> Apesar do registro de trabalhos formais, a taxa de informalidade no Ceará, estimada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, apontou índice de 48,8%, segundo dado extraído do Censo do IBGE.<sup>62</sup>

---

<sup>58</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira, 2014. p. 131. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2014/SIS\\_2014](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014)>. Acesso em: 20/04/2015.

<sup>59</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Síntese de Indicadores Sociais – Uma análise das condições de vida da população brasileira, p. 135.

<sup>60</sup> O conceito é usado tanto para distinguir e descrever as categorias mulher-feminino e homem-masculino, quanto para examinar as relações de desigualdades e de poder estabelecidas entre ambos.

<sup>61</sup> INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ – Ipece. Enfoque econômico. Ceará, 2014, n. 113, p. 3, ago. 2014. Disponível em: <[http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/enfoque-economico/EnfoqueEconomicoN113\\_20\\_08\\_2014.pdf](http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/enfoque-economico/EnfoqueEconomicoN113_20_08_2014.pdf)>. Acesso em: 20/04/2015.

<sup>62</sup> MINISTÉRIO intensifica combate à informalidade e sonegação do FGTS. O Povo On line. Fortaleza, 11 fev. 2015. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/economia/2015/02/11/noticiaseconomia,3391600/ministerio-intensifica-combate-a-informalidade-e-sonegacao-do-fgts.shtml>> Acesso em: 05/06/2015.

As mulheres continuam mais expostas à informalidade do que os homens na Região Metropolitana de Fortaleza (RMF). Do total de novos postos de trabalho com carteira assinada gerados em 2014 (41 mil), 28 mil foram ocupados pela força de trabalho masculina e somente 13 mil, pela feminina, de acordo com dados da Pesquisa sobre Emprego e Desemprego (PED).<sup>63</sup>

A PED revelou que as mulheres cearenses recebem em média menos que os homens. Enquanto o rendimento dos homens por hora trabalhada cresceu 3,3% entre 2013 e 2014, o das mulheres caiu 1,4%. A média salarial de 2014 foi de R\$ 1.363,00 para os homens e de R\$ 979,00 para as mulheres, 28,2% menor em comparação com o valor projetado para eles.<sup>64</sup>

Embora a articulação e a efetividade das políticas públicas no estado do Ceará contemplem ações diferenciadas dirigidas às mulheres, levando em consideração as desigualdades de gênero e predominância das mulheres no setor informal, ainda é considerável o percentual de mulheres que compõem as estatísticas da informalidade, especialmente aquelas que trabalham nas fações de costura e no trabalho em domicílio.

A grande maioria das costureiras tem um patamar rebaixado de proteção social e menor acesso aos direitos trabalhistas básicos, como o seguro-desemprego, o auxílio-acidente, o auxílio-doença, a aposentadoria, o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), a licença-maternidade, entre outros, portanto, em desacordo com as normas legais e fora do alcance das instituições públicas de seguridade social. A segurança propiciada pelo vínculo de emprego amparado em leis e garantias sociais é fragilizada pelo processo contínuo de precarização das relações e condições de trabalho.

Desse modo, para que as desigualdades de gênero sejam combatidas, presuppõe-se que o Estado identifique possibilidades para redistribuir riqueza; desenvolva políticas públicas<sup>65</sup> de trabalho e renda específicas para as mulheres,

---

<sup>63</sup> CRESCE diferença salarial entre homem e mulher. Diário do Nordeste On line. Fortaleza, 06 mar. 2015. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/cresce-diferenca-salarial-entre-homem-e-mulher-1.1236983>> Acesso em: 10/06/2015.

<sup>64</sup> CRESCE diferença salarial entre homem e mulher.

<sup>65</sup> No âmbito federal, as políticas públicas que reconhecem a diferença de gênero e, com base nesse reconhecimento, implementam ações diferenciadas dirigidas às mulheres são efetivadas ou articuladas pela Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM). Essas políticas e programas passam a ser realizadas pelo governo federal e estão estabelecidas no Plano Nacional de Políticas para as Mulheres (PNPM), desdobradas pelos organismos governamentais responsáveis pelas políticas para as mulheres – estaduais e municipais. Os Planos de Políticas para as Mulheres dos estados e dos municípios devem articular-se com o Plano Nacional de Políticas para as Mulheres e implementar propostas que reatualizem os princípios da igualdade, com enfoque em alguns pontos: a) na elaboração de ações que possibilitem ampliar as condições de autonomia das mulheres; b) na mudança sobre a divisão sexual do trabalho; c) no fortalecimento das condições para o exercício dos direitos reprodutivos e sexuais; d) na observação de

que permitam a eliminação da discriminação e promovam a concretização da igualdade de gênero em casa e no trabalho; elabore alternativas de incentivo à formalização dessas trabalhadoras, com a consequente ocupação de postos de trabalho que ofereçam condições de rendimentos melhores; e, sobretudo, sejam capazes de assegurar, no futuro, direitos trabalhistas e previdenciários a essas trabalhadoras.

Assim, o primeiro desafio para as políticas do estado do Ceará é a elaboração de programas com o objetivo de superar a ideia de atribuições tradicionais das mulheres dentro do espaço doméstico, centrada no desempenho de esposas e de mães, na área da reprodução social e dos cuidados. Novas estratégias entre a vida familiar e a vida pública devem ser criadas, com vistas a romper com a tradicional divisão sexual do trabalho: os homens vistos como provedores e as mulheres como responsáveis pela esfera doméstica.<sup>66</sup>

Somado a esse desafio, é necessário propiciar a essas trabalhadoras o acesso a creches e escolas públicas em período integral;<sup>67</sup> programas de saúde numa visão integral e não meramente reduzida à esfera reprodutiva, restrita a programas de planejamento familiar de qualidade e coberturas questionáveis; moradia digna; atividades de lazer e cultura; criação de redes de economia solidária, redimensionando a atuação das mulheres nos chamados programas de geração de renda; e acesso aos recursos financeiros.<sup>68</sup>

Este artigo sugere, ainda, como importante estratégia para a redução da informalidade, o método “Dialogar para formalizar”, proposto pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (Dieese). Trata-se da criação de espaços de diálogo social abrangendo os atores sociais – trabalhadores, governo, empregadores, representantes sindicais –, com o objetivo de

---

que toda ação governamental deve contemplar a diversidade existente entre as mulheres (negras, jovens, idosas, deficientes), pois exigem propostas específicas para o atendimento de seus direitos. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. Encontro Anual do Fórum Nacional de Organismos de Políticas para as Mulheres. 2013, p. 9-14. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/arquivos-diversos/opm/encontro/cartilha-textos-de-apoio-a-reuniao-anual-do-forum.pdf>>. Acesso em: 06/06/2015.

<sup>66</sup> SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. Encontro Anual do Fórum Nacional de Organismos de Políticas para as Mulheres, p. 9-10.

<sup>67</sup> Segundo o IBGE, por meio da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios, levando em consideração a frequência de filho(s) a creche no Brasil no ano de 2012, entre as mulheres com todo(s) o(s) filho(s) de 0 a 3 anos na creche, 72,9% estavam ocupadas, enquanto somente 42,6% daquelas sem filho(s) na creche tinham ocupação. O acesso à creche é indispensável para que as mulheres com filho(s) pequeno(s) possa(m) exercer atividades remuneradas. SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. Relatório Anual Socioeconômico da Mulher – RASEAM. 2014, p. 17. Disponível em: <[http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam\\_completo.pdf](http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam_completo.pdf)>. Acesso em: 06/06/2015.

<sup>68</sup> SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. Encontro Anual do Fórum Nacional de Organismos de Políticas para as Mulheres, p. 15.

identificar as formas de manifestação da informalidade no mundo do trabalho, propor coletivamente recomendações de solução para os problemas apresentados e planejar ações coordenadas, indicando aos envolvidos as responsabilidades e os prazos de implantação das ações, com a finalidade de contribuir para uma maior formalização das empresas e das relações de trabalho.<sup>69</sup>

Nessa perspectiva, o método “Dialogar para formalizar” promove a comunicação entre o poder público, empregados, empregadores e representantes sindicais, comprometidos com o processo de formalização; define estratégias de incentivo à formalização por meio da educação em vários níveis; propõe a qualificação por meio de capacitações de forma continuada e prática; sugere melhorias que viabilizem o acesso à legislação trabalhista e previdenciária e legislação para simplificar a formalização e a tributação das empresas.<sup>70</sup>

A criação de espaços de diálogo social, envolvendo os atores sociais inseridos nas redes de subcontratação do vestuário em Fortaleza, permite uma maior proximidade com as costureiras, possibilita uma reflexão acerca dos espaços em que essas mulheres desenvolvem o seu trabalho e contribui para observar a produção por elas realizada com a finalidade de viabilizar e reconhecer a contribuição dessas mulheres para o desenvolvimento econômico desse modelo de negócio na cidade de Fortaleza.

Em síntese, as formas de relação de trabalho experimentadas pelas costureiras faccionistas e domiciliares no estado do Ceará precisam de apoio governamental, haja vista a informalidade e a precariedade desses postos de trabalho, com baixo nível de rendimento, ausência de proteção trabalhista e desprovidos dos benefícios de seguridade social.

Nesse caso, o desenvolvimento de políticas públicas e a criação de espaços de diálogo social constituem medidas mais efetivas para retirar essas trabalhadoras das situações de informalidade e precariedade do que a desconstrução de microcadeias produtivas para a identificação do tomador de serviços, pois,

---

<sup>69</sup> Nesse sentido, destaca-se no âmbito nacional o projeto-piloto “polo de confecção do Agreste de Pernambuco”. O objetivo proposto pelo programa consiste em definir estratégias contempladas no plano de ação para reduzir a informalidade nas localidades/setores da atividade econômica, por meio da criação de espaço de diálogo social entre o poder público, empresários e trabalhadores para a exposição das demandas dos atores sociais e para a articulação de redes permanentes de instituições públicas e da sociedade civil comprometidas com o processo de formalização. DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – Dieese. As experiências de dialogo social para a redução da informalidade: modelo de intervenção social no território, 2014, p. 9. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/experienciaDialogoSocial.pdf>>. Acesso em: 05/06/2015.

<sup>70</sup> Nesse sentido, a Lei Complementar n. 128/2008 constitui importante incentivo à formalização legal para os microempreendedores. Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – Dieese. As experiências de dialogo social para a redução da informalidade: modelo de intervenção social no território, p. 123-124.

muitas vezes, aquele que demanda a atividade da costureira é, no máximo, o feirante microempreendedor, quase tão vulnerável quanto a costureira.

Na maioria das situações, não se identifica uma grande empresa ou tomadora de serviços com capacidade econômica suficiente para se responsabilizar pelos direitos trabalhistas e previdenciários dos trabalhadores integrantes do processo produtivo dos produtos confeccionados. O sucesso de demandas trabalhistas que reconheçam o vínculo empregatício, nesse caso, seria praticamente insignificante.

### **O COMBATE ÀS SWEATSHOPS NO CONTEXTO INTERNACIONAL: UMA ANÁLISE DO PROGRAMA BETTER FACTORIES CAMBODIA**

A maioria das roupas do mundo é feita por mulheres. Dos mais de 60 milhões de trabalhadores de fábricas de vestuário em todo o mundo, 80% são do sexo feminino. Muitas vezes, elas são jovens, com baixa escolaridade e, na sua maioria, provenientes de localidades rurais de seus países de origem. As fábricas são a sua primeira oportunidade no emprego formal. Enquanto as fábricas são uma valiosa fonte de postos de trabalho e podem ajudar a melhorar a vida dos trabalhadores e das suas famílias, condições de trabalho inadequadas continuam a ser uma questão dominante em toda a indústria do vestuário global.<sup>71-72</sup>

Como um dos produtores de roupas de menor salário para os padrões internacionais, jornadas excessivas e condições precárias de trabalho, o Camboja foi identificado como um foco importante de preocupações relacionadas à prática das *sweatshops* nas cadeias de fornecimento de vestuário. “Um dos problemas relacionados à escravidão moderna que mais afeta o Camboja é o tráfico de pessoas. O país é fonte, trânsito e destino para homens, mulheres e crianças que são submetidos ao trabalho forçado e ao tráfico sexual”.<sup>73</sup>

Em consequência disso, o Camboja ratificou duas convenções da OIT contra o trabalho escravo, sendo elas a Convenção n. 29, ratificada em 1969, e a Convenção n. 105, ratificada em 1999. O país também firmou um acordo comercial com os Estados Unidos, que entrou em vigor em 1999, ao abrigo do qual os EUA ofereceram às empresas do Camboja o incentivo para melhorar as condições de trabalho em troca de maior acesso aos seus mercados.

---

<sup>71</sup> BETTER WORK. Disponível em: <[http://betterwork.org/global/?page\\_id=328](http://betterwork.org/global/?page_id=328)>. Acesso em: 05/04/2015.

<sup>72</sup> Violações dos direitos dos trabalhadores de vestuário, baixos salários e horários de trabalho excessivos não são restritos apenas a um país ou uma região. Trata-se de um problema global, que precisa de um tempo de resposta global. HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, p. 105-115.

<sup>73</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Simulação das Nações Unidas para Secundaristas – Sinus. Brasília, 2014, p. 9. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Guia-Online.pdf>>. Acesso em: 25/06/2015.

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) foi convidada pelo governo do Camboja a estabelecer um projeto destinado ao monitoramento, à mediação e ao treinamento das fábricas, que resultou no programa *Better Factories Cambodia* (BFC), em 2001. O programa envolve a participação das várias partes interessadas – governo, trabalhadores, proprietários das fábricas (exportadores de vestuário do Camboja), sindicatos e compradores internacionais – e abrange melhorias em muitas áreas, como condições de trabalho, exportações, salários e produtividade.<sup>74</sup>

Entre os elementos do programa mais importantes e que contribuíram para o sucesso percebido destacam-se: a) divulgação pública sobre o nível de descumprimento das normas trabalhistas nas fábricas, contribuindo para melhorar as taxas de conformidade; b) sensibilidade dos compradores para manter a conformidade e impacto na reputação, pois as empresas compradoras estão preocupadas com a proteção da marca e os efeitos adversos de uma exposição das condições de trabalho precário na sua base de fornecedores, o que implicaria para os exportadores de vestuário do Camboja perda potencial de compradores internacionais sensíveis à conformidade e impactos na reputação, sendo essa medida mais eficiente do que as multas cobradas pelo governo para aqueles que violam a conformidade das normas trabalhistas; c) o desenvolvimento sindical, pois os proprietários das fábricas ainda apresentam resistência à negociação coletiva,<sup>75</sup> mesmo melhorando as condições de trabalho dos seus empregados em atendimento ao programa *Better Factories Cambodia*.<sup>76</sup>

No geral, conclui-se que os serviços de monitoramento, treinamento e mediação propiciados pelo programa *Better Factories Cambodia* ajudaram a criar um ambiente propício para a melhoria das relações industriais. Essas melhorias, especialmente no diálogo entre os empregadores e os trabalhadores, parecem ter facilitado melhorias em outras condições de trabalho, tais como segurança e saúde ocupacional, salários, tempo de trabalho e de descanso semanal.<sup>77</sup>

O sucesso do programa *Better Factories Cambodia* mais tarde inspirou o programa *Better Work*, uma iniciativa da Organização Internacional do Trabalho

---

<sup>74</sup> BETTER WORK.

<sup>75</sup> Para Holdcroft “La negociación colectiva en el sector es el mecanismo faltante que posibilitará el proceso significativo que hay que emprender hasta llegar a salarios dignos para los trabajadores de la confección. Su ausencia casi total en esta industria es hoy el principal obstáculo para conseguir mejores resultados en términos salariales”. HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, p. 112.

<sup>76</sup> BROWN, Drusilla; DEHEJIA, Rajeev; ROBERTSON, Raymond. Is there a business case for improving labor standards? Some evidence from better factories Cambodia, 2011. Disponível em: <[http://users.nber.org/~rdehejia/papers/LLCC\\_12.pdf](http://users.nber.org/~rdehejia/papers/LLCC_12.pdf)>. Acesso em: 08/07/2015.

<sup>77</sup> BROWN, Drusilla; DEHEJIA, Rajeev; ROBERTSON, Raymond. Is there a business case for improving labor standards? p. 19.

(OIT) e da *International Finance Corporation (IFC)*, com foco nas mulheres e em questões que são específicas das trabalhadoras na indústria de vestuário.<sup>78</sup> O objetivo proposto pelo programa, em colaboração com empregadores, fábricas, governos, sindicatos e intervenientes do setor têxtil e de confecção em nível nacional e internacional, é auxiliar as empresas a desenvolverem adequadas condições de trabalho.

Recente iniciativa desse programa é o *Better Work Bangladesh*, acordado em 2014, como parte de um pacote de iniciativas da OIT destinadas a melhorar as condições da indústria do vestuário do país, após grandes catástrofes industriais, a exemplo do incêndio da fábrica Tasreen e o colapso Rana Plaza. O Acordo Bangladesh estabelece um novo modelo de cooperação entre compradores globais e os sindicatos destinados a cumprir regras e promete mudar a forma como as empresas lidam com abusos em suas cadeias de suprimentos.

O grande desafio é construir e desenvolver acordos modelo para abordar outras violações sistemáticas nas cadeias de abastecimento. Durante toda a experiência do acordo, os sindicatos e as empresas têm identificado elementos que devem estar presentes para melhorar as estratégias e as normas laborais nas cadeias de abastecimento de maneira a torná-las eficiente e eficaz. Os esforços envolvem os compradores, as fábricas, os trabalhadores e os seus sindicatos e devem abordar as causas, incluindo práticas de contratação, além de fornecer um incentivo para dar cumprimento, bem como sanções se não o fizerem.<sup>79</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A indústria de confecção de vestuário vem passando por um processo de descentralização produtiva que implica em estratégias de terceirização e subcontratação da força de trabalho, predominantemente feminina. Essas estratégias implicam na precarização e na vulnerabilidade das trabalhadoras, que passam a realizar suas atividades desprovidas de proteção trabalhista e cobertura previdenciária, sem condições adequadas de saúde, segurança e higiene.

As oficinas de costuras do estado de São Paulo e as facções de costura cearenses constituem verdadeiras *sweatshops no contexto brasileiro*. Mesmo não estando presentes elementos de restrição à liberdade de locomoção e trabalhos forçados nas facções de costura e no trabalho em domicílio cearense, dadas as condições degra-

---

<sup>78</sup> “Dentre os temas abordados estão a discriminação, o assédio sexual, a saúde reprodutiva, a proteção à maternidade, o trabalho forçado, a liberdade sindical, a negociação coletiva, os regulamentos nacionais e internacionais de direito do trabalho, os contratos e relações de trabalho, a segurança e saúde no trabalho, as horas de trabalho etc.” BETTER WORK.

<sup>79</sup> HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro, p. 110-111. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms\\_433861.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_433861.pdf)>. Acesso em: 10/01/2016.

dantes de trabalho vivenciadas nesses espaços e as jornadas excessivas e exaustivas, destinadas à produção de confeccionados, o trabalho nas facções de costura e oficinas domiciliares cearenses pode ser mesmo caracterizado como uma forma de trabalho análogo à escravidão, conforme a lei brasileira.

Este artigo destacou que, apesar das medidas de enfrentamento ao trabalho análogo ao de escravo, os flagrantes se repetem, pois as empresas insistem em adotar padrões de precarização na cadeia produtiva. Apesar disso, o estudo demonstrou que coibir a reincidência das grandes empresas e grifes da moda não é uma tarefa irrealizável, no entanto, mister se faz um reexame e um reposicionamento das estratégias de combate, de modo a alcançar decisivamente os detentores do poder econômico imiscuídos em redes de subcontratação e cadeias de produção globais e nacionais. Nesse viés, a pesquisa sugere a releitura do conceito de subordinação, em uma acepção estrutural.

Além dos modos tradicionais de combate a essa forma de exploração do trabalho, deve-se considerar também que as costureiras faccionistas e as trabalhadoras domiciliares encontram nessa forma de trabalho uma alternativa para a situação de desemprego e uma forma de conciliar o trabalho com as tarefas domésticas e o cuidado com os filhos, além de meio para manter uma renda própria, embora recebendo valor menor, se comparado aos valores recebidos na condição de empregada.

Nesse sentido, o estudo concluiu que a precariedade do trabalho, a desproporcionalidade de rendimentos entre homens e mulheres, a percepção de baixos salários pelas mulheres e a quantidade de trabalhadores sem carteira assinada, à revelia dos direitos trabalhistas garantidos na legislação e à margem das instituições públicas de seguridade social são assuntos que demandam respostas das políticas públicas do município de Fortaleza em um setor econômico importante para o desenvolvimento da cidade.

A efetividade de ações desenvolvidas pela gestão municipal de Fortaleza e pelos órgãos competentes para a elaboração de políticas públicas que sinalizem o caminho para a formalização das relações de trabalho e permitam a transformação de ocupações informais em trabalhos típicos, mediante pagamento de salário, são temas que necessitam ser enfrentados.

Políticas públicas devem considerar assim a importância da manutenção dos postos de trabalho. O foco dessas políticas, portanto, não deve ser voltado somente à fiscalização das condições de trabalho, mas também a estratégias para a transformação do modelo de negócio adotado pelas confecções, facções e trabalho em domicílio.

Nessa perspectiva, o elemento central dessas políticas deve ser o desenvolvimento de formas mais eficientes de administração que promovam a competitividade das empresas sem a exploração indevida do trabalho, que possibilitem

a eliminação da discriminação, contemplem condições de igualdade e autonomia para as mulheres, ofereçam melhores rendimentos e sejam suficientes para assegurar direitos trabalhistas e previdenciários a essas trabalhadoras, mas também sejam capazes de albergar formas de contratação e relação de trabalho muitas vezes excluídas do sistema de proteção trabalhista e desamparadas em relação aos riscos à saúde ocupacional e a acidentes de trabalho, situações essas desencadeadas pela precarização das relações de trabalho, de modo a conferir maior inclusão social e proteção jurídica ao trabalhador.

No âmbito internacional, o programa Better Factories Cambodia foi analisado como uma iniciativa com foco nas mulheres e em questões que são específicas das trabalhadoras na indústria de vestuário. O objetivo proposto pelo programa, em colaboração com empregadores, fábricas, governos, sindicatos e intervenientes do setor têxtil e de confecção em nível nacional e internacional, é auxiliar as empresas a desenvolverem adequadas condições de trabalho, ou seja, transformar o modelo de negócio que compete com base no trabalho de baixo valor.

Ressalta-se ainda a necessidade de envolver os atores sociais – empregadores, governo, fábricas, compradores internacionais e sindicatos – com papéis e responsabilidades, para definir estratégias e resolver os desafios da indústria de vestuário, propiciando transformação, por meio do diálogo social, tendentes a contribuir para uma maior formalização das empresas e das relações de trabalho, conferindo direitos trabalhistas e previdenciários às costureiras, sejam elas empregadas ou microempendedoras.

## REFERÊNCIAS

ANDRESS, Beate. *Trabalho forçado e tráfico de pessoas: um manual para os inspetores do trabalho*. Genebra, 2008. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/europro/lisbon/pdf/trabalho\\_forcado\\_trafico\\_pessoas.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/europro/lisbon/pdf/trabalho_forcado_trafico_pessoas.pdf)>. Acesso em: 05/07/2015.

APÓS setor têxtil, CPI do trabalho escravo de São Paulo quer investigar construção civil. *Repórter Brasil On line*. São Paulo, 23/10/2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/10/apos-setor-textil-cpi-do-trabalho-escravo-de-sao-paulo-pretende-investigar-construcao-civil/>>. Acesso em: 01/07/2015.

BATISTA, A. *Efeitos da exposição ao ruído na saúde dos trabalhadores de uma feira no município de Fortaleza – CE*. Dissertação (Mestrado em Psicologia), Programa de Pós-Graduação em Psicologia da Universidade de Fortaleza. Fortaleza, Ceará, 2013.

BETTER WORK. Disponível em: <[http://betterwork.org/global/?page\\_id=328](http://betterwork.org/global/?page_id=328)> Acesso em: 05/04/2015.

BOICOTES não acabam com trabalho semiescravo. *Carta Capital*. Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/boicotes-nao-acabam-com-trabalho-semiescravo/>>. Acesso em: 11/06/2015.

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

BRASIL. *Decreto-lei n. 5.017*, de 12 de março de 2004. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional Relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em Especial Mulheres e Crianças – Protocolo de Palermo, adotado em Nova York em 15 de novembro de 2000. Brasília, DF, 2004.

BRASIL. *Lei n. 10.803*, de 11 de dezembro de 2003. Altera o art. 149 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940, Código Penal. Brasília, DF, 2003.

BRASIL. *Lei n. 14.946*, de 28 de janeiro de 2013. Dispõe sobre a cassação da inscrição no cadastro de contribuintes do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, de qualquer empresa que faça uso direto ou indireto de trabalho escravo ou em condições análogas. São Paulo, 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: MTE, 2011. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC88201350B7404E56553/combate%20trabalho%20escravo%20WEB.PDF>> Acesso em: 20/06/2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego – MTE. *Trabalho Escravo no Brasil em Retrospectiva: referências para estudos e pesquisas*. Brasília: MTE, 2012. Disponível em: <[http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec\\_trab\\_escravo.pdf](http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C816A350AC882013543FDF74540AB/retrospec_trab_escravo.pdf)>. Acesso em: 20/06/2015.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho – MPE. *Cartilha do trabalho escravo*. Ministério Público do Trabalho. Brasília: MPE, 2015. Disponível em: <[www.mpt.gov.br](http://www.mpt.gov.br)>. Acesso em: 19/02/2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do tratamento decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana. In: VELLOSO, Gabriel; FAVA, Marcos Neves (Coord.). *Trabalho escravo contemporâneo: o desafio de superar a negação*. São Paulo: LTr, 2006.

BROWN, Drusilla; DEHEJIA, Rajeev; ROBERTSON, Raymond. Is there a business case for improving labor standards? *Some evidence from better factories Cambodia*, 2011. Disponível em: <[http://users.nber.org/~rdehejia/papers/LLCC\\_12.pdf](http://users.nber.org/~rdehejia/papers/LLCC_12.pdf)>. Acesso em: 08/07/2015.

CALÍOPE, Thalita Silva; SILVA FILHO, José Lázaro da. Imitation and innovation in fashion: Mapping the creative process in “modinha” segment on a regional fair. *International Journal of Innovation*. São Paulo, v. 4, n. 2, p. 119-139, jul./dec. 2016.

CAMPOS, André; HUIJSTEE; Mariëtte van; THEUWS, Martje. *Da responsabilidade moral à responsabilização jurídica? As condições de escravidão moderna na cadeia global de suprimentos da indústria do vestuário e a necessidade de fortalecer os marcos regulatórios: o caso da Inditex-Zara no Brasil*. Amsterdã, 2015. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/wp-content/uploads/2015/05/Reporter-Brasil-web-P.pdf>>. Acesso em: 05/06/2015.

CONDENAÇÃO do grupo Riachuelo revela o adoecimento das trabalhadoras da moda. *Repórter Brasil*. Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2016/01/condenacao-do-grupo-riachuelo-revela-o-adoecimento-das-trabalhadoras-da-moda/>>. Acesso em: 19/12/2016.

CRESCER diferença salarial entre homem e mulher. *Diário do Nordeste on line*. Fortaleza, 06/03/2015. Disponível em: <<http://diariodonordeste.verdesmares.com.br/cadernos/negocios/crece-diferenca-salarial-entre-homem-e-mulher-1.12369831>>. Acesso em: 10/06/2015

DELGADO, Mauricio Godinho. Direitos fundamentais na relação de trabalho. *Revista LTr*. São Paulo, n. 6, p. 657-667, jun. 2006.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS – Dieese. *As experiências de diálogo social para a redução da informalidade: modelo de intervenção social no território*, 2014. Disponível em: <<http://www.dieese.org.br/livro/2014/experienciaDialogoSocial.pdf>>. Acesso em: 05/06/2015.

DONA da M. Officer e condenada por trabalho escravo. *O Estado de S.Paulo*. Disponível em: <<http://vida-estilo.estadao.com.br/noticias/moda,m5-textil-dona-da-mofficer-e-condenada-por-trabalho-escravo,1598373>>. Acesso em: 12/05/2016.

EM CPI Zara admite que havia trabalho escravo em sua cadeia produtiva. *Globo*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/em-cpi-zara-admite-que-havia-trabalho-escravo-em-sua-cadeia-produtiva-12558717>>. Acesso em: 12/05/2016.

FISCAIS flagram bolivianos em situação semelhante escravidão em SP. *Globo*, 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2014/05/fiscais-flagram-bolivianos-em-situacao-semelhante-escravidao-em-sp.html>>. Acesso em: 12/05/2016.

HOLDCROFT, Jenny. Trabajo decente en las cadenas mundiales de suministro. Transformar las relaciones laborales de las cadenas de suministro. *Boletín Internacional de Investigación Sindical*. Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, v. 7, n. 1-2, p. 105-115, dic. 2015. Disponível em: <[http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_dialogue/--actrav/documents/publication/wcms\\_433861.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/--actrav/documents/publication/wcms_433861.pdf)>. Acesso em: 10/01/2016.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Síntese de Indicadores Sociais* – uma análise das condições de vida da população brasileira, 2014. Disponível em: <[ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores\\_Sociais/Sintese\\_de\\_Indicadores\\_Sociais\\_2014/SIS\\_2014](ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014)>. Acesso em: 20/04/2015.

INSTITUTO DE PESQUISA E ESTRATÉGIA ECONÔMICA DO CEARÁ – Ipece. *Enfoque econômico*. Ceará, 2014, n. 113, p. 3, ago. 2014. Disponível em: <[http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/enfoque-economico/EnfoqueEconomicoN113\\_20\\_08\\_2014.pdf](http://www.ipece.ce.gov.br/publicacoes/enfoque-economico/EnfoqueEconomicoN113_20_08_2014.pdf)>. Acesso em: 20/04/2015.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Conferência Internacional do Trabalho, 103ª Sessão*. Genebra, 2014. Disponível em: <[http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio103\\_iv1\\_pt.pdf](http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/relatorio103_iv1_pt.pdf)>. Acesso em: 25/06/2015.

INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION – ILO. *Economic security for a better world: programme on socio-economic security*. Geneva: ILO, 2004.

JUSTIÇA determina que governo volte a divulgar lista suja da escravidão, 2016. *Repórter Brasil*. Rio Grande do Norte, 2016. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2016/12/justica-determina-que-governo-volte-a-divulgar-lista-suja-da-escravidao/>>. Acesso em: 19/12/2016.

KREIN, José Dari; PRONI, Marcelo Weishaupt. *Economia informal: aspectos conceituais e teóricos*. Escritório da OIT no Brasil. Brasília: OIT, 2010. Série Trabalho Decente no Brasil; Documento de trabalho, n. 4. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/economia\\_informal\\_241.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/employment/pub/economia_informal_241.pdf)>. Acesso em: 19/02/2015.

LOPES, Ana Maria D'Ávila. *Os direitos fundamentais como limites ao poder de legislar*. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2001.

M. OFFICER é condenada a pagar R\$ 6 mi por casos de escravidão contemporânea. *Blog do Sakamoto*. 2016. Disponível em: <<http://blogdosakamoto.blogosfera.uol.com.br/2016/11/06/m-officer-e-condenada-a-pagar-r-6-mi-por-casos-de-escravidao-contemporanea/>>. Acesso em: 19/12/2016.

MACIEL, Regina Heloisa de Oliveira *et al.* Redes sociais e capital social na formação de redes socioprodutivas: estudo em uma feira de confecções de Fortaleza. *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 17, n. 1, p. 33-47, 2014.

MATOS, Juliane Oliveira. *Os sentidos do trabalho: a experiência de trabalhadoras de facções de costura da indústria de confecções no Ceará*, 2008, 131p. Dissertação (Mestrado em Psicologia) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, 2008.

MINISTÉRIO intensifica combate à informalidade e sonegação do FGTS. *O Povo On line*. Fortaleza, 11/02/2015. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/economia/2015/02/11/noticiaseconomia,3391600/ministerio-intensifica-combate-a-informalidade-e-sonegacao-do-fgts.shtml>>. Acesso em: 05/06/2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *As boas práticas da inspeção do trabalho no Brasil: a erradicação do trabalho análogo ao de escravo*. Brasília, 2010. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour\\_inspection/pub/trabalho\\_escravo\\_inspecao\\_279.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/labour_inspection/pub/trabalho_escravo_inspecao_279.pdf)>. Acesso em: 15/07/2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Combate ao trabalho escravo: um manual para empregadores e empresas*. Brasília, 2011. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/tf\\_kit%20manual\\_741.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/tf_kit%20manual_741.pdf)>. Acesso em: 25/06/2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Simulação das Nações Unidas para Secundaristas – SINUS*. Brasília, 2014. Disponível em: <<http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Guia-Online.pdf>>. Acesso em: 25/06/2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Trabalho escravo no Brasil do século XXI*. Brasília, 2006. Disponível em: <[http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced\\_labour/pub/trabalho\\_escravo\\_no\\_brasil\\_do\\_%20seculo\\_%20xxi\\_315.pdf](http://www.oitbrasil.org.br/sites/default/files/topic/forced_labour/pub/trabalho_escravo_no_brasil_do_%20seculo_%20xxi_315.pdf)>. Acesso em: 25/06/2015.

PEDIDOS de socorro contra trabalho escravo são encontrados em roupas de grife inglesa. *O Estado de S.Paulo*. Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/>

negocios.pedidos-de-socorro-contra-trabalho-escravo-sao-encontrados-em-roupas-de-grife-inglesa,1518821>. Acesso em: 11/06/2015.

PESQUISADORES reunidos em São Paulo apontam relação entre trabalho escravo e terceirização. *Repórter Brasil Online*. São Paulo, 14 nov. 2014. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2014/11/pesquisadores-reunidos-em-sao-paulo-apontam-relacao-entre-trabalho-escravo-e-terceirizacao/>>. Acesso em: 01/07/2015.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; CARTAXO, Marina Andrade; CARDOSO, Nardejane Martins. Políticas públicas, trabalho e fronteiras. *Revista de Direito Brasileira*. Florianópolis, v. 8, n. 4, 2014. Disponível em: <<http://www.rdb.org.br/ojs/index.php/rdb/article/view/290/146>>. Acesso em: 11/06/2015.

PORTAL do empreendedor. *Entenda, o que é?* 2013. Disponível em: <<http://www.portaldoempreendedor.gov.br/modulos/entenda/oque.php>>. Acesso em: 02/08/2013.

RELATÓRIO final da Comissão. Disponível em: <[http://www1.camara.sp.gov.br/central\\_de\\_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf](http://www1.camara.sp.gov.br/central_de_arquivos/vereadores/CPI-TrabalhoEscravo.pdf)>. Acesso em: 19/12/2016.

RELATÓRIO final da CPI. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/repositorio/arquivoWeb/com/com3042.pdf>>. Acesso em: 20/04/2015.

ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro. Brazil's forced labor black list: optimizing implementation of antislavery legislation by naming and shaming. *International Labor Rights Case Law*, v. 3, p. 72-75, 2017.

ROUPAS da Hering e Riachuelo terceirizam parte da produção para oficinas do sertão. *Repórter Brasil Online*. Rio Grande do Norte, 22 dez. 2015. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2015/12/roupas-da-hering-e-riachuelo-vem-de-oficinas-terceirizadas-no-sertao/>>. Acesso em: 19/01/2016.

SÃO PAULO inova legislação de combate ao trabalho degradante e análogo à escravidão. *Transparência Alesp online*. São Paulo, 23/07/2013. Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/noticia?id=336804>>. Acesso em: 10/07/2015.

SECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS – SDH. *Brasil participa da 103ª Conferência da Organização Internacional do Trabalho em Genebra*, 2014. Disponível em: <<http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/junho>>. Acesso em: 06/06/2015.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. *Encontro Anual do Fórum Nacional de Organismos de Políticas para as Mulheres*, 2013. Disponível em: <<http://www.spm.gov.br/arquivos-diversos/opm/encontro/cartilha-textos-de-apoio-a-reuniao-anual-do-forum.pdf>>. Acesso em: 06/06/2015.

SECRETARIA DE POLÍTICAS PARA AS MULHERES – SPM. *Relatório Anual Socioeconômico da Mulher – Raseam*, 2014. Disponível em: <[http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam\\_completo.pdf](http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/publicacoes/2015/livro-raseam_completo.pdf)>. Acesso em: 06/06/2015.

SERVIÇO BRASILEIRO DE APOIO ÀS MICRO E PEQUENAS EMPRESAS – Sebrae. *Ideias de negócio: como montar um serviço de confecção*. 2015. Disponível em: <<http://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/ideias/Como-montar-um-servi%C3%A7o-de-fac%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 03/04/2015.

SOUSA, Evelize Teixeira de Oliveira. Feira da Rua José Avelino: usos do espaço público e questões sobre o patrimônio histórico. Fortaleza – CE. *Geografia*. Londrina, v. 25, n. 1, p. 125-142, jan./jun. 2016. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/geografia/article/view/22853/19330>>. Acesso em: 30/12/2016.

SWEATSHOPS exploração moderna. Disponível em: <<http://www.ufrgs.br/vies/vies/sweatshops-exploracao-moderna/>>. Acesso em: 11/06/2015.

THE ENCYCLOPAEDIA BRITANNICA. *A dictionary of arts, science, literature and general information*. Eleventh Edition. Submarine mines to Tom-Tom. New York: Cambridge University, England, v. XXI, 1911.

TONIATTI, Mariana. Espaço público: território de ninguém. *Jornal O Povo Online*. 29/04/2008. Disponível em: <<http://www.opovo.com.br/app/opovo/fortaleza/2008/04/28/noticiasjornalfortaleza,784547/espaco-publico-territorio-br-de-ninguem.shtml>>. Acesso em: 30/12/2016.

*Data de recebimento: 07/03/17*

*Data de aprovação: 30/10/17*

# ANÁLISE DA CONDIÇÃO JURÍDICA E SOCIAL DE REFUGIADOS NO BRASIL

## ANALYSIS OF THE LEGAL AND SOCIAL CONDITION OF REFUGEES IN BRAZIL

*Irineu Francisco Barreto Junior\**

*Verônica Ferreira do Prado\*\**

*Marcos Antonio Silva\*\*\**

### RESUMO

Este artigo analisa a situação atual dos refugiados na perspectiva jurídica e adota como premissa a urgência da sua consolidação, com o intuito de assegurar os direitos às vítimas de perseguição em seus países de origem. Para abordar a situação dos refugiados, o artigo apresenta os precedentes históricos e a formulação desse status jurídico, bem como o esforço internacional no intuito de equacionar a proteção e o abrigo dessas pessoas. A metodologia do artigo fundamenta-se na técnica analítica, na qual são avaliados os aspectos formalistas da sistematização das regras e normas jurídicas, com foco no ordenamento jurídico e suas relações internas, somado ao enfoque hermenêutico interpretativo, que busca compreender as condutas humanas por meio da atividade discursiva interpretativa. Conclui que a questão dos refugiados é atualmente objeto de grande visibilidade internacional, decorrente dos grandes fluxos populacionais do Oriente Médio e norte da África para a Europa, e que a segurança jurídica oferecida pelo status de refugiado, desde que cabível, pode atenuar a situação desses contingentes populacionais forçados a migrar entre as nações.

**Palavras-chave:** Refugiados; Direitos humanos; Solidarismo internacional.

---

\* Doutor em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP. Docente do Programa de Mestrado em Direito da Sociedade da Informação e do Curso de Graduação em Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP. São Paulo-SP, Brasil. E-mail: neubarreto@hotmail.com.

\*\* Advogada e bacharel em Direito pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP) São Paulo. E-mail: veroprado23@hotmail.com.

\*\*\* Mestrando em Direito da Sociedade da Informação pelo Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU-SP. São Paulo; especialista em Direitos de Cidadania pela Universidade de Guarulhos – UnG; professor universitário. E-mail: marcosantonio@camara.sp.gov.br.

---

**ABSTRACT**

---

This article aims to analyze the current situation of refugees in the juridical perspective. Believes in the urgency of consolidating refugee status to ensure the rights inherent in this condition to the victims of persecution in their countries of origin. In order to address the situation of refugees, the article presents historical precedents and the formulation of this legal status, as well as the international effort to address the protection and shelter of these people. The methodology of the article is based on the analytical technique, in which the formalistic aspects of the systematization of legal rules and norms, focusing on the juridical order and their internal relations are evaluated, together with the interpretive hermeneutic approach, which seeks to understand human conduct through of the interpretive discursive activity. Concludes that the issue of refugees is currently the subject of great international visibility as a result of the large population flows from the Middle East and North Africa to Europe, and that legal security provided by refugee status, where appropriate, may mitigate the Contingents of people forced to move among the nations.

**Keyword:** Refugees; Human rights; International solidarity.

**INTRODUÇÃO**

A Segunda Guerra Mundial perpetrou rastro inédito de destruição e mortes na história do século XX, perseguição de milhões de pessoas, que se deslocaram em torno da Europa e demais regiões do mundo, fugindo das atrocidades do *Nazifascismo*, bombardeios e do clima de morticínio que tomou o continente. Aos partícipes desses fluxos populacionais, foi atribuída a denominação de refugiados. Com o final do conflito, a Organização das Nações Unidas – ONU foi criada com o intuito de promover a pacificação dos povos e os Direitos Humanos. Elaborou em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos, formulada pluralmente por diplomatas de vários países, com distintos sistemas jurídicos e formações culturais. A declaração estabeleceu a proteção universal dos direitos do homem, independentemente da nacionalidade e residência da pessoa, para que fossem assegurados seus direitos à vida e à dignidade, institutos aperfeiçoados com o transcorrer do tempo em tratados internacionais e demais instrumentos cooperativos das relações desse escopo.

Este artigo foi motivado pelo fluxo crescente de refugiados para a cidade de São Paulo, Brasil, nos anos recentes e elege como objetivo analisar esse fenômeno nas perspectivas jurídicas, sociológicas e humanitárias. Adota como premissa que é premente a disseminação do *status* de refugiado com o intuito de assegurar os direitos inerentes a essa condição. O direito ao refúgio é uma condição humana, pois decorre da inexistência de opção ao refugiado, que é expulso do seu país de procedência ou residência, abandonando suas origens, histórias de vida e patrimônio.

Para abordar com acuidade essa situação dos refugiados, o artigo apresenta os precedentes históricos e a formulação do *status* jurídico dos refugiados, dentro do qual será apontada a conformação dessa condição jurídica, bem como todo o esforço internacional, para equacionar a proteção e o abrigo a serem destinados aos refugiados. Nesse intuito, também se faz necessária a exposição do conjunto normativo voltado à proteção de refugiados, dentre os quais são abordados a Convenção do Estatuto dos Refugiados, Protocolo de 1967, Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, Declaração de Cartagena e a Constituição Federal Brasileira de 1988.

O artigo procura avançar além da abordagem histórica e jurídica e analisa a atuação de organismos brasileiros de proteção dos refugiados, voltados a assegurar seus direitos fundamentais, especialmente a Cáritas Arquidiocesana de São Paulo – CASP e o Instituto de Reintegração dos Refugiados – AduS. Esses organismos afirmam que as primeiras dificuldades que os refugiados enfrentam, ao permanecerem no Brasil, é a comunicação. Em sua maioria, não se expressam na língua portuguesa; portanto, não conseguem se comunicar, se fazer compreendido e compreender. A problemática está se irão seguir as leis, obter direitos, cumprir obrigações às quais estarão sujeitos. Se um fato jurídico ocorre na vida deles, terão grandes dificuldades para compreendê-lo.

A pesquisa apresenta ainda uma análise de documentos do Comitê Nacional de Refugiados – Conare e da Agência da ONU para Refugiados – ACNUR, que alertam para a crescente movimentação de pessoas pelo mundo, como as vistas no Brasil, motivadas por razões diversas: conflitos, perseguições e intolerância política e religiosa. Estas são as principais razões para acontecerem movimentações em massa.

O referencial teórico adotado na pesquisa compila obras doutrinárias de referência, voltadas aos temas da proteção dos refugiados, no âmbito dos Direitos Humanos, e dos pactos e acordos dos quais o Brasil é signatário. O arranjo doutrinário propiciou o estabelecimento de uma visão crítica sobre a situação dos refugiados no Brasil, na perspectiva da proteção dos direitos e da cidadania dos imigrantes em situação de vulnerabilidade.

A metodologia do artigo fundamenta-se na técnica analítica, na qual são avaliados os aspectos formalistas da sistematização das regras e normas jurídicas, com foco no ordenamento jurídico e suas relações internas, somado ao enfoque hermenêutico interpretativo, que busca compreender as condutas humanas por meio da atividade discursiva interpretativa. Segundo Gustin e Dias, “a interação entre esses modelos dá-se por meio de um processo dialético de inclusão/complementação/distinção<sup>1</sup>”.

---

<sup>1</sup> GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, P. 25.

## PRECEDENTES HISTÓRICOS E A FORMULAÇÃO DO STATUS JURÍDICO DOS REFUGIADOS

É necessário destacar um conjunto precedente de eventos históricos, dentro do qual será apontada a conformação dessa condição humana, bem como todo o esforço internacional, no intuito de equacionar a proteção e o abrigo a serem destinados aos refugiados. O transcorrer dos tempos alterou os rumos adotados pelas sociedades, apontando na direção da complexa teia de inter-relações em que as sociedades se transformaram, ainda mais quando considerado o fenômeno da evolução tecnológica que criou as condições de surgimento da sociedade da informação.

Historicamente, o refúgio é tão antigo quanto a humanidade, acontece em decorrência de motivações políticas, religiosas, sociais, culturais ou de gênero. A movimentação de pessoas forçadas a deixar seus países e procurar proteção internacional, que inicialmente era fundamentada predominantemente por razões religiosas, ao longo do tempo sofreu alterações para justificativas de motivação política resultantes de perseguição, flagelo, fome e insegurança de modo geral, conforme demonstra Barreto: “Com a criação do sistema diplomático e de embaixadas, o refúgio perde esse carácter religioso e passa a ser assunto de Estado, baseado na teoria da extraterritorialidade”.<sup>2</sup> Em outra passagem, o autor descreve o final do século XIX e o início do XX, por força do nacionalismo na Europa, como um período no qual se buscava a homogeneidade da população e sua fixação no solo, entre o coletivismo e o individualismo. Alguns Estados restringiam a saída de seus nacionais, enquanto diversamente outros promoviam a migração para trabalho ou por razões políticas.

Migrar, naquele período, significava alimentar o crescimento e o desenvolvimento político e econômico do sistema capitalista nas Américas. Ou parafraseando Hannah Arendt, a realização desde a Revolução Americana de 1776 de um projeto de “civilização atlântica como um todo”, a denominada “realização europeia na América”.<sup>3</sup>

Para Silva, o modelo dos Estados Nacionais triunfou em decorrência do êxito verificado na Europa, onde as nações organizaram-se e competiram umas com as outras. A partir do século XIX, os europeus levaram para o mundo uma única rede de relações econômicas e estratégicas que garantiu um modelo de unificação mundial a qual lançaria as bases para o atual sistema internacional

---

<sup>2</sup> BARETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. ACNUR, Brasília: Ministério da Justiça, 2010. p. 12.

<sup>3</sup> SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1988 – 2014)*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 185.

de Estados. “Assim, os Estados Nacionais juntaram, em uma estrutura relativamente coordenada, importantes organizações militares, administrativas e econômicas, coexistindo por longo tempo com outros tipos de organizações políticas (cidades-estados, impérios), mas acabaria prevalecendo de forma quase única a partir do século XX.”<sup>4</sup>

Sobre ideários fundamentados em princípios de perseguição das minorias, ideário que fundamenta projetos de poder de Estados Nação com a Alemanha Nazista, é oportuno recordar Hannah Arendt, para quem “Um Estado cujo governo seja imbuído de semelhante tipo de nacionalismo, provavelmente negará a qualquer minoria política existente no seu interior um sentido de pertencimento, sendo um passo para a perseguição sistemática e a negação dos direitos de cidadania”.<sup>5</sup> No contexto global, a proteção e o reconhecimento de direitos das pessoas refugiadas somente ocorreu após a Segunda Guerra Mundial.

Com a Segunda Guerra Mundial, o problema dos refugiados tomou proporções jamais vistas. Dezenas de milhões de pessoas se deslocam por diversas partes do mundo, a maioria sob fuga do delírio expansionista nazista. Em 1943, os aliados criaram a Administração de Socorro e Reabilitação das Nações Unidas.<sup>6</sup>

É relevante destacar a atitude do presidente Roosevelt em abril de 1943, que convocou uma conferência em Genebra na qual foi dada ao Comitê Intergovernamental uma nova extensão de competências a respeito dos refugiados:

O resultado foi a extensão das competências do Comitê Intergovernamental, em particular da *ratione personae*, posto englobar todas as pessoas, que como resultado dos eventos ocorridos na Europa, tivessem de deixar seu país de residência porque sua vida e liberdade estavam em perigo devido à sua raça, religião ou opiniões políticas. Essa extensão proporcionou proteção aos novos grupos de refugiados que surgiram durante a II Guerra. As competências do Comitê Intergovernamental, ainda na Conferência de Bermudas, também, foram estendidas *ratione materiae*, fazendo com que ele ficasse responsável pela proteção jurídica, manutenção e assentamento dos refugiados.<sup>7</sup>

Após a realização da Conferência em Genebra, a questão dos refugiados adquiriu cada vez mais relevância, e avançaram as iniciativas de torná-la objeto

---

<sup>4</sup> SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1988 – 2014)*, p. 51.

<sup>5</sup> SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1988 – 2014)*, p. 51.

<sup>6</sup> BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*, p. 14.

<sup>7</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MOISÉS, Cláudia Perrone. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo. Biblioteca Edusp de Direito 6. 1999. p. 105-106.

de normatização, além de criação e aprimoramento de políticas e programas para assegurar o mínimo necessário a pessoas nessa condição, o direito de viver. Amaral Júnior menciona o ano de 1946, período do pós-guerra, quando a Assembleia Geral das Nações Unidas estabeleceu maior detalhamento sobre princípios necessários para os refugiados no âmbito internacional; a criação de um órgão para tratar do futuro de refugiados e pessoas deslocadas; de estímulo aos refugiados para retornarem aos seus países, todavia sem devolvê-los compulsoriamente. Trata-se do princípio do *non-refoulement*.<sup>8</sup>

(...) finalmente, em dezembro de 1950, foi criado o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), com a função de proporcionar proteção internacional aos refugiados. O Acnur surgiu como uma instituição apolítica. É uma instituição internacional, humanitária e de cunho social.<sup>9</sup>

O contexto demonstra que no período de 1945 a 1950 foi um tempo de crise econômica, política e social para a maioria dos países, tudo decorrente da Segunda Guerra Mundial, sem embargo que desde o final do século XVIII o indivíduo tendeu sem retrocesso a ser considerado como uma pessoa humana e detentora de direitos, e não mais como mero súdito. O indivíduo passou a ser considerado como sujeito de direitos, não um mero integrante de um corpo social.<sup>10</sup>

## CONJUNTO NORMATIVO PARA PROTEÇÃO DE REFUGIADOS

*A Convenção do Estatuto dos Refugiados conceituou o termo Refugiado de forma a circunscrevê-lo apenas a pessoas que passaram pelos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951. Restringir o status de refugiado aos vitimados pela Segunda Guerra Mundial deve-se ao contexto diplomático de então e à conformação do mapa mundial após o conflito, bem como decorre das tensões inerentes ao pós-guerra. O refugiado tem direito nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados à cédula de identidade comprobatória de sua condição jurídica, à carteira de trabalho e a um documento de viagem, pois ele tem direito a um asilo seguro. Os refugiados, de igual modo, estão sujeitos aos direitos econômicos e sociais, os mesmos que se aplicam em outros indivíduos, como assistência médica, direito de trabalhar, liberdade de circulação, liberdade de pensamento e, também, obrigações de respeitar as leis do país que o acolheu.*

---

<sup>8</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MOISÉS, Cláudia Perrone. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, p. 14.

<sup>9</sup> AMARAL JÚNIOR, Alberto do; MOISÉS, Cláudia Perrone. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*, p. 15.

<sup>10</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, v. 17, 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 66.

O Estatuto dos Refugiados prevê no artigo 6.A.II que refugiado é a

pessoa que, como resultado de acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951, e devido a fundados temores de ser perseguido por motivos de raça, religião e nacionalidade ou opinião política, se encontra fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em razão de tais temores ou razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira receber a proteção desse país, ou que, por carecer de nacionalidade e estar fora do país onde antes possuía sua residência habitual não possa ou, por causa de tais temores ou de razões que não sejam de mera conveniência pessoal, não queira regressar a ele.<sup>11</sup>

Conforme os países passavam a atuar nas causas dos refugiados, houve necessidade de um termo mais amplo que assegurasse legalmente ocorrências a partir de então. O dispositivo foi alterado pelo Protocolo de 1967, relativo ao Estatuto dos Refugiados. Esse protocolo passou a vigorar em 4 de outubro de 1967, com o intuito de ampliar o escopo conceitual dos refugiados, para que os novos pleiteantes do *status* pudessem solicitar proteção, sem observância da antiga restrição temporal.

Com o tempo e a emergência de novas situações geradoras de conflitos e perseguições, tornou-se crescente a necessidade de providências que colocasse os novos fluxos de refugiados sob a proteção das provisões da Convenção. Assim o Protocolo relativo ao Estatuto dos Refugiados foi preparado e submetido à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1966. Na Resolução 2198 (XXI) de 16 de dezembro de 1966, a Assembleia tomou nota do Protocolo e solicitou ao Secretário-Geral que submetesse o texto aos Estados para que o ratificassem. O Protocolo foi assinado pelo Presidente da Assembleia Geral e o Secretário-Geral no dia 31 de janeiro de 1967 e transmitido aos governos. Entrou em vigor em 4 de outubro de 1967.<sup>12</sup>

Sendo assim, esses instrumentos normativos revestem-se de relevância e os principais instrumentos internacionais contemporâneos, voltados à proteção dos refugiados, adotam a prescrição do conceito ampliado, bem como seus teores são altamente reconhecidos internacionalmente: “A Assembleia Geral tem frequentemente chamado os Estados a ratificar esses instrumentos e incorporá-los à legislação interna. A ratificação também tem sido recomendada por várias organizações, tal como o Conselho da União Europeia, a União Africana e a Organização dos Estados Americanos”.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/direitos/tratado12.htm>>. Acesso em: 18/07/2016.

<sup>12</sup> ACNUR. Protocolo 1967 de 1951. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/>>. Acesso em: 29/06/2016.

<sup>13</sup> Disponível em: <[www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951](http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/)>. Acesso em: 29/06/2016.

É sabido que o art. 48, da Lei n. 9.474, do Estatuto do Refugiado, expressa que a lei deverá ser interpretada em harmonia com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com a Convenção sobre o Estatuto dos Refugiados de 1967 e com todo dispositivo pertinente de instrumento internacional de proteção de direitos humanos com o qual o governo brasileiro estiver comprometido. Esse protocolo procurou estabelecer compromissos administrativos entre os Estados-membros (signatários do protocolo), a ACNUR e as agências internacionais; além disso, o secretário-geral da Organização das Nações Unidas esclarece que leis e regulamentos devem ser elaborados ou promulgados para assegurar a aplicação do presente *status* dos refugiados.

Em 22 de novembro de 1984, a cidade de Cartagena das Índias, Colômbia, foi palco do colóquio para tratar da Proteção Internacional dos Refugiados na América Central, México e Panamá, de onde surgiu a Declaração de Cartagena. O Brasil foi um dos trinta países latino-americanos que aderiu a declaração. Depois de conceituado “refugiado”, os Estados-membros na América Latina perceberam que havia muitos problemas a respeito de como organizar esse grupo dentro do país receptor sob os aspectos jurídico e humanitário. Representantes de governos e juristas latino-americanos debateram a proteção a refugiados e chegaram a conclusões e recomendações para o estabelecimento de políticas públicas de acolhimento e promoção à autossuficiência do paciente no país receptor. É relevante destacar algumas recomendações do Texto Declarado:

Segunda – Propiciar que a ratificação ou adesão à Convenção de 1951 e ao Protocolo de 1967 no caso dos Estados que ainda o não tenham efetuados não seja acompanhada de reservas que limitem o alcance de tais instrumentos e convidar os países que as tenham formulado a que considerem o seu levantamento no mais curto prazo.

Terceira – Reiterar que, face à experiência adquirida pela afluência em massa de refugiados na América Central, se torna necessário encarar a extensão do conceito de refugiado tendo em conta, no que é pertinente, e de acordo com as características da situação existente na região, o previsto na Convenção da OUA14 (artigo 1º, § 2) e a doutrina utilizada nos relatórios da Comissão Interamericana dos Direitos Humanos. Deste modo, a definição ou o conceito de refugiado recomendável para

---

<sup>14</sup> Convenção da Organização da Unidade Africana. Adotada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo aquando da Sexta Sessão Ordinária (Adis Abeba, 10 de setembro de 1969). “Artigo 1º, § 2º O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.” Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>.

sua utilização na região é o que, além de conter os elementos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, considere também como refugiados as pessoas que tenham fugido dos seus países porque a sua vida, segurança ou liberdade tenham sido ameaçadas pela violência generalizada, a agressão estrangeira, os conflitos internos, a violação maciça dos direitos humanos ou outras circunstâncias que tenham perturbado gravemente a ordem pública.

[...]

Quinta – Reiterar a importância e a significação do princípio de *non-refoulement* (incluindo a proibição da rejeição nas fronteiras), como pedra angular da proteção internacional dos refugiados. Este princípio imperativo respeitante aos refugiados deve reconhecer-se e respeitar-se no estado atual do direito internacional, como um princípio de *jus cogens*.

(...)

Oitava – Propiciar que os países da região estabeleçam um regime de garantias mínimas de proteção dos refugiados, com base nos preceitos da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967 e na Convenção Americana dos Direitos Humanos, tomando-se ainda em consideração as conclusões emanadas do Comitê Executivo do ACNUR, em particular a n. 22 sobre a Proteção dos Candidatos ao Asilo em Situações de Afluência em Grande Escala.

(...)

Décima primeira – Estudar com os países da região que contam com uma presença maciça de refugiados as possibilidades de integração dos refugiados na vida produtiva do país, destinando os recursos da comunidade internacional que o ACNUR canaliza para a criação ou geração de empregos, possibilitando assim desfrutar dos direitos econômicos, sociais e culturais pelos refugiados.<sup>15</sup>

Foram 17 conclusões estabelecidas no Colóquio de Cartagena. Houve o estabelecimento de pontos importantes para o acolhimento de refugiados, a participação destes na sociedade em que estiverem acolhidos, inclusive a não devolução forçada e contra a vontade dos pacientes ao país de origem. A análise da regulamentação jurídica dos refugiados exige também a menção do Estatuto dos Apátridas – 2002. Trata-se de abordagem necessária apesar de parecer transbordar do tema. O Estatuto dos Apátridas está insculpido no Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002, com base no art. 84, VIII, da CRFB. É um documento fundamental para esclarecer pontos jurídicos e políticos, haja vista a não rara

---

<sup>15</sup> ACNUR – Documentos. Declaração de Cartagena – Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)>. Acesso em: 18/07/2016.

confusão existente entre as condições de apátrida com a de refugiado ou deslocado. O periódico *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*, do ACNUR, distingue de modo interessante as figuras da pessoa do refugiado dos solicitantes de refúgio e dos deslocados internos, bem como os apátridas e retornados:

Refugiados: pessoas que estão fora de seu país natal por terem razões bem fundamentadas para temer perseguições relacionadas a conflitos armados, questões de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, como também devido a violação generalizada de direitos humanos.

Solicitantes de refúgio: alguém que afirma ser refugiado, mas que ainda não tem seu pedido avaliado, definitivamente, pelos sistemas nacionais de proteção e refúgio.

Deslocados internos: são pessoas deslocadas dentro de seu próprio país, pelos mesmos motivos de um refugiado. Ou seja, não atravessaram uma fronteira internacional para proteção e permanecem em seu país natal.

Apátridas: são pessoas que não são consideradas como um nacional por nenhum país. A apátrida ocorre por várias razões, como discriminação contra minorias na legislação nacional, falha em incluir todos os residentes do país no corpo de cidadãos quando o Estado se torna independente (secessão de Estados) e conflitos de leis entre Estados.

Retornados: pessoas que retornam voluntariamente e em segurança a seus países de origem.<sup>16</sup>

A norma claramente prescreve: “Artigo 1 – Definição do Termo ‘Apátrida’ – 1. Para os efeitos da presente Convenção, o termo ‘apátrida’ designará toda pessoa que não seja considerada seu nacional por nenhum Estado, conforme sua legislação”.<sup>17</sup> O apátrida possui características, algumas semelhantes com as do Estatuto dos Refugiados, sendo que para se estabelecer no território nacional o pretendente a acolhimento não pode ter cometido crime contra a paz, delito de guerra, delito contra a humanidade, delitos graves de índole não política fora de seu país de residência e antes de ser admitido no país receptor, ou até mesmo aqueles que são considerados culpados de atos contrários aos propósitos e princípios das Nações Unidas.

Observação importante deve ser feita sobre as obrigações dos apátridas, de acordo com o art. 2º do referido decreto: “Todo apátrida tem, a respeito do país em que se encontra, deveres que compreendem especialmente a obrigação de

---

<sup>16</sup> ACNUR – Agência da ONU para Refugiados. UNHCR – The UN Refugee Agency. Cartilha: *Protegendo refugiados no Brasil e no mundo*, p. 9.

<sup>17</sup> Planalto do Governo Brasileiro – Acervo – Legislação – Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002 – Estatuto dos Apátridas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4246.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm)>. Acesso em: 18/08/2016.

acatar suas leis e regulamentos, bem como as medidas adotadas para a manutenção da ordem pública”.<sup>18</sup>

Nesse contexto, é relevante a análise como o legislador brasileiro busca fazer cumprir as garantias fundamentais do ser humano e da dignidade da pessoa humana no mesmo momento em que deve preservar a segurança territorial nacional.

## ESTADO BRASILEIRO, DIREITOS E GARANTIAS DOS REFUGIADOS

Conforme a doutrina, a dignidade humana está relacionada à constituição de um *Estado Democrático de Direito*. A Constituição Federal Brasileira de 1988 expõe os Princípios Fundamentais do Estado brasileiro e estabelece, formalmente:

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

[...]

III – a dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup>

Violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade (...) representa insurgência contra todo o sistema, subversão de valores fundamentais.”<sup>20</sup>

Insculpida como *Estado Democrático de Direito*, a República Federativa do Brasil tem como fundamentos a soberania, a cidadania e a dignidade de pessoa humana. Conforme Pinho, “Podemos conceituar o Estado Democrático de Direito como o Estado regido por leis, em que o governo está nas mãos de representantes legitimamente eleitos pelo povo”.<sup>21</sup> O Estado brasileiro é uma sociedade política dotada de características próprias, ou tidas como elementos essenciais que a distinguem dos demais Estados como: povo, território e soberania. “É pelo Estado e por intermédio da atuação estatal que os direitos esculpidos

---

<sup>18</sup> Planalto do Governo Brasileiro – Acervo – Legislação – Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002 – Estatuto dos Apátridas. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4246.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm)>. Acesso em: 18/08/2016. “Art. 2º, Obrigações Gerais – Todo apátrida tem, a respeito do país em que se encontra, deveres que compreendem especialmente a obrigação de acatar suas leis e regulamentos, bem como as medidas adotadas para a manutenção da ordem pública.”

<sup>19</sup> *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988, organizador Alexandre de Moraes. São Paulo: Atlas, 2014. p. 1.

<sup>20</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello, apud Celso Antônio Bandeira de Mello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*. p. 54.

<sup>21</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, p. 56.

na Constituição se concretizam no mundo fático”.<sup>22</sup> O mesmo autor traz a definição de Estado proposta por Georg Jellinek como “a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotado de um poder originário de mando”. A partir desse conceito, a doutrina, à unanimidade, elenca três elementos fundamentais do Estado: poder, população e território.<sup>23</sup>

Assim, no art. 3º, I e IV, da CRFB/1988, teve como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que busca promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. A promoção do bem de todos, ou seja, o bem comum, que consiste em uma sociedade solidária pautada nos interesses do grupo de pessoas, buscando garantir o bem-estar social e a dignidade da pessoa humana, não podendo haver qualquer forma de discriminação. O bem comum é a causa final constitutiva do Estado, que, segundo o autor:

O Estado de Direito deve pautar sua existência tendo como desidrato o bem comum, que é a realização total das necessidades de um povo. O bem comum é buscado através de três planos distintos: políticos, jurídicos e social. No plano político, o Estado deve manter a segurança externa e interna dos cidadãos. No plano jurídico, o bem comum traduz-se no ideal de justiça, que é o próprio fundamento de todo o sistema jurídico. No plano social, o bem comum é o atendimento às necessidades do povo (educação, saúde, seguridade social, etc.).<sup>24</sup>

No caso de refugiados, ataca o princípio fundamental da “dignidade da pessoa humana”, que, segundo o autor: “O valor dignidade da pessoa humana deve ser entendido como o absoluto respeito aos direitos fundamentais, assegurando-se condições dignas de existências para todos”.<sup>25</sup> Não se deve olvidar que todo o indivíduo é sujeito de direito, como já citado pelo autor Pinho no primeiro capítulo do presente artigo: “Após as grandes revoluções no final do século XVIII, o indivíduo passou a ser considerado como um sujeito de direitos e não como mero integrante de um corpo social”.<sup>26</sup>

Além disso, o texto constitucional traz como destinatários de direitos e deveres individuais e coletivos todas as pessoas, os brasileiros e os estrangeiros residen-

---

<sup>22</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: RT, 2010. p. 101.

<sup>23</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*, p. 101.

<sup>24</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: RT, 2010. p. 111.

<sup>25</sup> SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos humanos e cidadania*, p. 57.

<sup>26</sup> PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, p. 75

tem no País: “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.<sup>27</sup> Os refugiados são pessoas que supostamente gostariam de estar em seus países de origem, vivendo juntos com seus familiares, em seus próprios lares, com suas culturas e tradições, mas devido à grave e generalizada violação de direitos humanos, de conflitos principalmente políticos e religiosos, são obrigados a deixar seus países de nacionalidade para buscar proteger o bem maior: a vida.

Vale trazer para a análise algumas garantias constitucionais que estão intrinsecamente voltadas para “os refugiados” como garantia de direitos fundamentais. A livre locomoção no território nacional em tempo de paz possibilita a qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. O direito de liberdade é abrangente: liberdade de locomoção, crença religiosa, associação, reunião, ação profissional, opinião – é o próprio motivo da existência do homem, agir com consciência e ter o poder de decidir e escolher os seus próprios atos. Sempre salientando que quando o texto trata “nos termos da lei” significa que leis infraconstitucionais e tratados internacionais devem existir para tais exercícios do direito, os quais devem ser respeitados por toda a população, pois têm como objetivo garantir a ordem pública no território nacional. A Constituição da República Federativa Brasileira de 1988 teve por base constitucional nas relações internacionais, com o objetivo da prevalência dos direitos humanos,<sup>28</sup> defesa da paz, repúdio ao terrorismo e ao racismo, cooperação entre os povos para o progresso da humanidade, concessão de asilo político, conforme o art. 4º, II, VI, VIII, IX e X.

A legislação brasileira que recepciona os refugiados tem base na Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997, que define mecanismos para implementação do Estatuto dos Refugiados de 1951 e estabeleceu a criação de um Comitê Nacional para os Refugiados – Conare, que é um órgão colegiado e vinculado ao Ministério da Justiça, o qual tem por finalidade analisar e decidir todos os pedidos de refúgio no Brasil, além de definir soluções duráveis que permitiram reconstruir a vida dessas pessoas com paz e dignidade, tema que será analisado mais adiante neste artigo.

Nesse contexto, vale relatar que o Brasil é membro da Organização das Nações Unidas desde 24 de outubro de 1945. A Organização das Nações Unidas (ONU), em 14 dezembro de 1950, criou por meio da Assembleia Geral o órgão Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados – ACNUR,<sup>29</sup> o qual teve como objetivo proteger e assistir as vítimas de perseguições, da violência e da intolerância. Em 1977, o ACNUR celebrou um acordo com o Brasil estabelecen-

---

<sup>27</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, p. 5.

<sup>28</sup> Constituição da República Federativa do Brasil, p. 2.

<sup>29</sup> ACNUR. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil>>. Acesso em: 18/07/2016.

do um escritório *ad hoc* na cidade do Rio de Janeiro. Porém, passou efetivamente a atuar somente em 1980, com o processo de redemocratização.

## SITUAÇÃO DOS REFUGIADOS NO BRASIL

Conforme dados divulgados pelo ACNUR e de acordo com o Conare, em outubro de 2014 o número de refugiados alcançou 7.289 reconhecidos, de 81 nacionalidades distintas, sendo 25% deles mulheres, incluindo os refugiados reassentados, que são aqueles que não podem retornar para o seu país devido a uma fundada perseguição; nesses casos, o ACNUR direciona-os para países consignatários como Estados Unidos, Austrália, Canadá, Países Nórdicos, Brasil, Argentina, Chile, Paraguai e Uruguai. O número total de pedidos de refúgio aumentou mais de 930% entre 2010 e 2014 (de 566 para 5.882). Até outubro de 2014, foram contabilizadas outras 8.302 solicitações.

A maioria dos solicitantes de refúgio vem da África, Ásia (inclusive Oriente Médio) e América do Sul, isso significa que a população de refugiados no Brasil vem crescendo de forma acelerada. Esse perfil sofreu grande alteração com o aumento das solicitações feitas por sírios, libaneses e congolenses. Em termos de gênero e idade, os dados do Conare demonstram que o percentual de mulheres diminuiu de 20% (em 2010 e 2011) para 10% (em 2013), mantendo-se estável em 2014. A metade dos solicitantes de refúgio é formada por adultos entre 18 e 30 anos. Apenas 4% são apresentados por menores de 18 anos, dos quais 38% correspondem a crianças entre 0 e 5 anos. Portanto, para que os Estados possam contribuir cumprindo seus compromissos internacionais e constitucionais na prestação de proteção internacional e promover soluções duradouras para refugiados e outras populações de interesse, o ACNUR conta no Brasil com um escritório-sede em Brasília e duas unidades em São Paulo, que cuidam, respectivamente, da proteção e integração de refugiados e da arrecadação de fundos privados. A agência trabalha em estreita parceria com os governos (federal, estadual e municipal), o setor privado e organizações da sociedade civil que operam em regiões estratégicas do País. As ONGs parceiras estão localizadas nos estados de São Paulo, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Amazonas e Distrito Federal.

Em 2014, a maioria das solicitações de refúgio no Brasil foi apresentada em São Paulo (26%), no Acre (22%), no Rio Grande do Sul (17%) e no Paraná (12%). Todas as solicitações de refúgio apresentadas no Brasil são analisadas e decididas pelo Conare, que é composto de representantes dos ministérios da Justiça, das Relações Exteriores, da Educação, do Trabalho e da Saúde, além de representantes da Polícia Federal e de organizações da sociedade civil que trabalham com o tema dos refugiados. Observa-se que o número de refugiados recebidos no Brasil vem aumentando a cada ano; no entanto, a nossa base jurídica atual é o Estatuto do Refugiado de 1951, o qual passou a ser consignatário em 1960; a Lei n. 9.474/97, que trata dos direitos dos refugiados; e estando os refugiados sujeitos aos deveres

dos estrangeiros no Brasil, logo tem arcabouço na Lei n. 6.815/80, a qual define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil e criou o Conselho Nacional de Imigração.<sup>30</sup>

Portanto, é interessante o governo ser ágil e estabelecer os procedimentos da situação jurídica do refugiado para que eles possam estar de acordo com o sistema legal. É um assunto e uma situação muito nova para o País lidar de forma tão eficiente, principalmente quanto ao alto número de autorização de permanência, de asilo e de imigração; porém, de suma importância, pois dispensa cuidados aos direitos fundamentais individuais em relação à dignidade da pessoa humana.

O Brasil atua com o intuito de atender diretrizes estabelecidas pelas convenções, declarações e protocolos, aos quais é signatário; dessa forma, tanto instituições que já existiam quanto outras que foram criadas devem proteger os refugiados e assegurar direitos universais e fundamentais. Cáritas e Adus são as principais instituições que atuam no acolhimento, na proteção e na defesa dos direitos dos refugiados no Brasil.

A Cáritas é uma organização não governamental da Igreja Católica e organismo da CNBB – Conferência Nacional dos Bispos do Brasil. Seu princípio é contribuir para um mundo mais digno e mais justo, principalmente para as pessoas excluídas da sociedade. No início a Cáritas partiu para uma prática assistencialista, ajudando a camada mais pobre da população, realizando a distribuição dos mantimentos através de doações vindas de organizações europeias. Atualmente, a Cáritas Brasileira assume a palavra caridade no sentido de solidariedade, na perspectiva da “solidariedade pela vida”. A Cáritas atua na defesa dos direitos humanos e do desenvolvimento sustentável solidário na perspectiva de políticas públicas, com uma mística ecumênica. Seus agentes trabalham junto aos excluídos e excluídas, muitas vezes em parceria com outras instituições e movimentos sociais.

Já em São Paulo a CÁRITAS ARQUIDIOCESANA DE SÃO PAULO – CASP é um organismo da Arquidiocese de São Paulo, fundada em 04 de abril de 1968 e com refundação em 18 de outubro de 1987, atuante até os dias de hoje, articulando e organizando a prática da solidariedade das comunidades em favor das vítimas das emergências naturais e dos excluídos nas urgências sociais.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> Ainda é prematuro afirmar se a nova Lei de Imigração (Lei n. 13.445/2017) recentemente aprovada no Brasil provocará reflexos na legislação de refúgio brasileira existente antes da sua promulgação, apesar de a ONG Conectas Direitos Humanos definir que a proposta “abandona a visão de que o imigrante é uma ameaça à segurança nacional e passa a tratar o tema sob a perspectiva dos direitos humanos”. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/politica/o-que-muda-com-a-nova-lei-de-migracao>>. Acesso em: 06/07/2017.

<sup>31</sup> Cáritas. Manual do voluntariado CASP. Relatório CASP – 1996; Cáritas na promoção da solidariedade – Como Organizar a ação Caritas – da Cáritas Brasileira – série Cartilhas. Disponível em: <[http://www.caritassp.org.br/?page\\_id=10](http://www.caritassp.org.br/?page_id=10)>. Acesso em: 30/06/2016.

A Cáritas e a Adus são instituições localizadas na capital do estado de São Paulo e contribuem efetivamente para causas sociais, assistenciais e judiciais dos refugiados nessa capital. A Adus foi fundada em 10 de outubro de 2010 e hoje é composta de três fundadores: Marcelo Haydu, Andrea Piccini e Victor Mellão.

A situação dos refugiados residentes no Brasil é bastante complexa. Faltam locais para acolhimento; a maioria dos brasileiros – por falta de informação – não sabe ao certo quem são essas pessoas, o que acarreta casos de xenofobia; tal falta de informação também dificulta a inserção dessa população no mercado de trabalho; muitas vezes, necessidades básicas, tais como alimentação e vestimenta também fazem parte do dia a dia dessas pessoas.

As dificuldades são diversas. Nesse contexto, visando gerar melhores condições para integração desses solicitantes de asilo e refugiados, foi fundado, em 2010, por 3 amigos internacionalistas e pesquisadores do tema do refúgio, o Adus – Instituto de Reintegração do Refugiado. Desde então, realizamos diversas ações voltadas à conscientização, diminuindo os casos de preconceito contra essas pessoas; diversos postos de trabalho foram criados; vagas em cursos foram logradas; muitos voluntários foram incluídos ao nosso grupo de colaboradores e contribuem efetivamente em nossas ações e projetos. Solicitantes de refúgio e refugiados passaram a ter voz. O Adus já se configura como um novo paradigma na relação entre os refugiados e a sociedade civil brasileira, atuando de forma transparente e democrática.<sup>32</sup>

As primeiras dificuldades que os refugiados enfrentam ao permanecerem no Brasil é a comunicação. Em sua maioria, não se expressam na língua portuguesa, portanto, não conseguem se comunicar, se fazer compreendido e compreender. No contexto histórico dos refugiados, restou esclarecido que estes são pessoas exiladas ou fugitivas de seus países de origem, por motivos de religião, política, raça, guerra ou outras razões mais modernamente deduzidas, como a xenofobia e outras formas de intolerância. A Revista da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo traz a seguinte matéria de Ricardo Nabarro sobre o tema:

Guerras, terrorismos, perseguições étnicas religiosas, políticas etc. São vários os motivos que levam milhões de pessoas a fugir de suas casas carregando apenas alguns pertencentes e deixando para trás toda uma história de vida que, por vezes, foi permeada por sofrimento e ameaças. Segundo dados da Anistia Internacional e da Comissão Europeia, a crise migratória atual já se compara à da Segunda Guerra Mundial, atingindo 60 milhões de pessoas deslocadas de seus lares involuntariamente.<sup>33</sup>

---

<sup>32</sup> Adus. Disponível em: <<http://www.adus.org.br/sobre-nos/historico/>>. Acesso em: 30/06/2016.

<sup>33</sup> Revista da Justiça em Primeiro Grau Nabarro, Edição 51, Ano X – fevereiro 2016, Ricardo Na-

O menino sírio de 11 anos, Agyad Khalid Abu Hashish,<sup>34</sup> que vive no Brasil há pouco mais de um ano, contou que os aviões começaram a atacar e a família do menino teve de sair correndo, somente com as roupas do corpo. Vieram para o Brasil buscar ajuda para sobreviver. Morreram na guerra o irmão, o primo e o tio. Eles sabem que o Brasil pertence a uma região que há muito não vive conflitos como uma guerra civil. A distância e o fato de não existir hipótese de percurso estritamente terrestre fazem do Brasil um destino, em sua maioria, de pessoas vindas do mesmo continente. No entanto, face o agravamento da situação humanitária, o flagelo prolongado e a ajuda internacional, a preferência pelo Estado brasileiro tem aumentado expressivamente nos últimos quatro anos.

De acordo com o CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados e órgãos vinculados ao Ministério da Justiça, até dezembro de 2015 o Brasil tinha reconhecido 8.530 pedidos de refúgio, o dobro registrado em dezembro de 2011 (4.351). Cerca de 30 mil pessoas procedentes principalmente da Síria, Colômbia, Angola e República do Congo ingressam com pedido de refúgio no país. Esse número não inclui 45 mil solicitações feitas por haitianos, uma vez que essas são encaminhadas para o Conselho Nacional de Imigração para autorização de concessão de permanência por razões humanitárias (Resolução CNIG n. 08/2006 e Resolução Normativa CNIG n. 27/1998).<sup>35</sup>

Nabarro ainda esclarece que, no caso de refugiados sírios, isso pode ser explicado pela postura solidária do Brasil com as vítimas do conflito naquela nação, inclusive por meio da aprovação da Resolução Normativa n. 17, do Conare.<sup>36</sup> A Resolução Normativa n. 17<sup>37</sup> trata dos indivíduos forçosamente deslocados por

---

barro. Refugiados no Brasil, esclarece os motivos que milhares pessoas deixam os seus países e a realidade que encontram no Brasil, p. 8.

<sup>34</sup> Band News YouTube, publicação de 27 de setembro de 2015. Menino sírio conta história da família refugiada no Brasil.

<sup>35</sup> Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/conare-renova-medida-que-facilita-emissao-de-vistos-a-pessoas-afetadas-pelo-conflito-na-siria>>. Acesso em: 29/08/16.

<sup>36</sup> *Revista da Justiça em Primeiro Grau Nabarro*, Edição 51, Ano X, fev. 2016, Ricardo Nabarro. Refugiados no Brasil, esclarece os motivos que milhares pessoas deixam os seus países e a realidade que encontram no Brasil, p. 8.

<sup>37</sup> Resolução Normativa n. 17, de 20 de setembro de 2013 – Ministério da Justiça – Secretaria Nacional de Justiça – Departamento de Estrangeiros – Coordenação-Geral de Assuntos de Refugiados – Comitê Nacional para os Refugiados (Conare) – DOU de 24/09/2013 (n. 185, Seção 1, p. 29).

Dispõe sobre a concessão de visto apropriado, em conformidade com a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, e do Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de 1981, a indivíduos forçosamente deslocados por conta do conflito armado na República Árabe Síria.

“Art. 1º – Poderá ser concedido, por razões humanitárias, o visto apropriado, em conformidade com a Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, e do Decreto n. 86.715, de 10 de dezembro de

conta do conflito armado na República Árabe Síria, norma que facilita a entrada no Brasil de quem queira solicitar refúgio em decorrência da guerra na Síria.

Movimentações de pessoas pelo mundo, como essas, são uma realidade crescente, motivadas por razões diversas, como: conflitos, perseguições e intolerância política e religiosa. A grande visibilidade dessas ocorrências, bem como a clareza de imagens, revelam, como jamais visto antes, os detalhes mais dolorosos e sórdidos da situação de vulnerabilidade a que está sujeita a população civil de países como Síria, Haiti, Iraque, Líbia, além de países africanos. O conhecimento mobiliza a ajuda internacional. Outros fatores – como a tendente universalização do trato jurídico desta questão –, além do enfrentamento mais organizado do problema com a cooperação internacional, adicionado a financiamentos obtidos de governos e de entidades privadas, aproveitam as facilidades que a tecnologia de transportes e a democratização de acesso têm proporcionado em vista do fenômeno da globalização econômica e da internacionalização da cultura.

No Brasil, o ingresso de refugiados acontece, em grande medida, pelas fronteiras das regiões Norte e Centro-Oeste. Apesar disso, a maior parte das pessoas acaba por ser convencida, pelos fatos ou por outros que migraram antes, a prosseguir sua jornada até a região Sudeste, onde há mais atividade econômica e lugares que sugerem haver mais possibilidade de reconstruir a vida com oportunidade de trabalho e subsistência. A sociedade da informação encurta distâncias, aproxima e reaproxima pessoas, esclarece dúvidas, ensina caminhos, empodera de direitos e participa ativamente de processos de decisão de pessoas nessas condições.

Abre-se aqui espaço para citar o sociólogo polonês Zygmunt Bauman,<sup>38</sup> que, a pretexto de sua obra “Estranhos à nossa porta”, motivou a rede de televisão Al Jazeera a produzir uma animação sobre o medo que o mundo sente dos refugiados, publicado na página fronteiras.com, conforme transcrito a seguir:

A narração do próprio Bauman defende a hipótese de que os refugiados simbolizam nossos piores medos: a perda de tudo conquistado na vida,

---

1981, a indivíduos afetados pelo conflito armado na República Árabe Síria que manifestem vontade de buscar refúgio no Brasil.

Parágrafo único – Consideram-se razões humanitárias, para efeito desta Resolução Normativa, aquelas resultantes do agravamento das condições de vida da população em território sírio, ou nas regiões de fronteira com este, como decorrência do conflito armado na República Árabe Síria.

Art. 2º – O visto disciplinado por esta Resolução Normativa tem caráter especial e será concedido pelo Ministério das Relações Exteriores.

Art. 3º – Esta Resolução Normativa vigorará pelo prazo de 2 (dois) anos, podendo ser prorrogada.

Art. 4º – Esta Resolução Normativa entra em vigor na data de sua publicação.

PAULO ABRÃO – Presidente do Comitê”.

<sup>38</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. São Paulo: Zahar, 2017.

a pobreza inesperada, o fim da segurança. A tradução da citada narrativa compreende nas palavras do sociólogo o que segue: Estas pessoas que estão vindo agora são refugiados que não são famintos, sem pão ou água. São Pessoas que, ontem, tinham orgulho de seus lares, de suas posições na sociedade, que, frequentemente, tinham um alto grau de educação e assim por diante. Mas agora são refugiados. E eles vêm para cá. Quem eles encontram aqui? O precariado. O Precariado vive na ansiedade. No Medo. Nós temos pesadelos. Tenho uma ótima posição e quero mantê-la. “Precariado” vem da palavra francesa *précarité* que, em livre tradução, significa andar em areias movediças. Agora, surgem estas pessoas da Síria e da Líbia. Elas trazem esta ameaça de países distantes para nossas casas. De repente, eles aparecem ao nosso lado. Não conseguimos omitir suas presenças. Os refugiados simbolizam, personificam nossos medos. Ontem, eram pessoas poderosas em seus países. Felizes. Como nós somos aqui, hoje. Mas, veja o que aconteceu hoje. Eles perderam suas casas, perderam seus trabalhos. O choque está apenas começando. Não existem atalhos para o problema. Não existem soluções rápidas. Então, precisamos nos preparar para um tempo muito difícil que está chegando. Esta onda de imigração que aconteceu no ano passado (2016) não foi a última. Há mais pessoas esperando. Precisamos aceitar que esta é a situação. Vamos nos unir e encontrar uma solução.

Os últimos anos fizeram do Brasil um destino escolhido por um crescente número de refugiados de acordo com o Conare, estabelecido na Lei n. 9.474/97, órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça com atribuição de analisar e decidir todos os pedidos de refúgio no Brasil, além de definir soluções duráveis que permitiram reconstruir a vida dessas pessoas com paz e dignidade. A imagem de país democrático, pacífico e economicamente estável atraiu, além da atenção de investidores, pessoas de aproximadamente 81 nacionalidades diferentes, que vieram em busca de sobrevivência, segurança, proteção da integridade física, emprego e paz para criar as suas famílias. A cidade de São Paulo é um dos principais destinos.

De acordo com a lei brasileira, os refugiados, estrangeiros e apátridas são sujeitos de direitos e deveres, pois não se exime o desconhecimento da lei sob alegação do estado civil político diverso. No entanto, eles se deparam com vários problemas, além de dificuldades como emissão de documentos, reconhecimento de formação profissional, preconceito racial e social, empregabilidade, necessidades de atendimento médico e moradia, entre outros serviços que tocam diretamente a dignidade humana. A capital do maior estado do País recebe atualmente milhares pessoas de diversas origens, predominantemente da Bolívia, do Haiti, de países africanos, da Síria, da Líbia, do Líbano no médio oriente e, crescentemente, da Venezuela face à crise política e econômica pela qual passa. Não há um senso capaz de apontar confiavelmente esse número de pessoas com maior precisão.

Hoje os refugiados são uma questão que tem ocupado atenção nos principais gabinetes governamentais da cidade de São Paulo, haja vista que a pujança que os atraiu deu lugar a uma crise econômica sem precedente, o que dificulta o acolhimento de suas demandas e os transforma em população sob risco social. O fluxo migratório de pessoas para o Brasil e para a cidade de São Paulo é parcialmente resultado da sociedade da informação, que, neste caso, se retroalimenta de uma rede própria, cujo parâmetro comparativo de realidades é estabelecido em tempo real com a comunidade de origem por telefone e pela internet, fazendo do Brasil e de São Paulo ainda atrativos, apesar das dificuldades aqui encontradas. As experiências dos que aqui estão trafegam por voz, texto e imagem. Se tivermos em conta pessoas amedrontadas vulneráveis e precarizadas em seus países de origem, o que lhes chega é uma vitrine atraente, tendo em consideração as dificuldades esboçadas para o ingresso de mais pessoas em países do continente europeu.

Aquilo que o Estado não consegue atender busca ser suprimido por ONGs, organizações sociais ou mesmo pela comunidade local, leiga ou religiosa, mas em sua maioria acolhedora. Todavia, essa receptividade começa a encontrar resistência quando se trata de disputar os mesmos e já insuficientes recursos de assistência social, na educação e especialmente na saúde pública. Há que se considerar o risco de mudança do sentimento de generosidade pelo do medo.

A Secretaria Municipal da Saúde, estrutura da Prefeitura da Cidade de São Paulo, já identifica alguns riscos decorrentes do aumento da população refugiada, como o ressurgimento de doenças que estavam controladas após anos de vacinação maciça da população. Sarampo, tuberculose e a temida poliomielite voltam a ser preocupação, haja vista que os refugiados não foram imunizados em seus países de origem. O alerta intensifica-se na medida em que as crianças refugiadas passam a frequentar escola e creche com a população local. O movimento de chegada decorre de emergência pública nos países de origem e não dá aos locais de recepção tempo sequer para definir sobre o modo de acolhimento; assim, planejar faz parte do imponderável. Nessa esteira, o impacto do acréscimo de demanda sobre uma oferta já insuficiente de serviços públicos atua de modo desfavorável aos já vulneráveis refugiados. Ficam criadas as condições para uma atmosfera de intrusão.

Agregue-se a isso a perspectiva de constrição fiscal que o Brasil enfrenta, como resultado do período econômico recessivo que freia investimentos e, inclusive, atua negativamente sobre a manutenção do custeio atual. Esse quadro remete a uma necessidade de apoio de entidades de fora da administração pública, como empresas, associações e organizações sociais e não governamentais, sendo que estas últimas atuam preferencialmente no aspecto humanitário, aliadas às instituições religiosas. A cidade de São Paulo, apesar das dificuldades que enfrenta sob o ponto de vista dos déficits infraestrutural e de custeio, ainda

oferece melhor condição que os países de origem; dessa forma, não importando essas restrições em desestímulo. O desafio é evitar que pessoas vulneráveis sejam ainda repudiadas como concorrentes por postos no mercado de trabalho e, em decorrência desse tipo de animosidade, passem a ser vítimas da violência urbana respaldada em sentimento xenófobo e de intolerância de largo espectro.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Refugiados são pessoas a sofrer premente perigo de vida em vista de perseguições decorrentes de conflitos religiosos, políticos, culturais e desastres naturais, dentre outras motivações. A exposição a qualquer destas ou a um conjunto de hipóteses como as descritas sujeita-as a uma condição de extrema vulnerabilidade, obrigando-as a deixar seus países de origem e buscar segurança pessoal em outro local. Recentemente essa movimentação ocupa atenção de governos dos países centrais e emergentes, em especial, por reunirem melhores condições de vida e oportunidades de trabalho. Cresceu de maneira importante o número de pedidos de refúgio, e não foi diferente no Brasil, que, além de envergar a posição de país emergente, é signatário de todas as mais importantes regras de direito internacional protetivas dos direitos humanos e de proteção à dignidade humana das pessoas expostas às condições de necessitar de refúgio. Além disso, o próprio texto constitucional colocou o Brasil em posição de nação acolhedora, conforme indiretamente prestam auxílio ao direito internacional as disposições protetivas pétreas consignadas na Constituição Federal, quando trata dos direitos da pessoa.

De acordo com o Estatuto do Refugiado, quem autoriza a concessão de permanecer no território nacional é o Conare, órgão ligado ao Ministério da Justiça, do Poder Executivo. No entanto, as decisões de negativa da concessão de refúgio podem ser objeto de recurso judicial, restando claro que não é dessa competência o poder de acolher ou rejeitar o pleito, atribuição exclusiva do Conare, em vista do conteúdo decisório revestido de cunho político.

Há, no entanto, outras dificuldades e enfrentamentos impostos aos refugiados, inclusive antes de obter o seu reconhecimento formal como tal. Um exemplo disso é a língua portuguesa, que se torna uma barreira, mas cuja dificuldade é amenizada com a ajuda de entidades civis e religiosas que se encarregam do abrigo inicial, localização de parentes, amigos e compatriotas já residentes e, de alguma forma, de ocupação para garantia da subsistência básica. Há centros que fornecem cursos de português aos que não dominam o idioma e também da língua nativa a brasileiros como forma de contrapartida ou de obter algum retorno financeiro.

Em São Paulo, há empresas que demandam por mão de obra básica que já utilizam o trabalho de refugiados com alguma regularidade, como nas áreas de

conservação e limpeza, tudo à medida em que uma formalização mínima é fornecida e obtida com apoio do Poder Público, como a expedição da Carteira de Trabalho – CTPS.

Os refugiados, tanto quanto os estrangeiros ou apátridas, devem respeitar as posturas da legislação brasileira e dos tratados internacionais. A Constituição Federal resguarda o essencial, a dignidade humana, sem discriminar nacionais ou estrangeiros. O governo da cidade de São Paulo adotou um comportamento coerente e impessoal sucessivamente por diversas gestões, mantendo o seu posicionamento acolhedor e fornecedor de condições de formalização do estrangeiro refugiado para retirar-lhe a clandestinidade e facilitar a inserção destes na sociedade. É uma opção política que tem mantido pacificada a relação com os brasileiros. Não resolve todos os problemas, mas fornece um encaminhamento inicial adequado para impulsionar a permanência dentro de uma perspectiva que ao longo do tempo permite inferir a hipótese de superação de barreiras e ascensão social com aquisição de direitos sociais.

Há em São Paulo bairros onde se fixaram comunidades de estrangeiros que imigraram especialmente durante o século XX. Nesses locais criaram raízes, formaram descendência e miscigenaram. São exemplos o Bom Retiro, Brás e Mooca, localidades encantadoras por manterem tradições originais dos imigrantes levadas à integração e estimado convívio com os brasileiros que por elas expressam evidente admiração. A sociedade contemporânea permite maior transparência e oferece uma radiografia mais atualizada desse quadro, o que, por um lado, se agrava com a chegada de mais pessoas; por outro, permite igualmente ao Poder Público atuar com e sem a parceria de setores da sociedade civil para adoção de medidas que mantenham a situação sob controle e dignidade.

## REFERÊNCIAS

- ACNUR – *Agência da ONU para Refugiados*. UNHCR – The UN Refugee Agency. Cartilha: Protegendo refugiados no Brasil e no mundo.
- AMARAL JÚNIOR, Alberto; MOISÉS, Cláudia Perrone. *O cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo. Biblioteca Edusp de Direito 6. 1999.
- BALERA, Wagner. *Direito internacional dos refugiados nos 25 anos da Declaração de Cartagena*. São Paulo: Plêiade, 2009.
- BARRETO, Luiz Paulo Teles Ferreira (Org.). *Refúgio no Brasil: a proteção brasileira aos refugiados e seu impacto nas Américas*. ACNUR. Brasília: Ministério da Justiça, 2010.
- BAUMAN, Zygmunt. *Estranhos à nossa porta*. São Paulo: Zahar, 2017.
- Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988, Alexandre de Moraes (Ord.). Edição 40ª, São Paulo: Atlas, 2014. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=VTBOBNvYrEo&feature=share>>. Acesso em: 27/09/2016.

GUSTIN, Miracy B. S.; DIAS, Maria Teresa Fonseca. *(Re)pensando a pesquisa jurídica*. 2. ed. ver., ampl. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

PINHO, Rodrigo César Rebello. *Teoria geral da constituição e direitos fundamentais*, v. 17, 2. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2001.

Revista Consultor Jurídico, 2 de junho de 2012, 7h44. *Africano preso pede para não ser expulso do Brasil*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jun-02/africano-teve-filha-brasileira-nao-expulso-pais>>. Acesso em: 01/10/2016.

Revista em Justiça Federal 1º grau. São Paulo, Edição 51, Ano X – fevereiro 2016. *Refugiados no Brasil – O perfil de quem solicita refúgio no país e a atuação da Justiça Federal* – matéria de Ricardo Nabarro.

SILVA, César Augusto S. da. *A política migratória brasileira para refugiados (1988 – 2014)*. Curitiba: Íthala, 2015.

SIQUEIRA JÚNIOR, Paulo Hamilton; OLIVEIRA, Miguel Augusto Machado. *Direitos Humanos e cidadania*. 3ª. ed. São Paulo: RT, 2010.

USP – Universidade de São Paulo – Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Acesso em: 21/09/2016.

#### *Documentos Eletrônicos*

ACNUR – Documentos. *Protocolo 1967 de 1951*. Disponível em: <[www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/](http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-que-e-a-convencao-de-1951/)>. Acesso em: 29/06/2016.

ACNUR – Documentos. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD\\_Legal/Instrumentos\\_Internacionais/Declaracao\\_de\\_Cartagena.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf?view=1)>. Acesso em: 18/07/2016.

Adus – Instituto de Reintegração dos Refugiados. Disponível em: <<http://www.adus.org.br/sobre-nos/historico/>>. Acesso em: 30/06/2016.

Antônio Manoel de Oliveira Guterres – Bibliografia. Disponível em: <<https://www.antoniooguterres.gov.pt/antonio-guterres-biografia/>>. Acesso em: 31/10/2017.

Cáritas – Arquidiocese de São Paulo – Manual do voluntariado CASP. Disponível em: <[http://www.caritassp.org.br/?page\\_id=10](http://www.caritassp.org.br/?page_id=10)>. Acesso em: 30/06/2016.

*Convenção da Organização da Unidade Africana*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/>>.

*Declaração dos Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Declaração-Universal-dos-Direitos-Humanos/declaracao-universal-dos-direitos-humanos.html>>. Acesso em: 18/07/2016.

JusBrasil. *Jurisprudência STF – EXTRADIÇÃO*: Ext 1332 DF – DISTRITO FEDERAL 9992852-19.2013.1.00.0000. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/310988253/extradicao-ext-1332-df-distrito-federal-9992852-1920131000000>>. Acesso em: 14/08/2016.

JusBrasil. *Jurisprudência – TRF 4ª. Apelação Cível*: AC 30706 RS 2004.71.00.030706-1. *Deferiu a concessão de refugiado*. Disponível em: <<http://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1316560/apelacao-civel-ac-30706/inteiro-teor-14087062>>. Acesso em: 14/08/2016.

Ministério da Justiça. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/central-de-atendimento/estrangeiros/refugio>>. Acesso em: 31/10/2017.

Ministério da Justiça e Cidadania. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/noticias/conare-renova-medida-que-facilita-emissao-de-vistos-a-pessoas-afetadas-pelo-conflito-na-siria>>. Acesso em: 29/08/16.

Prefeitura da Cidade de São Paulo. Disponível em: <<http://www.prefeitura.sp.gov.br>>. Acesso em: 31/10/2017.

Planalto do Governo Brasileiro – Acervo – Legislação – Decreto n. 4.246, de 22 de maio de 2002. *Estatuto dos Apátridas*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/D4246.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4246.htm)>. Acesso em: 18/08/2016.

Planalto do Governo Brasileiro – Acervo – Legislação – Lei n. 9.474, de 22 de julho de 1997. *Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9474.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm)>. Acesso em: 1º/10/2016.

Resolução Normativa n. 17 – Conare. Disponível em: <[http://cgbeirute.itamaraty.gov.br/pt-br/refugio\\_e\\_concessao\\_de\\_vistos\\_humanitarios.xml](http://cgbeirute.itamaraty.gov.br/pt-br/refugio_e_concessao_de_vistos_humanitarios.xml)>. Acesso em: 31/10/2017.

Revista da Justiça em Primeiro Grau Nabarro, Edição 51, Ano X, fev. 2016, Ricardo Nabarro. *Refugiados no Brasil, esclarece os motivos que milhares pessoas deixam os seus países e a realidade que encontram no Brasil*, p. 8.

Vídeo. *Menino sírio conta história da família refugiada no Brasil*. Publicado em 27 de setembro de 2015. Os sírios representam a nacionalidade com mais refugiados reconhecidos no Brasil. Disponível em: <<http://fronteiras.com>>. Acesso em: 14/01/2017.

Data de recebimento: 06/02/17

Data de aprovação: 04/07/17

# AS ELITES, A ESCOLA DE CHICAGO E O TRIBUTO

## ELITES, CHICAGO SCHOOLS OF ECONOMICS, TAX

Edmundo Correia\*  
Maurin Almeida Falcão\*\*

*I am in favor of cutting taxes under any circumstances  
and for any excuse, for any reason, whenever possible.*

Milton Friedman

### RESUMO

O presente estudo tem por escopo a abordagem da tributação sob a ótica da teoria das elites e da vertente econômica liberal conhecida como Escola de Chicago. Embora a dissonância entre os temas pareça evidente em um primeiro momento, o esforço despendido será no sentido de demonstrar o liame entre esses diferentes campos de estudo. Com efeito, a partir de uma análise interdisciplinar e com base no método hipotético-dedutivo, serão demonstradas as conexões entre a tributação, a economia e a sociologia política. A tributação, enquanto manifestação da soberania do Estado moderno, é calcada no pressuposto do consentimento, elemento indispensável para a sua validade no plano político. Por sua vez, a compreensão da lógica de ação das elites, a qual coloca em lados opostos, governantes e governados, permitiria uma melhor visão da arquitetura política que gravita em torno do Estado. Por outro lado, o liberalismo pregado pela Escola de Chicago defende corretamente a dispersão do poder econômico entre os indivíduos. Consequentemente, a participação do poder político a ser exercido pela elite governante seria reduzida. Assim, este cenário sociopolítico permitirá que o trabalho entre na validação da abordagem simultânea das variáveis compostas pelos fundamentos da *Teoria das elites*, o liberalismo da Escola de Chicago e o imposto como pedra angular no financiamento do estado moderno.

**Palavras-chave:** Elites; Escola de Chicago; Tributo.

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito Internacional Econômico Tributário pela Universidade Católica de Brasília – UCB. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto de Direito Público Brasileiro – IDP. Servidor do Tribunal Superior do Trabalho. Membro do Grupo de Estudos sobre os Sistemas Tributários Contemporâneos do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília. E-mail: edmundocorreia@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Pós-doutor pela Universidade de Paris I-Panthéon-Sorbonne. Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris XI-Sud. Membro do Instituto Internacional de Ciências Fiscais-2ISF. Coordenador do Grupo de Estudos sobre os Sistemas Tributários Contemporâneos. Professor da Universidade Católica de Brasília. E-mail: mfalcao@pos.ucb.br.

**ABSTRACT**

The present study has as scope the approach of taxation from the point of view of the theory of the elites and of the liberal economical strand known as the Chicago School. Although the dissonance between the themes seems obvious at first, the effort will be to show the link between these different fields of study. Indeed, from an interdisciplinary analysis and based on a hypothetical-deductive process, it will be possible to demonstrate the connections between taxation, economics and political sociology. Taxation, as a manifestation of the sovereignty of the modern state, is based on the presupposition of consent, an indispensable element for its validity in the political sphere. In turn, the understanding of the logic of action of the elites, which it places on opposite sides, governed and ruled, would allow a better understanding of the political architecture that gravitates around the State. On the other hand, the liberalism preached by the School of Chicago rightly defends the dispersion of economic power among individuals. Consequently, the share of political power to be exercised by the ruling elite would be reduced. Thus, this sociopolitical scenario will allow the work to enter into the validation of the simultaneous approach of the variables composed by the foundations of the elites' theory, the liberalism of the Chicago School and the tax as a cornerstone in the financing of the modern state.

**Keywords:** Elites; Chicago School of Economics; Tax.

**INTRODUÇÃO**

O tributo como fato social não se constituiu ainda, em objeto de análise que pudesse colocá-lo em face de outras vertentes das ciências sociais. Sem dúvida, os esforços despendidos com vistas a uma melhor compreensão do tributo têm se restringido a sua conformação jurídica, tendo os seus aspectos sociológico, político e econômico por muitas vezes sido relegados a um segundo plano. Contudo, o tributo se constitui em elemento indissociável da vida em sociedade e, por isso, deve sempre fazer objeto de uma análise mais larga que possa demonstrar os seus reflexos no cotidiano social. Por se constituir em um espaço de disputas políticas, o sistema tributário tem atraído para o seu entorno, disputas entre segmentos sociais com o intuito de se obter posições privilegiadas que favoreçam uma maior proximidade do centro de decisões do poder político. Com isso, o acesso à riqueza social, materializada em benefícios fiscais inexplicáveis e a outros mecanismos, levaria à inversão da justiça fiscal por promover uma redistribuição injusta e voltada para determinados grupos sociais.

Portanto, a partir dessa lógica inexorável, o presente trabalho se esforça no sentido de demonstrar os liames que eventualmente haveriam entre a ação dos grupos de elite, das diretrizes da Escola de Chicago em face do tributo. Em rea-

lidade, a condução de uma análise interdisciplinar sobre esses componentes das ciências sociais se constitui em uma tentativa de se demonstrar a permeabilidade do tributo e do sistema tributário em face das estratégias expostas pelos diferentes grupos sociais.

Em um primeiro momento, o trabalho descreverá a teoria das elites com base nas proposições de Pareto, Mosca, Michels e Wright Mills, considerados os precursores dos estudos dessa nova vertente da sociologia política. Posteriormente, os esforços serão dirigidos à Escola de Chicago de Milton Friedman, confrontando-se as suas diretrizes em relação ao tributo e a incidência das elites sobre a sua lógica de ação. Com supedâneo, portanto, na teoria da elite e na abordagem liberal do tributo, será possível firmar um entendimento sobre a incidência da variável tributária nos valores da democracia e da liberdade. Assim, deve ser esclarecido que o presente artigo não discute os conceitos da justiça fiscal e o perfil dos sistemas tributários. Todavia, descreve um cenário sociopolítico importante para a compreensão do tributo como fenômeno indispensável à vida em sociedade.

## A EMERGÊNCIA DA TEORIA DAS ELITES

É lugar-comum referir-se às elites, tanto em debates políticos quanto em textos acadêmicos e, quase sempre, com alusões superficiais e que conduzem sempre à aceitação do termo como algo pejorativo. Assim, é recorrente que tudo a que se refere a algo superior, seria então da elite, conceito esse distante do imaginário das massas. Nesse sentido, a elite é tida como um segmento social acima de todos, sendo comum relacioná-la à exploração das classes menos favorecidas. Trata-se, em realidade, de uma premissa falsa que não aceita qualquer contestação e não considera, ainda, o viés científico que reveste a teoria das elites. Busino destaca essa conotação pejorativa da palavra ao ressaltar, de passagem, o papel que tem os sistemas sociais de favorecer determinados indivíduos:<sup>1</sup>

*Elitisme, élitiste, élitaires (avec ou sans déterminants) sont autant de mots chargés de connotations négatives, voir dépréciatives, car ils désignent des systèmes sociaux qui favorisent certains individus aux dépens du plus nombre, assurent les privilèges à une minorité, à un petit groupe dont certains attributs particuliers sont valorisés arbitrairement.*

Assim, é importante perquirir sobre quem de fato é essa elite, como ela se forma e quais seriam as suas estratégias de ação? Tratar-se-ia de um grupo formal e hermético, com objetivos definidos? Os seus membros seriam facilmente identificados? Como se dá o acesso a este seletor grupo? Essas são algumas das per-

---

<sup>1</sup> BUSINO, Giovanni. *Elites et élitisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992. p. 3.

guntas que a *Teoria das elites*, ou elitismo, procurou responder desde os seus primeiros momentos. Os estudos científicos, resultante da observação dos fatos sociais, remontam ao início do século XX, no âmbito da escola italiana, a partir das lições de Vilfredo Pareto (1848-1923), Gaetano Mosca (1858-1941) e Robert Michels (1876-1936), estudiosos que deram verdadeiro tratamento científico ao tema das elites, de acordo com Albertoni.<sup>2</sup> Com isso, foram definidos os contornos da teoria que tinha como escopo a compreensão do comportamento do corpo social. Perissinotto, ao discorrer sobre a contribuição de Mosca e sobre o método científico adequado ao estudo dos fenômenos políticos, observou que este “defendia que os procedimentos rigorosos de observação e verificação, plenamente estabelecidos nas ciências da natureza, fossem estendidos às ciências sociais”.<sup>3</sup> Bottomore, com supedâneo no percurso histórico do fenômeno social das elites, notou que esta expressão já era usada no século XVII para descrever mercadorias de excelente qualidade.<sup>4</sup> Contudo, apenas dois séculos mais tarde ganharia os seus contornos atuais, sobretudo após a notável contribuição de Pareto:

*But the term did not become widely used in social and political writing until late in the nineteenth century in Europe, or until the 1930s in Britain and America, when it was diffused through the sociological theories of elites, notably in the writings of Vilfredo Pareto.*

A análise do comportamento de determinados grupos sociais se constitui, desde sempre, na base da teoria das elites. As justificativas para existência no corpo social, de governantes e governados, serviriam para reafirmar a retórica democrática e como meio de afirmação do poder destas minorias conforme asseverou Hollanda. A autora definiria ainda o conceito de elites a partir de uma ênfase calcada na estratégia de busca e de legitimação de poder, de forma incessante:<sup>5</sup>

Mosca, Pareto e Michels compartilhavam o diagnóstico de que toda forma política produz distinção entre minorias dirigentes e maioria dirigida. Nessa perspectiva, a retórica democrática, destituída de vínculos com a realidade social, serviria apenas à legitimação do poder de minorias que mobilizavam um discurso universalista com vistas a garantir seu próprio benefício.

---

<sup>2</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e teoria das elites*. Rio de Janeiro: Imago, 1990. p. 17.

<sup>3</sup> PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009. p. 23.

<sup>4</sup> BOTTOMORE, T. B. *Elites and society*. Middlesex: Penguin Books, 1964. p. 7.

<sup>5</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011. p. 10.

Os elitistas refutam as visões românticas de todos os sistemas políticos e elaboram argumentos não muito distantes daqueles expendidos por Nicolau Maquiavel. Por serem realistas, rejeitavam os pensadores como Jean-Jacques Rousseau, François Fourier, Pierre-Joseph Proudhon e Karl Marx.<sup>6</sup> Ao contrário da suposição de Rousseau, de que a desigualdade é produto do próprio homem, para os elitistas ela é mesmo condição necessária de toda sociedade, não havendo como entender o funcionamento da política a partir da igualdade.<sup>7</sup> A junção entre a estratégia de manutenção de poder e da dominação de uma minoria a partir da noção de desigualdade acima é uma característica da vida em sociedade. É esse o contexto político que daria origem a teoria das elites e que mereceu de Bobbio a seguinte observação:<sup>8</sup>

Ela pode ser definida como a teoria segundo a qual, em cada sociedade, o poder político pertence sempre a um restrito círculo de pessoas: o poder de tomar e de impor decisões válidas para todos os membros do grupo, mesmo que tenha de recorrer à força, em última instância.

O pensamento elitista vê uma distinção quantitativa e, principalmente qualitativa, entre elite e massa. A primeira é organizada e competente. Já a massa guia-se pela irracionalidade, sem qualquer organização. Hollanda observa que já “no final do século XIX, teorias médicas e psicológicas apontavam para o comportamento irracional das massas e as hierarquias naturais entre os homens”.<sup>9</sup> O eterno confronto entre a minoria organizada e a maioria desorganizada se constitui no núcleo duro da *Teoria das elites*, perpassando ainda pelos conceitos dos grupos de pressão e pelos fundamentos da teoria da dominação.

### Gaetano Mosca e a noção de classe dirigente

O italiano Gaetano Mosca conjugou a atividade política com a carreira acadêmica. Sua visão realista dos fenômenos políticos trouxe importante contribuição para a ciência política. Ao se interessar pela organização social e pela política, Mosca trouxe uma resposta relativamente simples conforme observado por Genieys (2011, p. 86), o sociólogo preocupava-se em explicar quem concretamente governaria nos regimes políticos.<sup>10</sup> Para Mosca, os fenômenos políticos não poderiam ser explicados à luz das ciências naturais e creditados, por exemplo, a características geográficas e climáticas.<sup>11</sup> Ao analisar o discurs-

<sup>6</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 10.

<sup>7</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 11.

<sup>8</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria das elites. In: BOBBIO, N.; MATTEUCI, N.; PASQUINO. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986. p. 385-391.

<sup>9</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 10.

<sup>10</sup> GENIEYS, William. *Sociologie politique des elites*. Paris: Armand Collin, 2011. p. 86.

<sup>11</sup> MOSCA, Gaetano. *La classe política*. México: FCE, 1984. p. 51.

so de Mosca e Pareto, Bottomore demonstrou a convergência entre os dois, não obstante a disputa pela paternidade da formulação sobre a minoria dirigente, quando expôs:<sup>12</sup>

Both Mosca and Pareto, therefore, were concerned with elites in the sense of groups of people who either exercised directly, or were in a position to influence very strongly the exercise of, political power. At the same time, they recognised that the ‘governing elite’ or ‘political class’ is itself composed of distinct social groups.

Mosca negava a superioridade inata por questão de raça, critério à época em voga por influência das teorias de Charles Darwin.<sup>13</sup> Segundo a escola da evolução orgânica, “dentro de cada sociedade haveria uma luta contínua: a luta pela existência, em virtude da qual os indivíduos mais fortes e aptos, melhor adaptados ao ambiente, sobrevivem aos mais débeis e menos adaptados (...)”.<sup>14</sup>

A partir do estudo iniciado por Aristóteles, o conhecimento se subdividiu e se especializou e, das ciências políticas, buscou-se a síntese, coordenando os resultados e implicando no nascimento da sociologia.<sup>15</sup> É nesse contexto das ciências políticas ou sociais que Mosca vê a segurança e a abundância de resultados que dá maturidade científica à economia política. Mosca ressalta o afastamento da economia política dos demais fenômenos sociais, por isso a importância do estudo “do efeito de tendências psicológicas constantes que determinam a ação das massas humanas”.<sup>16</sup> O sociólogo italiano afirma que é inerente à dinâmica interna às sociedades a busca pela preeminência, mais do que pela própria existência. Assim, em um mesmo grupo social os indivíduos lutam pela posição mais elevada, pela riqueza, pela posição de mando que o habilita a exercer a própria vontade sobre a vontade e as atividades da massa. A maioria que se submete, embora não seja destruída, passa a desfrutar de menor satisfação material, com menor liberdade e independência.<sup>17</sup>

No novo regime democrático e liberal, não é mais possível o controle das massas por meio do temor sobrenatural ou divino, conforme reiterou Mosca:<sup>18</sup>

Así, hemos tenido, por un lado, una pretendida ciencia política al servicio de aquellas sociedades en las cuales las creencias sobrenaturales predominan todavía en los ánimos humanos, y donde el ejercicio de los

<sup>12</sup> BOTTOMORE, T. B. *Elites and society*, p. 9.

<sup>13</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 66.

<sup>14</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 66.

<sup>15</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 44.

<sup>16</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 44.

<sup>17</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 80.

<sup>18</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 50.

poderes políticos encuentra su explicación en la voluntad de Dios o de los dioses; y por el otro hemos tenido, y tenemos, otra ciencia política que legitima a esos poderes queriendo hacer de ellos una libre y espontánea ‘expresión de la libre voluntad del pueblo, o sea de la mayoría de los individuos que componen una sociedad dada.

É a partir da análise da crescente democracia liberal que se desenvolve o pensamento elitista. Deste modo, Mosca dá relevo à formação de uma competente *classe política*. Isso implica em uma clara distinção entre governantes e governados.<sup>19</sup> A classe política se distingue de alguma forma constituindo uma aristocracia<sup>20</sup> que pode ser militar, econômica ou sacerdotal. A aristocracia é uma minoria organizada e competente. A ascensão à classe política teria suas condicionantes, não tendo um requisito único. Os requisitos também mudariam conforme a época, mas se resumiriam ao valor militar, à riqueza, ao nascimento ou ao mérito pessoal segundo Mosca.<sup>21</sup> Consoante Mosca, o valor militar é mais adequado para ascensão à classe política nas sociedades mais primitivas, ainda em um primeiro estágio de constituição.<sup>22</sup> De todos esses requisitos, é o mérito pessoal aquele que mais importa à teoria liberal, ao livre mercado, no sentido de tratamento democrático fundado no princípio da igualdade formal. Para Mosca, entretanto, “o mérito pessoal não atua automaticamente, como o valor militar ou a riqueza, para determinar o acesso à classe política”, conforme reiterado por Albertoni.<sup>23</sup> O mérito para ingresso na classe política exigiria exames e títulos. Extraí-se daí que o acesso à classe política por mérito pessoal depende das habilidades técnicas do candidato e de quanto a classe política necessita delas. Mosca afirma que a classe política não pode prescindir de especialistas e estudiosos que selecionem aqueles que pretendem ser admitidos na classe política.<sup>24</sup> De acordo com Holanda, não cabe na democracia representativa a autoridade que se origina do princípio sobrenatural que justifica a obediência e o temor a ela.<sup>25</sup> Para Mosca, do mesmo modo seria retórica a justificação na abstração racional decorrente do princípio da soberania popular, reitera Holanda. Assim, seria irreal e ficcional a democracia representativa moderna que confere igual participação na política. Em realidade, não se poderia crer que as ações governamentais seriam pautadas pelos desejos e interesses dos representados.<sup>26</sup>

---

<sup>19</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 106.

<sup>20</sup> Na teoria da classe política de Gaetano Mosca, os governos são aristocracias com maiorias e minorias, pouco importando classificações como democracia, república, monarquia e despotismo.

<sup>21</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 98.

<sup>22</sup> MOSCA, Gaetano. *La clase política*, p. 110.

<sup>23</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 100.

<sup>24</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 101.

<sup>25</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 16.

<sup>26</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 16.

Tem-se então que “(...) as bases reais de sustentação da elite política de sustentação da elite política permaneceriam oculta”.<sup>27</sup> Não obstante, Mosca defende uma *fórmula política* que administre a intrincada relação entre governantes e governados, legitimando o poder político por meio de um *mecanismo político* que nada mais é do que a organização do Estado. Nesse contexto, as normas constitucionais ganham relevo no pensamento de Mosca, conforme asseverado por Albertoni.<sup>28</sup> São as regras jurídicas – em especial as normas constitucionais – que com certa tranquilidade rompem com um regime anterior, aristocrático, independente de revoluções ou da premissa de que determinados direitos políticos sejam naturais ou congênitos.<sup>29</sup> Nesse sentido, Mosca nega os direitos naturais, vendo como plausível o estabelecimento de uma nova ordem constitucional que possa romper sem trauma com a ordem vigente, estabelecendo um novo contrato social, não adstrito ao reconhecimento de situação pretérita fundada no jusnaturalismo.

Mosca propõe mecanismos jurídicos que possam refrear as inclinações imorais dos homens na política, já que essas convivem com potência também de moralidade. De fato, o que se busca é a harmonia entre razões do indivíduo e razões da sociedade pelo que conceituou como *defesa jurídica*, de acordo com Hollanda.<sup>30</sup>

Vale notar que o princípio de defesa jurídica marca a passagem de uma postura crítica e reativa do autor – característica de sua fase original – para uma atitude normativa, atenta às possibilidades reais da resistência aos cursos de degeneração da política.

Por fim, Mosca nega que a propriedade privada das terras, dos capitais e dos instrumentos de produção são a causa principal da influência política. Ao contrário, para ele se tal propriedade fosse atribuída ao Estado, os que detém o poder facilitariam a carreira dos seus próprios filhos e benquistos. É dessa forma sim que se acumularia o poder político e econômico em mãos de uma minoria, afirmou Mosca.<sup>31</sup>

### A classe eleita na acepção de Vilfredo Pareto: a circulação das elites

Vilfredo Pareto foi quem primeiro se manifestou acerca da existência de uma classe eleita ou elite. Esse grupo social foi denominado por ele de aristocracia,

<sup>27</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 16.

<sup>28</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 104.

<sup>29</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 104.

<sup>30</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 18.

<sup>31</sup> MOSCA, Gaetano. *Historia de las doctrinas políticas*. Madrid: Editorial Reus, 2009. p. 408.

conforme informado por Albertoni.<sup>32</sup> Para Pareto, a coletividade humana é dominada por duas forças antagônicas. A primeira, a centrípeta, impulsiona a concentração de poder. Por sua vez, a segunda, centrífuga, força a divisão desse mesmo poder. Ambas as forças dependem do gênero o qual Pareto denominou “persistência das relações de um homem com outros homens e lugares excluindo outros gêneros que pertenceriam à categoria dos resíduos em relação com a sociabilidade”.<sup>33</sup> As relações familiares, em conjunto com a redução da necessidade de uniformidade, bem como sentimentos religiosos e hierarquia fariam crescer a força centrífuga ao passo que diminuiriam, em contraposição, a força centrífuga.<sup>34</sup>

Ao admitir que os homens se orientam por seus instintos e sentimentos, Pareto refutou a velha ideia de uma ordem racional do universo e contrapõe o mundo dos fatos, objetivo, com o mundo no espírito humano e subjetivo.<sup>35</sup> As decisões humanas racionais seriam raras – a exemplo das escolhas econômicas, cuja racionalidade é atualmente contestada. Assim, na maioria das vezes os indivíduos agem por instinto e sentimentos como é o caso das ações sociológicas. As ações ilógicas não são nada mais do que aquilo a que Pareto se refere como sendo resíduos.<sup>36</sup> Ao tentar justificar suas atitudes ilógicas, os sujeitos formulariam racionalizações que as expliquem. São essas racionalizações das atitudes ilógicas que Pareto chama de derivações. Essas são as justificativas e ideologias. Ao apelar para subjetividades, para sentimentos, estamos nos valendo dos resíduos. A tentativa de emprestar feição lógica e racional aos resíduos é papel das derivações.<sup>37</sup> Constrói-se assim um arcabouço teórico que dê sustentação às derivações, reforçando o argumento em favor da sustentação das explicações baseadas em resíduos.

Deve-se considerar que as sociedades humanas não são homogêneas, nem igualitárias. Sempre há alguma forma de distinção, seja física, moral ou intelectual.<sup>38</sup> A partir desse *discrímen* individual formam-se classes. As classes mais competentes, por mérito ou esperteza, resultam nas elites. Forma-se assim a *classe seleta* ou *elite*, conforme afirma Pareto.<sup>39</sup> O autor a subdivide em “classe seleta governamental e classe seleta não governamental”. No estrato inferior, fica a *classe não seleta* as quais não são estanques.<sup>40</sup> Ao contrário, pode haver circu-

---

<sup>32</sup> ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e Teoria das elites*, p. 13.

<sup>33</sup> PARETO, Vilfredo. *La transformación de la democracia*. Introducción y versión en castellano de Carlos A. Fernández Pardo. Argentina: Editorial Struhart & Cia, 2005. p. 47.

<sup>34</sup> PARETO, Vilfredo. *La transformación de la democracia*, p. 47.

<sup>35</sup> PARETO, Vilfredo. *Forma y equilibrio sociales*. Introducción de Mario Domínguez Sánchez. Madrid: Minerva Ediciones, 2010, p. 28.

<sup>36</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*. Primary Source Edition, v. I. USA: Nabu Press, 2014. p. 432.

<sup>37</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 25.

<sup>38</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 109.

<sup>39</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 112.

<sup>40</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 112.

lação entre elas. Se consideradas apenas duas classes, a seleta e a não seleta, teremos o que Pareto chama de circulação da classe seleta ou circulação das elites.<sup>41</sup> Pareto afirma que há dois tipos de composição. Em primeiro lugar, aquela que considera que no interior da elite existe um certo percentual de indivíduos que não têm as características necessárias para integrá-la. Por sua vez, no interior dos grupos há o interesse em conhecer as formas de como se dá o movimento entre eles, ou seja, qual é a intensidade e a velocidade da circulação entre as elites. Nesse caso, existe uma oferta e demanda de certos elementos que explicariam a circulação das elites.<sup>42</sup> Em função dessa circulação, inclusive das elites empresariais, Pareto aduz que entre o estado de direito e o estado de fato é este que efetivamente concorre para o equilíbrio social.<sup>43</sup>

A circulação das elites é um dos pontos mais importantes do elitismo de Pareto. Ele atribui diferentes resíduos a cada grupo. Portanto, a presença e a variação de tais resíduos explicarão a debilidade ou não de cada classe, bem como a circulação das elites. A própria manutenção da elite exige sua constante renovação, incorporando os resíduos de que necessita em seus quadros recrutando-os em outras classes, mesmo as mais baixas, observa Pareto.<sup>44</sup> No entanto, se a elite se renova com os resíduos inadequados, desaparecerá de forma inexorável. Corroborando o sem entendimento, Pareto afirmou que a história é um cemitério de aristocracias.<sup>45</sup> A queda da elite seleta pode se dar por haver incorporado elementos que não têm os resíduos necessários ao exercício do poder. Do mesmo modo, quando não tendo se renovado devidamente, a elite seleta abre a oportunidade de ascensão de uma nova elite com quadros mais competentes. Quando a situação é rígida, sem renovação interna, e principalmente entre elites (circulação), pode haver mesmo a ruptura revolucionária, até mesmo com o uso da força.<sup>46</sup>

### Roberto Michels e a lei de ferro das oligarquias

O pensamento de Michels, construído posteriormente às formulações de Mosca e Pareto, é voltado, quase que de forma exclusiva, para o estudo da elite dentro dos partidos políticos e dos sindicatos. Em realidade, a análise de Michels expôs uma outra faceta da organização social a qual se harmonizou corretamente com as lições dos seus precursores, Mosca e Pareto. Coenen-Huther aponta a existência de um paradoxo na visão do sociólogo alemão, o qual talvez tenha percebido a impossibilidade de uma igualdade entre os homens:<sup>47</sup>

---

<sup>41</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 115.

<sup>42</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 115.

<sup>43</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 109.

<sup>44</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 117.

<sup>45</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 119.

<sup>46</sup> PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*, p. 120.

<sup>47</sup> COENEN-HUTER, Jacques. *Sociologia das elites*. Tradução de Ana Paula Luís Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.

Fundamentando-se na sua na sua experiência do funcionamento dos partidos sociais-democratas alemão e italiano, Michels mostra primeiro que existem limites muito nítidos para a aplicação dos princípios democráticos, mesmo nos partidos que estão votados à luta por uma sociedade igualitária.

Entretanto, seu estudo não se restringe ao funcionamento das elites dentro dessas organizações. Em grande parte, Michels se propõe a explicar o comportamento do segmento da massa, as quais as massas não subsistem sem dirigentes.<sup>48</sup> A sua análise permeia, ainda, a psicologia das massas de Freud e o exercício do poder. As massas têm necessidade de um líder que a guie. Para tanto, precisam se submeter à organização, ou seja, ao sindicato ou ao partido:<sup>49</sup>

Só a organização pode dar consistência às massas. A organização, baseando-se no princípio do emprego da menor quantidade de energia, ou seja, da economia de forças, é a arma de que dispõem os fracos no combate contra os fortes, o qual só podem conduzir com os pés assentes no terreno da solidariedade dos interesses idênticos.

Nessa temática, Michels explora questões de interesse não apenas para o elitismo, mas também para a teoria liberal e para a tributação. Nesse caso, podem ser apontados como exemplos a democracia direta e representativa, a igualdade (formal) e o sujeito como partícipe involuntário de grupos.<sup>50</sup> No que tange à democracia representativa, fica evidente a importância do que hoje é conhecido como o *marketing* político. Nesse sentido, é importante ressaltar as características pessoais desejáveis do dirigente, tais como o dom da oratória, a aparência física, a fama e a idade.<sup>51</sup> As massas são especialmente sensíveis à fama do candidato e assim: “(...) acham que é uma grande honra poderem oferecer a um homem famoso um cargo honroso”.<sup>52</sup> Há mesmo uma verdadeira veneração por líderes partidários históricos, que se mantém por longo tempo no poder por uma inércia da massa em tirá-los de sua posição.<sup>53</sup> Michels afirma ainda que a gratidão da massa é um instrumento apurado para o exercício do poder, um terreno excepcional para exigências muito.<sup>54</sup> Ao contrário do Estado liberal, o Estado de bem-estar social dispõe de meios para que a classe política obtenha a gratidão das massas. Isso remete à tributação e à discussão quanto ao papel intervencionista do Estado uma

---

<sup>48</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*. Lisboa: Antígona, 2001. p. 18.

<sup>49</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 53.

<sup>50</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 56.

<sup>51</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 100.

<sup>52</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 104.

<sup>53</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 92.

<sup>54</sup> MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*, p. 89.

vez que está presente, nessa hipótese, o concurso de toda a sociedade no financiamento da ação estatal.

### Wright Mills e a elite do poder

Charles Wright Mills (1916-1962), sociólogo norte-americano, foi um teórico do elitismo na sua segunda fase, tendo se dedicado ao estudo sobre “a concentração de poder na sociedade americana”.<sup>55</sup> A publicação da antológica obra, *The power elite*, constituiu-se em uma etapa importante da sociologia política e inaugurou a fase americana da teoria das elites. De acordo com Perissinotto, Mills estabeleceu três ordens institucionais as quais ele considerava as mais importantes da estrutura social.<sup>56</sup> Assim, o Estado, as Forças Armadas e as grandes empresas se constituiriam em grupos de elite que partilhariam as importantes decisões nacionais. Bottomore destaca essa postura de Mills ao notar que “In Mills’ study of the ‘power elite’, there is an attempt to explain the power position of the three principal elites taken separately (...)”.<sup>57</sup>

Para Mills, uma minoria poderosa e não solitária administra uma maioria que sequer se dá conta de que aquela exista e tal raciocínio é condizente com o que pensa essa elite de si mesma.<sup>58</sup> Apoiando-se em Pareto, Mills aduz que essa elite seria a detentora do dinheiro, do poder e do prestígio. Sendo poderosa, naturalmente faz valer sua vontade, ainda que lhe oponham resistência.<sup>59</sup> Os estudos do sociólogo americano são dirigidos à elite local, que se manifesta pelo seu poder econômico e de tomada de decisões no âmbito de sua influência. Seus atores têm presença constante na imprensa local que quase sempre é de sua propriedade.<sup>60</sup> Para Mills, na sociedade norte-americana apenas a classe alta tem consciência de sua própria classe. Nas classes mais baixas, não haveria sequer uma distinção quanto ao vestuário, ao nível da residência e à maneira de ganhar e gastar dinheiro. Todavia, a classe média cultivaria valores, coisas e experiências de acordo com a renda auferida, porém, não teria consciência quanto aos seus próprios valores e das bases em que se sustenta a sua própria classe.<sup>61</sup>

No pensamento de Mills, a classe alta está dotada de todas as condições para empreender, de maneira eficaz, a busca pelos seus próprios interesses, o que implica na necessidade de se manter sua posição. No âmbito do poder local, uma

---

<sup>55</sup> COENEN-HUTER, Jacques. Sociologia das elites, p. 66.

<sup>56</sup> PERISSINOTTO, Renato. As elites políticas: questões de teoria e método, p. 104.

<sup>57</sup> BOTTOMORE, T. B. *Elites and society*, p. 37.

<sup>58</sup> MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*. Tradução de Florentino M. Torner, Ernestina de Champourcín. México: FCE, 1957. p. 12.

<sup>59</sup> MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*, p. 17.

<sup>60</sup> MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*, p. 36.

<sup>61</sup> MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*, p. 26.

velha classe alta, aristocrática e ligada ao meio rural convive com a classe um tanto distinta dos “novos ricos”, mais urbanos e ostentadores de sua nova condição. A primeira, desde gerações passadas, detém grandes propriedades de terra em razão de parentesco e herança. Contudo, a última também se interessa por deter, por aquisição, grandes áreas de terra. Além disso, os novos ricos locais seriam favorecidos na criação da grande empresa agrícola baseada em subsídios fiscais.<sup>62</sup>

Há na sociedade local rural norte-americana uma constante transformação com vistas ao desmantelamento do modelo aristocrático. Integra-se ainda nessa estratégia o emprego de meios para que se evite a sua volta após um período de formação de um universo de novos ricos locais. Sabe-se que a herança é fortemente tributada nos EUA. Tal circunstância poderia colaborar ainda mais para a renovação das elites locais nos EUA. A concentração da propriedade, da riqueza e, por conseguinte, do poder político, poderia ser ao menos renovada a cada geração por meio de uma incidência tributária mais gravosa sobre as heranças. Essa medida poderia ser considerada diversa da simples reforma agrária. Entretanto, haveria forte transferência de recursos do setor privado para o Estado. Essa mudança abrupta também poderia resultar em desagregação ou até mesmo em enfraquecimento das grandes empresas do agronegócio, produtores importantes de alimentos nos EUA.

## MILTON FRIEDMAN E A ESCOLA DE CHICAGO

A Escola de Chicago, defensora do livre mercado e do monetarismo, reflete o pensamento econômico liberal conduzido por Milton Friedman e George Stigler, ambos agraciados como o Prêmio Nobel de Economia. Uma primeira aplicação das teorias de Escola de Chicago se deu no Chile, na primeira metade dos anos 1970, durante o governo de Augusto Pinochet. Conhecidos por *Chicago Boys*, economistas da Pontifícia Universidade Católica do Chile fizeram seus estudos de pós-graduação na Universidade de Chicago e foram responsáveis pela política econômica liberal adotada no Chile. Esse modelo viria a ser aplicado, uma década mais tarde, pelos EUA, no início da era Reagan e, posteriormente, na Inglaterra com a chegada de Thatcher ao poder.

Stigler e Friedman foram responsáveis pelos importantes estudos sobre a teoria dos preços tendo este, junto com Frank H. Knight, outro expoente da Escola de Chicago, definido que o problema econômico deveria receber a atenção de toda sociedade, em cinco aspectos principais:<sup>63</sup>

---

<sup>62</sup> MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*, p. 38.

<sup>63</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2014. p. 12.

- 1) fixar padrões;
- 2) organizar a produção;
- 3) distribuir o produto;
- 4) prover a manutenção e o progresso econômico; e
- 5) ajustar, em curto prazo, o consumo à produção.

Para Friedman, essas são opções submetidas à sociedade e que no sistema representativo deve ser incluída a opinião das minorias. Mais do que isso, ele afirma que todo esse mecanismo numa econômica de mercado é naturalmente regulado por um sistema de preços:<sup>64</sup>

Os preços, portanto, exercem três tipos de função, para solucionar os cinco problemas acima. Eles transmitem informação, efetiva e eficientemente; criam incentivos para que os usuários dos recursos se guiem por essa informação e proporcionam um incentivo aos donos dos recursos, para que sigam tal informação.

Desse modo, Friedman defende o livre mercado como solução para a economia. Tal assertiva não se coaduna com a atuação estatal que não seja estritamente necessária e outras podem ser geradas pela política econômica keynesiana. Ao estimular a economia a partir do aumento da base monetária, estar-se-ia gerando uma demanda artificial e um rápido e temporário crescimento. Isso se reflete no sistema de preços e nas informações que ele passa aos agentes econômicos. Tais informações posteriormente se revelam falsas. A consequência vai além do processo inflacionário, desorganizando o sistema de preços e a econômica de mercado. A despeito desses desarranjos, o próprio Estado pode de certa forma se beneficiar disso, arrecadando mais ao não reajustar, por exemplo, as tabelas de imposto de renda, criando, assim, o imposto inflacionário que custeará os sempre crescentes gastos públicos. Trata-se, em realidade, de imposição tributária sem representação e sem consentimento. É oportuno lembrar ainda que essa forma de agravamento tributário não foi submetida ao parlamento, fato esse que não é percebido pelos contribuintes. Em consequência, o controle da moeda pelos bancos centrais, bem como da inflação, além do crescimento da carga tributária a qual está relacionada de forma direta às responsabilidades pelo Estado do bem-estar social, são questões que se colocam diante do exercício do poder pelas elites e a sua legitimidade.

### As elites, a Escola de Chicago e a tributação

Não se pode tratar de poder político sem abordar o tema da elite dirigente. Do mesmo modo como o liberalismo, a democracia representativa e os tributos

---

<sup>64</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 13.

estão estreitamente relacionados. É em razão do princípio representativo que a democracia e o liberalismo deixaram de serem, a partir de meados do século XIX, noções políticas conflitantes e até mesmo antagônicas.<sup>65</sup> O princípio representativo é pressuposto basilar da tributação. Não há tributação sem representação, preconizam os cânones das relações democráticas modernas. Quando delineada a fórmula da democracia liberal, reinante hoje no mundo ocidental, surgia a teoria das elites. O pensamento de Gaetano Mosca, Vilfredo Pareto e Robert Michels convergem no sentido de considerar utópico o ideal da democracia liberal. Esses elitistas defendem que sempre haverá hierarquia, com uma classe dominante e uma grande massa dominada.<sup>66</sup> Assim, a democracia liberal e a teoria das elites estariam em contraposição. No entanto, o mesmo princípio de realidade presente na teoria das elites também anima o pensamento liberal. Um exemplo seria os postulados de uma das mais importantes escolas do pensamento econômico liberal no século XX, a Escola de Chicago. Liberada por Milton Friedman e George Stigler, a Escola de Chicago refuta o pensamento keynesiano, defendendo o livre mercado e a formação dos preços, além do monetarismo, como exposto acima.

Friedman afirma que o livre mercado e a liberdade individual estão intimamente ligados, sendo a liberdade econômica condição para a liberdade política. Ao priorizar o mercado e suas relações privadas, reduz a importância do Estado e, por conseguinte, das elites dirigentes sobre a sociedade que passaria a ter uma maior liberdade. Nessa hipótese, o papel do tributo é crucial. Os orçamentos públicos vêm crescendo de forma significativa em relação às riquezas nacionais à medida que as necessidades de financiamento dos entes governamentais são cada vez maiores, principalmente em decorrência dos gastos voltados para o bem-estar social. Qual seria, portanto, o papel das elites e do poder político na conformação dessas estruturas? Nos fundamentos da *Teoria das elites*, é possível verificar que uma competente minoria é a detentora do poder econômico e político que rege a maioria. No pensamento de Friedman, é, justamente, o livre mercado que dispersa o poder econômico e, por conseguinte, o poder político, tornando de fato a sociedade mais livre e democrática. Ainda assim, o economista admite que “o progresso socioeconômico não depende dos atributos ou comportamento das massas”.<sup>67</sup> Uma minoria bem-sucedida, empreendedora e afeita ao risco, seria o ponto de partida para que uma maioria a imitasse e assim aumentasse a produtividade. Essa posterior competição evitaria a concentração de poder econômico e político. Friedman assim resume o pensamento liberal acerca do poder e da liberdade:<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 9.

<sup>66</sup> HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*, p. 9.

<sup>67</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 89.

<sup>68</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 43.

O liberal receia fundamentalmente a concentração de poder. O objetivo dele é preservar o máximo de liberdade para cada indivíduo separadamente, de maneira a possibilitar que a liberdade de cada um não interfira na liberdade do próximo. Para ele, esse objetivo exige a dispersão do poder.

Em sentido contrário, os defensores do Estado de bem-estar social são favoráveis a uma maior atuação estatal, o que implica na crescente necessidade de se arrecadar mais impostos. Esse argumento se vê ainda mais fortalecido na área social por excelência em face da necessidade de uma maior distribuição de renda e amparo aos que se encontram na precariedade. De acordo com Friedman, aqueles que defendem mais tributos para financiar a seguridade social poderiam ser considerados:<sup>69</sup>

(...) elite no seio da sociedade, um grupo que sabe o que é melhor para os outros, mais do que estes são capazes de avaliar, uma elite com o dever e a responsabilidade de persuadir os eleitores a aprovar leis que sejam boas para eles, ainda que tenham de enganar os eleitores para os levar a fazê-lo.

Para o autor, a arrecadação de tributos e os gastos públicos envolvem a concessão de poderes discricionários à elite política que, com o auxílio da burocracia estatal, administra recursos tomados de outrem em benefício de terceiro. Assim, classifica os gastos em quatro categorias gradativas:<sup>70</sup>

- I) Gastar o seu dinheiro com você mesmo;
- II) Gastar o seu dinheiro com o outro;
- III) Gastar o dinheiro de outrem com você; e
- IV) Gastar o dinheiro de outrem com terceiro.

Na categoria I, o incentivo é grande para se economizar e fazer valer o máximo possível aos recursos que se tem. Na categoria II, ter-se-ia idêntico incentivo para economizar, mas não para obter a maximização do atendimento das necessidades do destinatário. Segundo Friedman, para que o destinatário ficasse realmente satisfeito melhor seria se entregássemos a ele os recursos para ele mesmo gastar. Entretanto, na categoria III, não se teria muito incentivo em baixar os custos das nossas despesas, pois estamos lidando com recursos alheios. Por fim, na categoria IV não há o incentivo para se economizar (gasta-se o recurso alheio), nem em atender àquilo que é adequado ao destinatário dos recursos. Como reiterou Eisenstein, “Whether taxes are high or low, they are a constitutional means of appropriating private property without just compensation”.<sup>71</sup> Assim, o mesmo ocorre com a arrecadação e aplicação dos tributos, pois existem

<sup>69</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 141.

<sup>70</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 153.

<sup>71</sup> EISENSTEIN, Louis. *The ideologies of taxation*. Cambridge: Harvard University Press, 2010. p. 6.

os contribuintes e os destinatários das verbas públicas. Todavia, há ainda o interesse dos próprios burocratas que administram esses recursos. A elite legislativa, bem como a elite burocrática e os eleitores participam de um jogo no qual:<sup>72</sup>

Os legisladores votam para gastar o dinheiro de outrem. Os eleitores que elegem os legisladores estão, em certo sentido, a votar para gastar o seu próprio dinheiro em si próprios, mas não o sentido direto dos gastos da Categoria I. A ligação entre os impostos que qualquer indivíduo paga e os gastos que vota é extraordinariamente ténue. Na prática, os eleitores, tal como os legisladores, tendem a pensar que alguém está a pagar os programas que o legislador vota diretamente e o eleitor vota indiretamente. Os burocratas que administram os programas estão igualmente a gastar o dinheiro de outrem. Não admira, por isso, que as quantias gastas disparem.

Na categoria IV, são os grupos fortes politicamente que decidem o que é bom para os demais. Nesse processo os mais pobres são excluídos, pois se poder político é possivelmente menor ainda que seu poder econômico. Friedman ressaltou ainda que “Todo esse tipo de programas coloca umas quantas pessoas em posição de decidir o que é bom para outras”.<sup>73</sup> Outra consequência dos gastos de categorias III e IV seria o uso da força pelo estado social, ameaçando as liberdades. Segundo Friedman, “O uso da força encontra-se assim no coração do Estado social – um meio mau que tende a corromper os bons fins”.<sup>74</sup> É igualmente por essa razão que o Estado social ameaça tão gravemente a nossa liberdade.

Ao discorrer sobre a tributação dos indivíduos ricos, os que concorreriam em maior escala para o financiamento social, Scheve e Stavasage lembram que “A basic principle of democratic societies is that people ought to be treated as equals by their government.”<sup>75</sup> A proposição de mudanças no modelo de arrecadação e aplicação de tributos implicaria – conforme proposto pela Escola de Chicago – em se discutir liberdade e igualdade. Em não havendo a igualdade de resultados, haveria conflitos com a liberdade mesmo assim, ocorreria a igualdade de oportunidades.<sup>76</sup> Ao invocar Thomas Jefferson, Friedman admite a existência de uma elite a qual nega o direito de fazer valer sua vontade sobre os demais, ainda que em democrática maioria. Ao lado da democracia da maioria, defende-se então as minorias e, principalmente, o cidadão que deve sempre ser protegido do arbítrio.<sup>77</sup>

---

<sup>72</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 154.

<sup>73</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 156.

<sup>74</sup> FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*, p. 158.

<sup>75</sup> SCHEVE, Kenneth; STASAVAGE, David. *Taxing the rich*. Princeton: Princeton University Press, 2016. p. 24.

<sup>76</sup> SCHEVE, Kenneth; STASAVAGE, David. *Taxing the rich*, p. 171.

<sup>77</sup> SCHEVE, Kenneth; STASAVAGE, David. *Taxing the rich*, p. 168.

De forma pertinente, Neiva observou que “Cada vez que o Estado subtrai do indivíduo o direito de realizar uma escolha sobre a sua via e transfere a escolha para um “especialista da burocracia”, ocorria uma grande ameaça para a liberdade”.<sup>78</sup> Sem dúvida, o debate em torno do impacto do tributo nas sociedades tem merecido uma atenção especial dos criadores das mais diversas escolas do pensamento econômico. De cunho liberal, essas escolas têm sustentando o seu inconformismo diante do tributo como forma de restrição da liberdade dos indivíduos. Da Escola de Chicago à Escola do Public Choice, passando pelo anarcocapitalismo de Murray Rothbard, o tributo se constituiu, desde sempre, no alvo dos economistas citados ao longo desse trabalho.

Friedman, em diferentes momentos de seu notável percurso acadêmico, demonstrou um persistente inconformismo em face do tributo. Para ele, o sistema do imposto de renda seria uma “desordem ímpia” e, por isso, pregava a utilização de alíquotas mais baixas e o *Taxing the rich, flat tax* com o intuito de se eliminar o que ele chamou de uma indústria de medidas de proteção fiscal, de uso recorrente por aqueles que têm a sua renda proveniente do trabalho assalariado a fim de se evitar o pagamento de determinados tributos. O fundador da Escola de Chicago pedia um sistema mais eficiente, capaz de relançar a economia e, por esta razão, preferia a simplicidade sobre a complexidade, combinando assim, justiça e eficácia. De fato, tais pressupostos caracterizariam o binômio equidade-eficiência, de difícil materialização nos atuais sistemas tributários uma vez que a manipulação das normas tributárias por grupos de interesse e elites tem distorcido os reais objetivos da justiça fiscal.<sup>79</sup> Nessa direção, Tremoulinas reiterou que “Tout impôt se doit d’être à la fois équitable et efficace”, o que encaminharia todos a um imposto justo e marcado por dois conceitos principais: a justiça e a retidão.<sup>80</sup>

Frank H. Knight, um dos expoentes da Escola de Chicago, realizou uma análise que vai além da economia. É constante a sua atenção ao aspecto ilógico, romântico ou acrítico do ser humano.<sup>81</sup> Na busca da verdade, propõe uma metodologia que identifique os verdadeiros problemas que, paradoxalmente, depende mais de uma deseducação “como a tarefa principal da educação geral, com o propósito de superar tanto preconceitos como a tendência de fazer julgamentos apressados bem como o propósito de desenvolver a vontade de ser inteligente, isto é, objetivo e crítico”.<sup>82</sup> Em certa medida, há uma confluência neste ponto,

---

<sup>78</sup> NEIVA, Leonardo J. F. *Tributação, democracia e desenvolvimento: o tributo como garantidor da igualdade e da liberdade*. Curitiba: Prismas, 2017. p. 90.

<sup>79</sup> NATIONAL TAXPAYERS UNION. Tax reform according to Milton Friedman. Disponível em: <<http://www.ntu.org/governmentbytes/detail/tax-reform-according-to-milton-friedman>>. Acesso em: 28/11/2016.

<sup>80</sup> TREMOULINAS, Alexis. *Comprendre la fiscalité*. Paris: Bréal, 2011. p. 79.

<sup>81</sup> KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989. p. 22.

<sup>82</sup> KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*, p. 17.

entre o pensamento de Knight e Pareto. Entretanto, Knight vai além ao admitir, ao contrário de Pareto, que o comportamento do *homo economicus* é permeado pela irracionalidade, tal como os demais comportamentos com os quais se relaciona em uma complexa teia de motivações e intenções.

Na questão monetária, Knight critica o keynesianismo e considera uma estupidez a inflação decorrente da ideia e da política de se impulsionar a criação de riqueza e prosperidade pela disponibilização de capital a juros artificialmente baixo.<sup>83</sup> O monetarismo defendido por Knight, tal como o de Friedman, vai além do controle da inflação e envolve a emissão de moeda, a teoria dos preços (Friedman e Stigler), ou mesmo a necessidade de existência de bancos centrais. Tudo isso também importa no maior ou menor papel do Estado e, por conseguinte, o seu poder de tributar. A própria inflação pode interessar ao Estado que com isso arrecada mais, sem que se submeta aos princípios do consentimento e da representação.

Se Friedman coloca a liberdade econômica com pressuposto da liberdade política, Knight afirma que “a liberdade econômica e a liberdade política, mais a liberdade intelectual e cultural, compõem os três aspectos principais do individualismo (...)”.<sup>84</sup> O mérito do mercado seria o de incorporar a liberdade e que idealmente esse mercado é totalmente livre, arrematou o economista com base em um dos princípios basilares da Escola de Chicago.<sup>85</sup>

## CONCLUSÃO

Conforme demonstrado ao longo desse trabalho, os temas analisados envolveram uma abordagem interdisciplinar com o objetivo de permitir uma melhor compreensão dos temas da sociologia política, da economia e do tributo, o que pode ser considerado relevante no domínio das ciências econômicas e sociais. De fato, a interdisciplinaridade propicia um entendimento mais integrado do conhecimento. Assim, foi possível verificar que não seria possível estabelecer uma análise do Estado desassociada da economia política e do mecanismo de funcionamento das elites. É da apreensão da dinâmica das elites que se pode verificar a conformação do sistema tributária a uma determinada estratégia de grupos minoritários. A teoria das elites advoga que a classe dirigente defende interesses próprios. Portanto, ao se confrontar a teoria das elites com o pensamento liberal, bem como ao averiguar o modelo tributário, infere-se até que ponto cada um desses aspectos revela-se verdadeiro nos seus postulados. Nesse sentido, restam ainda pendente de estudo, as eventuais dissonâncias entre o

---

<sup>83</sup> KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*, p. 18.

<sup>84</sup> KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*, p. 39.

<sup>85</sup> KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*, p. 39.

elitismo, o liberalismo econômico e a tributação.

O controle sobre a moeda e o poder de tributar remete diretamente para o exercício do poder, sendo elementos indelévels da soberania. Nesse contexto, inclui-se o elitismo o qual trata da formação dos núcleos de poder e de seu exercício, no âmbito do Estado. Por sua vez, o liberalismo defende a diminuição e dispersão do poder. Esse é um processo que deve ocorrer no livre mercado, ou seja, fora das instâncias de poder tratadas pelo elitismo. Dito em outras palavras, o liberalismo e a Escola de Chicago aceitam o realismo da teoria das elites quanto ao exercício do poder, amenizando os seus malefícios dentre os quais, inclusive, aqueles incidentes sobre a formulação do quadro jurídico-tributário. Fica claro que o tema deve ser aprofundado para vertentes cada vez mais específicas. Assim, pode-se discutir mesmo em cada segmento econômico ou tributário, o quanto as elites atuam no sentido de capturar o poder disperso no mercado, o que caberia bem na lógica liberal. É o caso, por exemplo, da influência da elite local ou ruralista na tributação do agronegócio. Deve ser enfatizado o fato de que o sistema constitucional brasileiro é híbrido, uma parte liberal e outra parte voltada para o bem-estar social. Por isso, é de se esperar que o embate entre as diferentes elites reflita inexoravelmente no hibridismo que caracteriza o sistema tributário.

Enfim, o debate acerca do papel do tributo na sociedade tem se restringido, no Brasil, à escala puramente dogmática, ignorando a corrente da análise econômica do direito, a qual tem angariado um importante número de adeptos nos recentes. Por isso, o artigo não teve a pretensão de esgotar o tema, mas o intuito de lançar uma luz sobre o tributo a partir de uma visão das elites e da Escola da Chicago.

## REFERÊNCIAS

- ALBERTONI, Ettore A. *Doutrina da classe política e teoria das elites*. Rio de Janeiro: Imago, 1990.
- BOBBIO, Norberto. Teoria das elites. In: BOBBIO, N.; MATTEUCI, N.; PASQUINO. (Org.). *Dicionário de política*. Brasília: UnB, 1986, p. 385-391.
- BOTTOMORE, T. B. *Elites and society*. Middlesex: Penguin Books, 1964. BUSINO, Giovanni. *Elites et élitisme*. Paris: Presses Universitaires de France, 1992.
- COENEN-HUTER, Jacques. *Sociologia das elites*. Tradução de Ana Paula Luís Viveiros. Lisboa: Instituto Piaget, 2013.
- EISENSTEIN, Louis. *The ideologies of taxation*. Cambridge: Harvard University Press, 2010.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose D. *Liberdade para escolher*. Portugal: Lua de Papel, 1990.
- FRIEDMAN, Milton. *Capitalismo e liberdade*. Tradução de Afonso Celso da Cunha Serra. Rio de Janeiro: LTC, 2014.

- GENIEYS, William. *Sociologie politique des elites*. Paris: Armand Collin, 2011.
- HOLLANDA, Cristina Buarque de. *Teoria das elites*. Rio de Janeiro: Zahar, 2011.
- KNIGHT, Frank Hyneman. *Inteligência e ação democrática*. Tradução de Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1989.
- MICHELS, Robert. *Para uma sociologia dos partidos políticos na democracia moderna*. Lisboa: Antígona, 2001.
- MILLS, Charles Wright. *La élite del poder*. Tradução de Florentino M. Torner y Ernestina de Champourcín. México: FCE, 1957.
- MOSCA, Gaetano. *La clase política*. México: FCE, 1984.
- MOSCA, Gaetano. *Historia de las doctrinas políticas*. Madrid: Editorial Reus S.A, 2009.
- NATIONAL TAXPAYERS UNION. Tax reform according to Milton Friedman. Disponível em: <<http://www.ntu.org/governmentbytes/detail/tax-reform-according-to-milton-friedman>>. Acesso em: 28/11/2016.
- NEIVA, Leonardo J. F. *Tributação, democracia e desenvolvimento: o tributo como garantidor da igualdade e da liberdade*. Curitiba: Prisma, 2017.
- PARETO, Vilfredo. *Forma y equilibrio sociales*. Introducción de Mario Domínguez Sánchez. Madrid: Minerva Ediciones, 2010.
- PARETO, Vilfredo. *La transformacion de la democracia*. Introducción y versión en castellano de Carlos A. Fernández Pardo. Argentina: Editorial Struhart & Cía, 2005.
- PARETO, Vilfredo. *Trattato di sociologia generale*. Primary source edition, v. I. USA: Nabu Press, 2014.
- PERISSINOTTO, Renato. *As elites políticas: questões de teoria e método*. Curitiba: IBPEX, 2009.
- SCHEVE, Kenneth; STASAVAGE, David. *Taxing the rich*. Princeton: Princeton University Press, 2016.
- TREMOULINAS, Alexis. *Comprendre la fiscalité*. Paris: Bréal, 2011.

Data de recebimento: 26/05/17

Data de aprovação: 07/08/17

# DA VIOLAÇÃO AO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO LOCAL DE TRABALHO: A SUBSTITUIÇÃO LESIVA PELO VALE-TRANSPORTE

## FROM THE VIOLATION TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF ACCESS TO THE WORKPLACE: THE SUBSTITUTION HARMFUL WHIT THE TRANSPORTATION VOUCHER

*Lara Caxico Martins Miranda\**

*Mayra Freire de Figueiredo\*\**

*Lourival José de Oliveira\*\*\**

### RESUMO

Levando-se em conta os princípios constitucionais de proteção ao trabalho, o presente estudo possui como objeto analisar a possibilidade ou não de o empregador substituir o fornecimento de transporte para a condução dos seus empregados das suas residências até o meio ambiente de trabalho pela concessão de vale-transporte. A partir das considerações sobre a natureza salarial dos benefícios e as possibilidades de alteração contratual, identificou-se que a substituição pode configurar alteração prejudicial ao trabalhador na hipótese de causar descontos nos salários. Por se tratar de direito fundamental essencial para a efetivação do direito ao trabalho, o transporte, fornecido pelo empregador, não pode ser retirado por mera liberalidade. Por meio do método dedutivo, desenvolveu-se uma pesquisa teórica com utilização da legislação brasileira e doutrina pátria.

**Palavras-chave:** Alteração contratual; Direitos sociais; Transporte; Vale-transporte.

- 
- <sup>1</sup> Mestranda em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós Graduada em Direito Constitucional pelo Complexo de Ensino LFG. Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Complexo de Ensino Damásio de Jesus. Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: laracaxico@hotmail.com.
  - <sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Filadélfia – UniFil, Londrina (2008-2012), possui Pós-graduação em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pelo Damásio Educacional (2013-2014) e Pós-graduação em Direito Constitucional Contemporâneo pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (2014-2015). Advogada.
  - <sup>3</sup> Mestrado em Direito das Relações Sociais pela Universidade Estadual de Londrina (1994) e doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999).

### ABSTRACT

---

Taking into account the constitutional principles of protection of labor, this study has at analyzing whether or not the employer can replace the provision of transport for the conduct of its employees from their homes to the workplace environment by granting transportation vouchers. Based on the considerations on the salary nature of the benefits and the possibilities of contractual alteration, it was identified that the substitution may constitute a detrimental alteration to the employee in the event of causing discounts in wages. Because it is an essential fundamental right for the realization of the right to work, transportation, provided by the employer, can not be withdrawn by mere liberality. Through the deductive method, a theoretical research was developed using Brazilian legislation and homeland doctrine.

**Keywords:** Contractual amendment; Social rights; Transport; Transportation vouchers.

### INTRODUÇÃO

O direito à prestação de serviços de caráter social ampliou-se com o passar dos séculos. O que inicialmente compreendia-se apenas no âmbito da saúde e do trabalho, ampliou-se, em virtude do aumento das sociedades e das progressivas lutas sociais, para atingir prestações positivas concernentes à lazer, moradia, alimentação e outros direitos essenciais para o desfrute de uma vida digna.

A pesquisa em apreço dá destaque para a análise do transporte, direito social inserido no artigo 6º da Constituição da República Federativa do Brasil pela Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015. Parte-se do pressuposto de que sua prestação é obrigatória por parte do Estado, mas que sua concessão deve contar com o apoio da sociedade civil e empresária, em virtude da eficácia horizontal dos direitos sociais. Salienta-se a sua essencialidade para a concretização do direito ao trabalho e para a viabilidade da própria atividade econômica.

Prossegue-se para a verificação das modalidades de concessão do transporte por parte da empresa e a natureza jurídica do benefício. Pretende-se verificar se o empregador, como garantidor do direito ao trabalho e da atividade econômica, pode suprimir ou substituir o benefício, caso concedido no início do contrato de trabalho. Nesse viés, será abordada a possibilidade de o empregador se utilizar do vale-transporte para deixar de fornecer veículo de locomoção dos trabalhadores de suas residências até o local de trabalho.

A pesquisa se justifica pela pertinência do direito de acesso ao local de trabalho e pela necessidade de compreensão dos legitimados a garanti-lo. Ainda que inserido, como direito ao transporte, no rol de direitos sociais da Constituição Federal de 1988 apenas em 2015, possui relevância desde que as aglomerações

sociais se formaram. Compreendido como “direito meio”, é fundamental para a efetivação do próprio direito ao trabalho e pela eficácia horizontal dos direitos fundamentais, não cabe apenas ao Estado garantir mecanismos, como o transporte público, para que o trabalhador consiga chegar ao posto de trabalho. Assim, a pesquisa manifesta significância na medida em que demonstra a responsabilidade empresarial pela promoção do direito de acesso ao local de trabalho.

Dentre as principais categorias analíticas e conceituais destaca-se o reconhecimento da necessidade de concessão de direitos sociais por parte do Estado, da essencialidade do transporte abordada na Proposta de Emenda à Constituição n. 90 de 2011, das possibilidades de concessão de transporte por parte da empresa, da natureza jurídica do benefício e da alteração contratual lesiva.

Será desenvolvida uma pesquisa teórica, pela apropriação do método dedutivo. Por meio da compreensão dos aportes teóricos mencionados e do reconhecimento de premissas verdadeiras relacionadas a esses, será utilizada a dedução para compreender como existente a alteração contratual lesiva na hipótese de substituição da concessão de transporte para o deslocamento dos trabalhadores pelo fornecimento de vale-transporte. O material utilizado será composto pelos estudos realizados pela doutrina brasileira solidificada, legislação constitucional e infraconstitucional e em artigos científicos.

## O DIREITO AO TRANSPORTE COMO DIREITO SOCIAL

Dentre as diversas formas de Estado presenciadas pela humanidade e suas respectivas crises, cumpre identificar o momento em que esse se viu sujeito à outorga de direitos que garantissem o desenvolvimento das sociedades e a igualdade material entre os indivíduos. Frisa-se que, por mais que o provimento tenha se iniciado em determinado período, até hoje direitos sociais são inseridos nos ordenamentos jurídicos, revelando que a transformação social exige o fornecimento de novas prestações positivas.

A crise do Estado liberal democrático abriu espaço, no século XX, para a positivação dos direitos sociais.<sup>1</sup> Dentre os documentos de maior relevância cita-se a Constituição Mexicana de 1917, que inseriu no seu texto a proteção ao trabalho em face da limitação do poder econômico. No Brasil, a Constituição de 1934 foi a primeira a estabelecer um título destinado exclusivamente aos direitos sociais e econômicos.

Maior abrangência internacional, por sua vez, foi vista apenas com o fim da Segunda Guerra Mundial e a elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). O documento reconheceu os direitos sociais como intrínsecos

---

<sup>1</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009. p. 79.

ao homem e consequentemente de concessão obrigatória por parte dos governos.<sup>2</sup> O maior espaço para intervenção estatal e a necessidade de prever e conceder direitos sociais culminou com a formação do Estado de bem-estar social. Após o término da guerra, os governos se consolidaram como fornecedores de saúde, educação básica, renda mínima e trabalho decente.<sup>3</sup>

O crescimento sem medida do âmbito de atuação do Estado resultou em grande crise financeira, especialmente na década de 1980. Havia a necessidade de o Estado conceder direitos sociais e plurais, mas não seria impreterível que a prestação desses serviços ocorresse de forma direta. Tal concepção fomentou a formação do Estado social-liberal, que permaneceu comprometido com direitos sociais, mas passou a exigir colaboração da sociedade para garanti-los.<sup>4</sup>

Neste contexto social-liberal, em 1988, a Constituição da República Federativa do Brasil foi promulgada. Dentre os seus objetivos fundamentais está a atuação para o desenvolvimento nacional, erradicação da pobreza, bem como marginalização e redução de desigualdades sociais e regionais (art. 3º, incisos II e III). A fim de alcançar estes alvos, o legislador constituinte positivou, no capítulo II, diversos direitos sociais, incluídos como direitos fundamentais, que, se efetivados, constituem caminho para o cumprimento da meta introdutória.

Salienta-se o rol estabelecido no artigo 6º, que vinculou o Estado a prestações positivas possibilitadoras da melhoria de condições de vida e do avanço em termos de igualdade material. Vale apontar que o dispositivo sofreu modificações após a promulgação da Constituição, o que indica um avanço em termos de caracterização de direitos sociais. Enfatiza-se a adição do direito à moradia pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, do direito à alimentação pela Emenda Constitucional n. 64, de 4 fevereiro de 2010 e, em relevância na pesquisa, do direito ao transporte pela Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015.

Os objetivos da República mencionados foram as premissas para a aprovação da Emenda Constitucional n. 90 de 2015, que deu nova redação ao artigo 6º da Carga Magna para introduzir o transporte para o local de trabalho como direito social. Mecanismos de acesso ao estabelecimento empresarial, há muito, são essenciais para a vida cotidiana, mas apenas em 2015 entraram para o rol de direitos sociais. Principalmente no que se refere ao ambiente urbano, sabe-se que o transporte é essencial para a garantia da mobilidade dos serviços e das pessoas e o acesso aos demais direitos sociais.

---

<sup>2</sup> NUNES JUNIOR, Vidas Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positividade e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 52-55.

<sup>3</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*, p. 79-83.

<sup>4</sup> BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*, p. 153-155.

Não cabe dizer que antes de 2015 o fornecimento de transporte não era de obrigação do Estado, tendo em vista as competências dos entes federativos estabelecidas no título III da Constituição Federal. Conforme dispõe o artigo 21, inciso XX, compete à União “instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico e transportes urbanos”.<sup>5</sup> A organização e fornecimento do transporte coletivo, seja em regime de concessão ou permissão, foi conferida, por sua vez, aos municípios, de acordo com o artigo 30, inciso V, do mesmo instituto.

A princípio, supõe-se que a positivação do transporte como direito social apenas acentuou o caráter indispensável do serviço. Uma análise minuciosa, por sua vez, revela que o *caput* do artigo 6º foi local estrategicamente escolhido em virtude da eficácia horizontal dos direitos sociais.

A teoria liberal clássica considerava que os direitos fundamentais, dentre os quais se encontram os direitos sociais, só seriam oponíveis em face do Estado. Caberia a esse garanti-los em prestações positivas e abster-se de violá-los, em virtude dos limites estabelecidos ao exercício do poder estatal. Na concepção atual, entretanto, não restam dúvidas de que não apenas o Estado é passível de violar direitos sociais, mas todo e qualquer ator social.<sup>6</sup>

É certo que “a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável”, que incide e vincula as relações particulares em prol da proteção da dignidade da pessoa humana.<sup>7</sup> Ensina Lima<sup>8</sup> que “a permissão de influência dos direitos fundamentais junto às relações privadas denota uma corresponsabilidade com a diminuição das desigualdades sociais, sem excluir a obrigação primária do Estado”.

Dessa forma, percebe-se que cabe aos particulares colaborarem para a efetivação de direitos sociais em parceria com o Estado,<sup>9</sup> pois em suas relações privadas se impõem o respeito e a garantia daqueles. Denota-se que não é possível mais se pensar em um Estado que garante e presta sozinho as obrigações decorrentes desses direitos. Há clara exigência de auxílio por parte dos demais sujeitos sociais.

---

<sup>5</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoconsolidado.htm)>. Acesso em: 21/08/2017.

<sup>6</sup> GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. Revista do Tribunal Superior do Trabalho. Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011. p. 61.

<sup>7</sup> GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*, p. 61.

<sup>8</sup> LIMA, Jairo Néia. *Sociabilidade horizontal: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. São Paulo, v. 79, p. 105-124, abr./jun. 2012. p. 115.

<sup>9</sup> LIMA, Jairo Néia. *Sociabilidade horizontal: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares*, p. 115.

Nessa senda, o transporte, incluído como direito social pela Emenda Constitucional n. 90 de 2015, deve ser garantido pelo Estado com apoio daqueles que atuam na ordem econômica e preservado pela sociedade civil. A responsabilidade pela garantia e manutenção do serviço é de todos, principalmente porque “cumpre função social vital, uma vez que o maior ou menor acesso aos meios de transporte pode tornar-se determinante à própria emancipação social e o bem-estar daqueles segmentos que não possuem meios próprios de locomoção”.<sup>10</sup>

Trata-se de um “direito-meio”, tendo em vista que influencia na garantia dos demais direitos e possibilita a obtenção daquilo que é essencial a uma vida digna.<sup>11</sup> Diversos são os reflexos de um transporte deficiente em uma sociedade urbanizada. Dentre eles, o afastamento de empresas dos centros urbanos em virtude de congestionamentos, o que dificulta o acesso do trabalhador ao posto de trabalho, e os óbices para o alcance de serviços estatais básicos, como saúde, educação e lazer.<sup>12</sup>

Certamente, as mais afetadas são as classes sociais mais baixas, que em virtude da marginalização social tem a “necessidade de viver em áreas periféricas, em geral muito longe do local de trabalho e desprovidas de equipamentos públicos, principalmente escolas e postos de saúde”.<sup>13</sup> Em virtude do segregamento, a cidade em si acaba por intensificar a pobreza, tanto no que se refere ao seu modelo socioeconômico quanto à sua estrutura física, vez que atende apenas uma parcela restrita da população.

Especificamente com relação ao transporte público, a maioria dos cidadãos que dele necessita não possui fácil acesso. Isso porque é grande a escassez nas áreas residenciais e poucos os recursos para quitar suas tarifas, que costumeiramente compromete sobremaneira o orçamento familiar. “A precariedade dos sistemas de mobilidade nas Regiões Metropolitanas, a ausência de planejamento, a falta de transparência, o baixo nível de investimento e, ao mesmo tempo, o valor das tarifas”<sup>14</sup> geram frustração dentre aqueles que mais dependem da prestação eficiente desse direito social.

---

<sup>10</sup> ERUNDINA, Luiza. Proposta de emenda à constituição n. 90 de 29 de setembro de 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=925887&filename=PEC+90/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=925887&filename=PEC+90/2011)>. Acesso em: 19/04/2017. p. 2.

<sup>11</sup> BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Proposta de emenda à constituição nº 90, de 2011 (parecer do Relator n. 1). 2013. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1100086&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+90/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1100086&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+90/2011)>. Acesso em: 19/04/2017. p. 2.

<sup>12</sup> BRASÍLIA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas. 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0960.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0960.pdf)>. Acesso em: 19/04/2017. p. 10.

<sup>13</sup> VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. Rio de Janeiro: Senac, 2012. p. 55.

<sup>14</sup> FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Diretoria de análise de políticas públicas. *Mobilidade urbana e cidadania: percepções do usuário de transporte público no Brasil (relatório preliminar)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014. p. 5.

Os meios de transporte se colocam como intermediadores entre os cidadãos e as entidades públicas, entre os enfermos e os postos de saúde, entre as famílias e os locais de lazer e, em destaque especial para a pesquisa, entre o trabalhador e o posto de trabalho. Dessa forma, é possível concluir que um eficiente sistema de mobilidade social é condição de eficácia dos demais direitos sociais, dentre eles o direito ao trabalho.

De acordo com Lenza,<sup>15</sup> em virtude do valor das tarifas do transporte público e da sua deficiência, muitos “não conseguem voltar para suas casas depois do trabalho, ou passam várias horas do dia em deslocamento”. O direito ao trabalho ganha expressivos obstáculos em virtude das múltiplas ineficiências do Estado brasileiro no que se refere ao fornecimento de transporte.<sup>16</sup> Em virtude da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais e do dever daqueles inseridos na ordem econômica de atuarem em prol do pleno emprego (artigo 170, VIII, CF) é que se torna imperioso o auxílio destes no fornecimento de transporte.

Destarte, “o livre exercício da atividade econômica é uma garantia assegurada pela Constituição. Essa garantia somente subsiste quando a Economia for capaz de solucionar a questão do emprego, que afeta a totalidade de pessoas”.<sup>17</sup> Nesse condão, é clara a responsabilidade da empresa de garantir o direito ao trabalho e tudo o que serve de acesso a ele.

Destaque-se que, se o trabalhador necessita de equipamentos de proteção individual (art. 166, CLT) ou roupas específicas para o desenvolvimento da atividade laboral, cabe ao empregador fornecê-los (art. 389, inciso, IV, CLT). Se para a prestação do serviço exige-se o uso de acessórios e instrumentos (art. 485, § 2º, I), também é da competência daquele a concessão. O mesmo vale quando se trata do transporte.

Aquilo que se coloca como essencial para garantir o acesso e permanência do direito ao trabalho é de responsabilidade também no empregador. Assim já se posicionou Delgado<sup>18</sup> ao afirmar que “trata-se das utilidades (bens ou serviços) ofertadas pelo empregador ao obreiro essencialmente como mecanismo viabilizador da própria realização do serviço contratado ou viabilizador do aperfeiçoamento no processo de consecução do trabalho”.

Em vista disso, sendo o transporte direito social de necessária provisão do Estado, mas também fundamental para garantir o acesso ao trabalho, na ausên-

---

<sup>15</sup> LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 1.298-1.299.

<sup>16</sup> FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Diretoria de análise de políticas públicas. Mobilidade urbana e cidadania: percepções do usuário de transporte público no Brasil (relatório preliminar), p. 5.

<sup>17</sup> LEDUR, José Felipe. A Constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho. *Revista do TST*. Brasília. v. 77, n. 3, jul./set. 2011. p. 99.

<sup>18</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 789.

cia do fornecimento por parte daquele, cabe a empresa garanti-lo. Enfatiza-se que quando a empresa decide por instituir transporte para o deslocamento dos seus trabalhadores acaba por viabilizar a própria atividade econômica, que não subsistiria sem o acesso da mão de obra ao local de trabalho. Afinal, “é bastante simples perceber que sem trabalho, não haverá produção”.<sup>19</sup>

O direito ao trabalho é expressão de dignidade do trabalhador, que deve ser garantido pelo Estado, pela ordem econômica e pela sociedade civil. Um dos direitos de acesso ao trabalho é o direito a um transporte de qualidade, com baixas tarifas, eficaz e em quantidade suficiente. Se o Estado se coloca em déficit em relação a sua concessão, cabe a empresa fornecê-lo, de modo a garantir o direito ao transporte e, conseqüentemente, o direito ao trabalho.

Caso realize essa concessão, em cumprimento da sua função social, não poderá suprimir o direito estabelecido, nem substituí-lo por outro benefício que gere desconto no salário do trabalhador, como o vale-transporte. Se assim o fizer, será caracterizada a alteração lesiva no contrato de trabalho, conforme principal discussão travada na pesquisa.

## **NATUREZA JURÍDICA E POSSIBILIDADES DE CONCESSÃO DO TRANSPORTE PELA EMPRESA**

Sabendo-se que o transporte se trata de direito fundamental social do indivíduo, a ser efetivado igualmente pelos particulares, à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, torna-se importante tratar sobre as hipóteses de concessão no âmbito da relação de emprego. Essencial, além disso, é abordar a natureza jurídica do benefício, se salarial ou indenizatória.

Com efeito, entende-se por salário como sendo o “conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho”.<sup>20</sup> Consiste na retribuição devida e paga pela empresa ao obreiro, habitualmente, pelo fato de permanecer o trabalhador à sua disposição, por força do contrato de trabalho.<sup>21</sup> Em relação ao meio de pagamento, pode ser realizado em dinheiro ou em bens ou serviços (utilidades). Quando pago na forma do último, se convencionou designar salário-utilidade ou salário *in natura*, podendo a utilidade ter ou não caráter salarial.

Para caracterização da natureza salarial da utilidade, exigem-se requisitos, quais sejam, que a benesse seja benéfica (i), concedida de forma graciosa, habi-

---

<sup>19</sup> LEDUR, José Felipe. *A Constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho*, p. 102.

<sup>20</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 791.

<sup>21</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016. p. 490.

tual e com finalidade contraprestativa pelo trabalho prestado (ii) e que não haja lei retirando a natureza salarial da verba (iii).<sup>22</sup>

No tocante à habitualidade, o fornecimento deve se prolongar durante o contrato de trabalho. Exclui-se, portanto, a situação meramente esporádica, a qual deixará de obrigar o empregador. O requisito corresponde, pois, “à ideia de repetição uniforme em certo contexto temporal”.<sup>23</sup>

Contraprestativo, por sua vez, será o fornecimento que tenha por causa e objetivos retribuir o empregado. Por conseguinte, a doutrina utiliza-se da fórmula “pelo trabalho” ou “para o trabalho”. Assim, terá natureza salarial a utilidade fornecida pelo trabalho, ou seja, em razão da atividade realizada. A utilidade concedida para o trabalho, que será utilizada para o desenvolvimento do labor, não terá caráter salarial.<sup>24</sup>

O artigo 458 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) trata do tema, disciplinando exemplos de utilidade. Preconiza que, além do pagamento em dinheiro, compreendem-se no salário para todos os efeitos legais as prestações *in natura* fornecidas habitualmente pelo empregador ao empregado, por força do contrato ou do costume, a exemplo da alimentação, da habitação e do vestuário.<sup>25</sup>

Nos termos do parágrafo 2º do mesmo dispositivo legal, não se consideram salário *in natura* os vestuários, equipamentos e acessórios quando fornecidos aos empregados e por eles utilizados no local de trabalho, para a prestação do serviço. Ainda, ficam excluídos: a educação em estabelecimento de ensino próprio ou de terceiros, incluindo-se valores relativos a matrícula, mensalidade, anuidade, livros e material didático; a assistência médica, hospitalar e odontológica, prestada diretamente ou mediante seguro-saúde; os seguros de vida e de acidentes pessoais; a previdência privada; o vale-cultura.<sup>26</sup>

Nesse contexto, válido citar que a Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, acrescentou o § 5º, dispondo que o valor relativo à assistência prestada por serviço médico ou odontológico, próprio ou não, inclusive o reembolso de despesas com medicamentos, óculos, aparelhos ortopédicos, próteses, órteses, despesas médico-hospitalares e outras similares, ainda quando concedido em diferentes modalidades de planos e coberturas, não integram o salário do empregado para qualquer efeito.

---

<sup>22</sup> BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 774.

<sup>23</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 823.

<sup>24</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 824.

<sup>25</sup> BRASIL. Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0229.htm#art458](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm#art458)>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>26</sup> BRASIL. Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10243.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10243.htm#art2)>. Acesso em: 24/04/2017.

Finalmente, com atenção especial no trabalho, dispõe o referido artigo 458 que não se considera salário *in natura* o transporte destinado ao deslocamento do empregado para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público. Portanto, conforme disposto na CLT, em regra, o transporte não ostenta natureza salarial.

No caso do veículo fornecido pelo empregador ao empregado, quando indispensável para a realização do trabalho, isto é, em se tratando de ferramenta para o trabalho, também não terá natureza salarial, ainda se utilizado pelo trabalhador em atividades particulares, razão por que não integrará o salário. É a inteligência da Súmula 367, item I do Tribunal Superior do Trabalho (TST), ao tratar das utilidades *in natura*, retirando do benefício o caráter salarial.

Ao comentar o assunto, Barros<sup>27</sup> entende que a Súmula 367 do TST segue o princípio da colaboração mútua. Para a autora:

[...] o fornecimento do transporte visa a evitar que o empregador seja levado à mesquinha de exigir que o empregado devolva o veículo quando, por exemplo, necessitar pagar uma conta durante o expediente, prejudicando o bom andamento do serviço e acarretando um constante clima de desconfiança.

Em contrapartida, terá feição salarial quando a função do veículo for irrisória, utilizado em momentos de lazer, repouso ou férias, a fim de tornar mais atraente o exercício do cargo e melhores as condições de trabalho. Verifica-se que, nessa situação, o transporte não se enquadra na hipótese da mencionada Súmula 367 e artigo 458, § 2º da CLT, sendo fornecido pelo trabalho e não para o trabalho.<sup>28</sup>

Do mesmo modo, tratando-se de local de difícil acesso, não abrangido por serviço de transporte público e regular, se a empresa fornece veículo com combustível aos empregados, não se estará diante de benefício de natureza salarial, uma vez que se constitui na única forma de acesso ao local de trabalho.<sup>29</sup>

Isto posto, destaca Bomfim<sup>30</sup> que, se o empregador fornece o veículo, mas as despesas (manutenção, combustível, impostos, etc.) são arcadas pelo empregado, a utilidade se torna onerosa, o que retira o caráter salarial, ainda se fornecido habitualmente e como contraprestação pelo trabalho prestado.

No entanto, ainda, quando o veículo não for indispensável para o trabalho, há corrente que defende a caracterização de salário *in natura*, passando a integrar

<sup>27</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 495.

<sup>28</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 495.

<sup>29</sup> BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*, p. 787.

<sup>30</sup> BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*, p. 786.

a remuneração do empregado. Nessa esteira, colaciona-se trecho do acórdão proferido nos autos n. 0010249-52.2014.5.01.0491, da 2ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, de relatoria da Desembargadora Vólia Bomfim:

[...] Ao alegar que o veículo era fornecido de modo a possibilitar as atividades do autor, a reclamada atraiu para si o ônus probatório destes fatos impeditivos do pleito formulado nos autos, conforme os arts. 333, II, do CPC e 818, da CLT. Contudo, não se desincumbiu satisfatoriamente, não tendo conseguido comprovar que o fornecimento do veículo tinha relação direta com a necessidade da rotina laboral do obreiro. Diferente do que tenta fazer crer a ré, o autor em nenhum momento confessou que o veículo lhe foi fornecido para o trabalho, pelo contrário, aduziu que o utilizava para o lazer e para se dirigir a sede da ré, cuja existência de transporte público sequer foi impugnada. O autor apenas ressaltou que em UMA única oportunidade utilizou-se do veículo para ir a uma audiência prestar depoimento como testemunha a pedido da empresa, o que não configura confissão. Assim, tendo o autor declarado que recebeu o veículo em razão de sua posição na empresa, eis que laborava em local fixo (na estação do pedágio da reclamada) e não havia necessidade de deslocamento em sua rotina de trabalho, entendo que cabia à ré a prova substancial da necessidade do benefício para o desenvolvimento do trabalho, o que não ocorreu. O autor utilizava-se do carro, inclusive para o lazer, sem qualquer fiscalização da parte da ré que ainda lhe fornecia o combustível, tornando totalmente graciosa a parcela e em clara contraprestação pela sua alta posição na empresa. Como o veículo não era indispensável ao trabalho, não há que se falar na aplicação da Súmula n. 367, do C. TST.<sup>31</sup>

Também poderá ter natureza salarial a parcela paga em dinheiro ao trabalhador sob a rubrica ajuda de transporte, reembolso de transporte ou mesmo para o combustível do veículo, quando a verba for graciosa, habitual e pelos serviços prestados.<sup>32</sup>

Outra modalidade pela qual se possibilita o transporte ao empregado é a concessão de vale-transporte, amparado por lei específica, Lei n. 7.418 de 16 de dezembro de 1985, regulamentada pelo Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987. O benefício é obrigatório a todos os trabalhadores urbanos e rurais, estendido inclusive aos trabalhadores domésticos (artigo 19 da Lei Complementar n. 150 de 1 de junho de 2015). Na forma do artigo 1º da Lei n. 7.418, de 16 de de-

---

<sup>31</sup> BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Segunda Turma. Acórdão prolatado no Recurso Ordinário n. 0010249-52.2014.5.01.0491, Desembargadora Relatora Vólia Bomfim Cassar, Publicado em 17 de agosto de 2015. TRT1. Disponível em: <www.trt1.jus.br>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>32</sup> BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*, p. 786.

zembro de 1985, o vale-transporte deverá ser pago pelo empregador antecipadamente, com o objetivo de cobrir as despesas efetivas que o trabalhador possua para deslocamento de sua residência para o trabalho e vice-versa, por meio de sistema de transporte público.<sup>33</sup>

Na sequência, dispõe o artigo 4º da mesma lei que a concessão do benefício se dá por meio de aquisição pelo empregador dos vales-transportes necessários ao deslocamento do trabalhador no percurso residência-trabalho e vice-versa, no serviço de transporte que melhor se adequar. O parágrafo único do aludido artigo menciona que o empregador participará dos gastos de deslocamento do trabalhador com a ajuda de custo equivalente à parcela que exceder a 6% de seu salário básico.<sup>34</sup> Significa dizer que, se concedido vale-transporte, 6% serão descontados do salário-base do trabalhador.

Dispõe o Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987, artigo 5º, que é vedado ao empregador, como regra, substituir o vale-transporte por antecipação em dinheiro ou qualquer outra forma de pagamento. Diversamente ocorre com o trabalhador doméstico, conforme artigo 19 da Lei Complementar n. 150, de 1 de junho de 2015, que autoriza o empregador substituir a aquisição de vale-transporte por pagamento em dinheiro. Nesse cenário, os valores para aquisição das passagens necessárias ao custeio das despesas constarão em recibo.

Por expressa previsão legal (artigo 2º, alínea “a”, da Lei n. 7.418 de 16 de dezembro de 1985), a parcela não tem natureza jurídica de salário, não integrando a remuneração do empregado para qualquer fim legal. Consequentemente, o artigo 28, § 9º, alínea “f”, da Lei n. 8.212 de 24 de julho de 1991, igualmente preleciona que a parcela recebida a título de vale-transporte não integra o salário de contribuição, não servindo de incidência para cálculo da contribuição previdenciária.

Ainda que se substitua o vale-transporte por pagamento em pecúnia, posiciona-se a jurisprudência no sentido de não admitir o benefício como salário. Permanecerá a natureza indenizatória da verba, mesmo nessa hipótese:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA EM FACE DE DECISÃO PUBLICADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.015/2014. UNIÃO. EXECUÇÃO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. MULTA ADMINISTRATIVA. VALE-TRANSPORTE. PAGAMENTO EM PECÚNIA. NATUREZA INDENIZATÓRIA. BASE DE CÁLCULO DO FGTS. IMPOSSIBILIDADE. O artigo 2º, “a” e “b” da Lei n. 7.418/85, prevê que o vale-transporte não tem natureza salarial, não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos e nem constitui

<sup>33</sup> BRASIL. Lei n. 7.481, de 16 de dezembro de 1985. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7418.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.

<sup>34</sup> BRASIL. Lei n. 7.481, de 16 de dezembro de 1985.

base de incidência de contribuição previdenciária ou do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço. Nesse sentido, a jurisprudência desta Corte Superior tem se manifestado que a concessão em pecúnia não tem o condão de alterar a natureza jurídica da parcela, que, por disposição expressa da lei, é indenizatória.<sup>35</sup>

Como visto, é possível que o empregador forneça transporte ao empregado, por força do contrato de trabalho e da relação de emprego com ele estabelecida. Poderá conceder ao trabalhador veículo que seja indispensável para o trabalho e que, como visto, não terá natureza salarial ainda que esse seja utilizado pelo empregado para fins particulares, como aos finais de semana. A concessão, por sua vez, poderá ser pelas atividades realizadas, como uma gratificação em virtude do cargo ou função. Nessas hipóteses, será caracterizada a natureza salarial.

Ainda, quando o empregado não possuir outro meio de locomoção para o trabalho, deverá a empresa, em razão da lei, da sua função social e da obrigatoriedade de garantir o pleno emprego, fornecer vale-transporte ou meio de locomoção eficaz para o trabalhador. Nesse caso, o benefício terá natureza jurídica indenizatória, não integrando o salário para qualquer fim. Apesar disso, caso a empresa opte por fornecer o transporte, direito social de acesso ao direito ao trabalho, não poderá discricionariamente suprimir sua concessão.

Como melhor detalhado no item seguinte, o veículo concedido como meio de acesso ao posto de trabalho é condição de eficácia para a garantia do emprego e do direito ao trabalho. Se a empresa interrompe a prestação do serviço impõe obstáculo ao desenvolvimento da atividade empresarial, o que interfere, por consequência, nos objetivos da ordem econômica, especialmente o da valorização do trabalho humano e da busca do pleno emprego (artigo 170, CF).

Nesse ínterim, importa dizer que a concretização do direito ao trabalho se conecta com a busca do pleno emprego. Significa dizer que as políticas públicas de trabalho e emprego promovidas pelo Estado constituem “mecanismos políticos de efetivação do direito ao trabalho”.<sup>36</sup> Pode-se concluir, portanto, que a concessão de transporte para acesso ao posto de serviço insere a empresa em uma ideia de efetiva cooperação com o Estado para alcance dos objetivos da ordem econômica.

Por fim, ainda que opte o empregador por substituir a concessão do meio de locomoção por fornecimento de vale-transporte, pode ser caracterizada alteração contratual lesiva se ocasionar prejuízos ao empregado, como realizar descontos em seu salário.

---

<sup>35</sup> Processo número TST-AIRR-280600-34.2009.5.02.0032, 7ª Turma, Ministro Relator: Cláudio Brandão, data de Julgamento: 7 de outubro de 2015.

<sup>36</sup> FONSECA, Maria Hemília. Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro. São Paulo: PUC, 2016. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf)>. Acesso em: 06/05/2017. p. 289.

## DA CONCESSÃO DO VALE-TRANSPORTE COMO ALTERAÇÃO CONTRATUAL PREJUDICIAL AO EMPREGADO

Os valores gastos pela empresa com concessão de transporte para o deslocamento dos seus trabalhadores das suas residências ou de qualquer local previamente estabelecido até o local de trabalho não integram os respectivos salários, conforme diretrizes do artigo 458, *caput* e parágrafo 2º, inciso III, da CLT. Por essa razão, em regra, caso a empresa opte por deixar de fornecer o transporte, essa conduta não caracteriza redução salarial. Esse é o entendimento do Tribunal Superior do Trabalho,<sup>37</sup> tendo em vista que a concessão do benefício *in natura* (veículo) ou em dinheiro (vale-transporte) não altera sua natureza jurídica.

A adoção de transporte por parte da empresa, quando o percurso possui transporte público eficaz, se trata de mera liberalidade, que visa facilitar o dia a dia laboral por meio de uma vantagem coletiva. “As empresas optam pela alternativa de propiciar condução a seus empregados, visando a obter mão de obra pontual e assídua”.<sup>38</sup>

Quando, por sua vez, o local do estabelecimento não possui o serviço público, como visto, para garantia do pleno emprego e da própria atividade econômica, cabe ao empregador fornecê-lo. Em ambos os casos, por sua vez, o transporte fornecido pretende viabilizar o direito ao trabalho, logo é fornecido, nos termos já tratados, “para o trabalho, não se ofertando com o intuito contraprestativo”.<sup>39</sup>

Barros<sup>40</sup> esclarece que “o legislador retirou a feição salarial do transporte, neste caso, porque ele se equipara a instrumento de trabalho”. Assim, não é possível se exigir que o empregador o forneça e ainda pague parcela salarial referente a este. Não se configurando salário, tem-se que a sua supressão não gera redução no montante devido ao trabalhador e, conseqüentemente, não ofende o princípio da irredutibilidade salarial (artigo 7º, VI, CF).

Ocorre que, mesmo que a supressão do fornecimento do transporte por parte da empresa não gere, a princípio, redução salarial, isso não significa que não trará prejuízos ao empregado. Exemplifica-se com o caso de um trabalhador que firmou o contrato de emprego por saber que poderia usufruir do transporte

---

<sup>37</sup> Conforme se verifica na jurisprudência: RECURSO DE REVISTA. [...] 2. Vale-transporte. Pagamento em pecúnia. Natureza indenizatória. Não conhecimento. Nos termos do artigo 2º, a, da Lei n. 7.418/85, o vale-transporte não tem natureza salarial nem se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos. Ademais, o artigo 458, § 2º, III, da CLT igualmente não considera como salário o transporte destinado ao deslocamento para o trabalho e retorno, em percurso servido ou não por transporte público. A percepção do benefício em pecúnia não transmuda natureza indenizatória do vale-transporte. Recurso de revista de que não se conhece. (TST; RR 0104000-37.2008.5.01.0028; Rel. Min. Guilherme Augusto Caputo Bastos; DEJT 30/05/2014; p. 1.071).

<sup>38</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 441.

<sup>39</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 798.

<sup>40</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 495.

da empresa, já que não possuía outros meios de locomoção e o percurso não era servido por transporte público. Quando o benefício é retirado, o trabalhador é prejudicado por não mais conseguir se deslocar até o estabelecimento empresarial.

O fato de deixar de conceder a condução é, por si só, suficiente para configurar alteração contratual lesiva, vez que altera as características do contrato de trabalho de modo a prejudicar o trabalhador. Como é sabido, “a ordem justralhista não admite a alteração das condições pactuadas no contrato de trabalho, sempre que esta alteração acarrete prejuízo ao obreiro”.<sup>41</sup> O faz com fundamento no princípio da inalterabilidade contratual lesiva, segundo o qual as convenções firmadas pelas partes contratantes não podem ser modificadas de forma unilateral durante o prazo de sua vigência, cabendo aos pactuantes o cumprimento fiel,<sup>42</sup> especialmente porque é do empregador os riscos do empreendimento (artigo 2º da CLT).

Além disso, a vantagem conferida adere ao contrato de trabalho<sup>43</sup> de modo que, em regra, não são possíveis alterações que tragam prejuízos. Aceitar que alterações lesivas se referem apenas a reduções do quantum recebido não é compatível com as diretrizes do princípio da proteção, núcleo basilar que influi em todos os ramos do Direito Individual do Trabalho.<sup>44</sup> Sobre isso, Resende<sup>45</sup> afirma que “o prejuízo não precisa ser ao patrimônio material do empregado, isto é, não é necessariamente prejuízo econômico, pois a lei não estabelece tal restrição”.

Tais afirmações traduzem, ainda, a regra da condição mais benéfica, vertente do princípio da proteção e relacionada com o princípio do direito adquirido (artigo, 5º, inciso XXXVI, CF). Seu objetivo é resguardar as vantagens porventura adquiridas pelo trabalhador, de modo a protegê-las nos casos de transformações prejudiciais que possam afetá-lo.<sup>46</sup> Assim sendo, as cláusulas mais vantajosas deverão ser incorporadas de forma definitiva ao contrato de trabalho e protegidas contra supressão ou redução no curso da relação empregatícia. Ainda que haja a superveniência de diploma normativo menos protetivo, não deve atingir os contratos de trabalho já existentes, mas apenas os novos contratos.<sup>47</sup>

Segundo Resende,<sup>48</sup> o prejuízo experimentado pelo trabalhador com a alteração contratual pode ser indireto ou direto. “Direto é aquele que ataca direta-

---

<sup>41</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016. p. 772.

<sup>42</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 208.

<sup>43</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*, p. 772.

<sup>44</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*, p. 202.

<sup>45</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*, p. 774.

<sup>46</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 455.

<sup>47</sup> PEREIRA, Leone. *Direito do trabalho. Coleção Elementos do Direito*. São Paulo: RT, 2012. v. 9. p. 36.

<sup>48</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*, p. 773.

mente o patrimônio do trabalhador, como, por exemplo, a redução salarial. Indireto, por sua vez, é aquele que traduz redução do patrimônio do trabalhador de forma indireta”, ou seja, sem que se trate de uma redução explícita.

Dessa forma, a mera supressão, por parte do empregador, do fornecimento de transporte para deslocamento do trabalhador até o local de trabalho já pode se caracterizar alteração contratual desfavorável. Essa é intensificada quando o percurso não é servido por transporte público, visto que inviabiliza a manutenção do contrato e, conseqüentemente, o direito ao trabalho.

Para se esquivar da lesão, entretanto, pode o empregador optar pela substituição do veículo pelo fornecimento do vale-transporte. Como já tratado, o benefício, instituído pela Lei n. 7.418, de 16 de dezembro de 1985, e disciplinado pelo Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987, constitui-se em valor que o empregador antecipa ao trabalhador para que ele utilize em despesas de deslocamento entre sua residência e o local de trabalho.

De acordo com o artigo 9º do Decreto mencionado, o benefício será custeado pelo empregado na parcela equivalente a 6% (seis por cento) de seu salário básico ou vencimento e pelo empregador, no que exceder à parcela. Conforme artigo 2º, alínea “a”, da Lei n. 7.418 de 16 de dezembro de 1985, o vale-transporte não tem natureza salarial e não se incorpora à remuneração para quaisquer efeitos. Dessa forma, assim como a concessão de transporte, em regra, esse pode ser suprimido a qualquer momento.

A princípio, entende-se que a concessão de vale-transporte com o desconto de 6% no salário do empregado em nada se relaciona com o fornecimento, por parte da empresa, de transporte para o deslocamento dos trabalhadores. Entretanto, caso a empresa, que fornece habitualmente transporte para o deslocamento dos seus trabalhadores, cesse o benefício e passe a conceder o vale-transporte, realizando o desconto previsto em lei, há claramente uma redução salarial indireta.

Em geral, o transporte fornecido pela empresa ao trabalhador não gera nenhum desconto em sua remuneração. Entretanto, a partir do momento que se passa a conceder o vale-transporte e realizar o desconto de 6% em seu salário há redução salarial indireta e conseqüentemente alteração contratual lesiva. Há uma substituição prejudicial ao trabalhador, que afronta diretamente a norma do artigo 7º, inciso VI da Constituição Federal e o artigo 468 da Consolidação das Leis do Trabalho.

Mesmo que o empregado concorde com a mudança de benefícios, “ela será nula sempre que lhe acarrete prejuízo, tendo em vista a indisponibilidade e a irrenunciabilidade que caracterizam os direitos trabalhistas”.<sup>49</sup> Não é possível

---

<sup>49</sup> RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*, p. 773.

que o empregado renuncie o transporte se este é o único meio que possui para chegar ao local de trabalho. Salienta-se que a disposição do direito pode acarretar, por vezes, pedido de demissão por parte do trabalhador e, conseqüentemente, renúncia do próprio direito ao trabalho.

Ao mesmo tempo, não é plausível que aquele concorde com a alteração para o recebimento do vale-transporte com desconto de 6% diretamente na folha de pagamento, visto que o salário é irrenunciável e, salvo situações excepcionais expressamente previstas em lei, só é permitida sua redução por acordo ou convenção coletiva (artigo 7º, VI, CF). Assim, ainda que haja consentimento, a alteração, que acarreta claros prejuízos, não deve ser realizada, sob pena de nulidade da cláusula que infringiu a garantia ao empregado.<sup>50</sup>

É certo que diversas mudanças circunstanciais, derivadas ou não da vontade das partes, podem exigir alterações no contrato de trabalho. Por essa razão, a CLT, em seu artigo 468, prevê a possibilidade de alterações.<sup>51</sup> Admite-se, por exemplo, que crises financeiras requeiram revisão de posturas a fim de diminuir gastos. Apesar disso, estas não podem ser adotadas em detrimento do trabalho.

No que se refere à outorga de transporte, entende-se que a empresa pode suprimir o benefício, desde que isso não crie obstáculos ao exercício do direito ao trabalho e conseqüentemente não se configure uma alteração lesiva. Assim, deve-se inicialmente verificar se o percurso é servido por transporte público. Caso não o seja, não é possível se pensar na supressão, tendo em vista que inviabilizaria a própria atividade econômica, tutelada pelo artigo 170 da Carta Magna, e colocaria em cheque um dos seus objetivos: a busca pelo pleno emprego (art. 170, VIII, CF).

Verificando que o itinerário possui transporte público suficiente e em horários compatíveis, pode o empregador substituir o fornecimento da condução por vale-transporte, desde que não realize descontos nos salários dos empregados que passaram por essa substituição. Ainda que previsto em lei a possibilidade do desconto de 6%, conforme tratado, caso o faça, o empregador incorrerá em alteração contratual lesiva.

Com as inovações trazidas pela Lei n. 13.467/2017, as hipóteses de prevalência do negociado sobre o legislado foram ampliadas, inclusive legitimando a supressão de direitos pela negociação coletiva. No artigo 611-B, por exemplo, elenca os direitos que, exclusivamente, não poderão ser suprimidos ou reduzidos por convenção ou acordo coletivo de trabalho. O dispositivo não versa sobre matéria relativa ao transporte, o que poderá gerar discussão sobre a possibilidade de alteração lesiva. Isso, contudo, não afasta a análise em consonância com os princípios constitucionais já aqui relevados, com o da busca do pleno emprego.

---

<sup>50</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 555.

<sup>51</sup> BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*, p. 556.

Cabe considerar, acrescente-se, que os contratos devem cumprir sua função social, conforme dispõe o artigo 421 do Código Civil brasileiro. Os direitos individuais não podem ser compreendidos para além de um contexto social. Significa dizer, afinal, que “os legítimos interesses individuais dos titulares da atividade econômica só merecerão tutela na medida em que interesses socialmente relevantes, posto que alheios à esfera individual, venham a ser igualmente tutelados”.<sup>52</sup> Nesta medida, protegem-se direitos sociais na esfera individual do contrato contra as alterações lesivas promovidas pelo empregador para cumprir, em última análise, a efetividade de bens de expressão coletiva, como a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano.

Por fim, cumpre salientar que as alterações contratuais acima elencadas devem constar no regulamento interno da empresa, pois, tratando-se de fonte de *Direito do trabalho*, servirá para resguardar o direito do trabalhador e melhor definir e delimitar a obrigação do empregador. De todo modo, entende-se que a norma constante do regulamento apenas será válida para os empregados contratados durante sua vigência ou que tenham a vigência de seus contratos de trabalho coincidente com a do regulamento.

Ou seja, aos trabalhadores contratados após a entrada em vigor da norma, cabível a aplicação, por analogia, da Súmula 51, item I do TST. Assim sendo, as cláusulas regulamentares que prevejam a supressão do transporte e a substituição para vale-transporte só atingirão os trabalhadores admitidos após a revogação ou alteração do regulamento.

Em suma, os trabalhadores que passaram pela transição de benefícios não poderão sofrer descontos em seus salários. Entretanto, aos novos trabalhadores contratados, pelo entendimento analógico obtido por meio da norma da Súmula n. 51 do TST, poderão sofrer desconto de 6% em seus salários pela concessão do vale-transporte.

## CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 consagra os direitos ao trabalho e ao transporte como fundamentais sociais, indispensáveis ao alcance de igualdade material entre os cidadãos, necessários à efetividade da Justiça Social e condição para garantia da dignidade humana. Devem ser garantidos pelo Estado por meio de prestações positivas e, à luz da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, também assegurados pelos particulares, no caso da pesquisa, com atenção especial para o empregador.

---

<sup>52</sup> TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 09/05/2017. p. 7.

No decorrer da pesquisa, enfatizou-se a importância do transporte no cotidiano da relação empregado-empregador. Viu-se que a concessão de condução pelo empregador ao empregado é instrumento para eficácia do próprio direito ao trabalho, na medida em que possibilita a ele o acesso ao posto de serviço. Ainda, ao oportunizar o deslocamento da mão de obra à empresa, viabiliza-se a própria atividade econômica. Afinal, fácil compreender que, sem trabalho, não há produção.

No âmbito da relação de emprego, o empregador possibilita o transporte do empregado em determinadas hipóteses. Pode fornecer ao empregado veículo que seja indispensável para o trabalho, ressalvando na situação que, mesmo se utilizado para fins particulares, não terá natureza salarial. Diversamente, quando fornecido veículo em virtude dos serviços prestados (“pelo trabalho”), com finalidade contraprestativa, de forma habitual e graciosa, a utilidade adquire feição salarial.

É possível, ainda, que o empregador forneça vale-transporte, benefício obrigatório e previsto em lei (Lei n. 7.418/98; Decreto n. 95.247/87), ou outro meio de locomoção eficaz para o trabalhador. Nesses casos, a natureza jurídica dos benefícios é indenizatória, não integrando o salário para qualquer fim.

No entanto, conquanto se esteja diante de natureza indenizatória, o que levaria à conclusão de ser admitida a supressão irrestrita, não pode o empregador discricionariamente suprimir a concessão do transporte se habitualmente fornecido. Tal supressão apenas se tornará possível se não impuser obstáculos ao exercício do direito ao trabalho, a fim de não configurar alteração contratual lesiva diante dos prejuízos acarretados ao trabalhador.

Não se pode, por exemplo, suprimir a benesse se o percurso até o local de trabalho não for servido por transporte público. Vez que, se isso ocorrer, a supressão pode impedir o direito ao trabalho, inviabilizar a própria atividade empresarial e colocar em cheque um dos objetivos da ordem econômica, qual seja, o da busca do pleno emprego (art. 170, VIII, CF).

Em contrapartida, se o itinerário possuir serviço regular de transporte público, com horários compatíveis com a jornada do empregado, entende-se que pode o empregador substituir o fornecimento da condução por vale-transporte. Nessa hipótese, todavia, o empregador não deve promover descontos no salário do trabalhador, ainda que haja previsão em lei (6% do salário-base), pois a alteração acarreta prejuízo ao obreiro, caracterizando alteração contratual lesiva. O desconto, portanto, não deve acontecer.

Além disso, para resguardar o direito do trabalhador que passou por tal alteração contratual, bem como definir e delimitar a obrigação do empregador de não promover descontos no salário do obreiro, importante fazer constar tais mudanças no regulamento interno da empresa. De todo modo, entende-se que

a norma constante do regulamento apenas se aplicará aos empregados contratados durante a vigência da norma regulamentar, nos moldes da Súmula 51, I do TST. Em suma, os trabalhadores que passaram pela transição de benefícios não poderão sofrer descontos em seus salários, enquanto aos novos trabalhadores contratados o desconto de 6% previsto em lei será possível.

## REFERÊNCIAS

- BARROS, Alice Monteiro de. *Curso de direito do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- BOMFIM, Volia. *Direito do trabalho*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.
- BRASIL. Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. *Proposta de emenda à constituição nº 90, de 2011 (parecer do Relator n. 1)*. 2013. Disponível em: <[http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1100086&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+90/2011](http://www.câmara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1100086&filename=PRL+1+CCJC+%3D%3E+PEC+90/2011)>. Acesso em: 19/04/2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21/08/2017.
- BRASIL. *Decreto n. 95.247, de 17 de novembro de 1987*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d95247.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d95247.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0229.htm#art458](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0229.htm#art458)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Decreto-lei n. 5.452, de 01 de maio de 1943*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Lei complementar n. 150, de 01 de junho de 2015*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp150.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp150.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Lei n. 7.481, de 16 de dezembro de 1985*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7418.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7418.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7418.htm)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Lei n. 10.243, de 19 de junho de 2001*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/LEIS\\_2001/L10243.htm#art2](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LEIS_2001/L10243.htm#art2)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASIL. *Lei n. 13.467 de 13 de julho de 2017*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 08/09/2017.
- BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Segunda Turma. *Acórdão prolatado no Recurso Ordinário n. 0010249-52.2014.5.01.0491*. Desembargadora Relatora Vólia Bomfim Cassar, Publicado em 17 de agosto de 2015. TRT1. Disponível em: <[www.trt1.jus.br](http://www.trt1.jus.br)>. Acesso em: 24/04/2017.
- BRASÍLIA. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Transporte urbano e inclusão social: elementos para políticas públicas*, 2003. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0960.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_0960.pdf)>. Acesso em: 19/04/2017.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 16. ed. São Paulo: LTr, 2016.

- BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Construindo o Estado republicano: democracia e reforma da gestão pública*. Rio de Janeiro: FGV, 2009.
- ERUNDINA, Luiza. *Proposta de emenda à constituição n. 90 de 29 de setembro de 2011*. 2011. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegracao?codteor=925887&filename=PEC+90/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegracao?codteor=925887&filename=PEC+90/2011)>. Acesso em: 19/04/2017.
- FONSECA, Maria Hemília. *Direito ao trabalho: um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro*. São Paulo: PUC, 2016. Disponível em: <[www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf](http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp011774.pdf)>. Acesso em: 06/05/2017.
- FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS. Diretoria de análise de políticas públicas. *Mobilidade urbana e cidadania: percepções do usuário de transporte público no Brasil (relatório preliminar)*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2014.
- GOMES, Fábio Rodrigues; SARMENTO, Daniel. *A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho*. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*. Brasília, v. 77, n. 4, p. 60-101, out./dez. 2011.
- LIMA, Jairo Néia. *Sociabilidade horizontal: a eficácia dos direitos fundamentais sociais nas relações entre particulares*. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v. 79, p. 105-124, abr./jun. 2012.
- LEDUR, José Felipe. *A Constituição de 1988 e seu sistema especial de direitos fundamentais do trabalho*. *Revista do TST*. Brasília, v. 77, n. 3, jul./set. 2011.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- NUNES JUNIOR, Vidas Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- PEREIRA, Leone. *Direito do trabalho. Coleção Elementos do Direito*. São Paulo: RT, 2012. v. 9.
- RESENDE, Ricardo. *Direito do trabalho esquematizado*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2016.
- TEPEDINO, Gustavo. *Notas sobre a função social dos contratos*. Disponível em: <<http://www.tepedino.adv.br/wp/wp-content/uploads/2012/09/biblioteca12.pdf>>. Acesso em: 09/05/2017.
- VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. Rio de Janeiro: Senac, 2012.

Data de recebimento: 10/08/17

Data de aprovação: 06/09/17

# DIREITOS DA PERSONALIDADE E (IN)CAPACIDADE CIVIL: NOÇÕES ACERCA DA PROTEÇÃO À SAÚDE MENTAL NAS RELAÇÕES PRIVADAS

## PERSONALITY RIGHTS AND CIVIL (IN)CAPACITY: NOTIONS ABOUT THE PROTECTION OF MENTAL HEALTH IN PRIVATE RELATIONS

*Gilberto Giacoia\**

*Letícia Gabriella Almeida\*\**

### RESUMO

---

Amparado pela dignidade da pessoa humana e pela proteção à personalidade, o presente estudo busca destacar alguns institutos do direito privado que podem atuar como instrumentos de reinserção social e concretização de ideais antimanicomiais, mormente pela reafirmação da liberdade e da integridade física da pessoa humana. Para tanto, utilizou-se da análise dogmática da ordem jurídica pátria com ênfase na saúde física e mental do indivíduo com transtorno mental, concluindo que o Código Civil atribuiu aos direitos da personalidade uma posição singular no âmbito dos direitos privados, os quais, associados à luta antimanicomial trazida pela Lei n. 10.216/01 e ao *Estatuto da Pessoa com Deficiência*, incentiva a progressiva extinção de instituições com características asilares e a autonomia de indivíduos historicamente impedidos de praticar atos da vida civil.

**Palavras-chave:** Ideais antimanicomiais; Saúde física e mental; Direitos da personalidade.

### ABSTRACT

---

Sustained by the dignity of the human person and the protection of the personality, the present study seeks to highlight some institutes of priva-

---

\* Procurador de justiça, ex-procurador-geral de Justiça do Paraná, doutor em Direito pela Universidade de São Paulo e pós-doutor pela Universidade de Coimbra e Universidade de Barcelona. E-mail: giacoia@brturbo.com.br.

\*\* Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná, UENP (PR). E-mail: leticiagab.almeida@gmail.com.

te law that can act as instruments for social reintegration and the realization of antimanicomial ideals, especially by reaffirming the freedom and physical integrity of the human person. For this purpose, it was used the dogmatic analysis of the legal order of the country with emphasis on the physical and mental health of the individual with mental disorder, concluding that the Civil Code attributed to personality rights a unique position within the scope of private rights, which, Anti-manicomial struggle brought by Law 10.216/01 and the Statute of the Person with Disabilities, encourages the progressive extinction of institutions with asylum characteristics and the autonomy of individuals historically prevented from practicing acts of civil life.

**Keywords:** Antimanicomial ideals; Physical and mental health; Personality rights.

## INTRODUÇÃO

Os ideais de redemocratização e valorização da dignidade da pessoa humana trazidos pela Constituição Federal do Brasil irradiaram seus efeitos em diversos campos do Direito, especialmente naqueles cujo alicerce recai sobre a proteção do indivíduo.

Nesse sentido, um movimento de interpretação dos institutos do direito civil a partir de valores estabelecidos na Constituição buscou promover uma (re) personalização do direito privado, superando a visão patrimonialista do Código de 1916 e introduzindo em seus fundamentos a busca por uma vida digna.

Em meio a essa *constitucionalização do direito civil*, o ano de 2001 foi marcado pela promulgação da Lei n. 10.216, que dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas com transtorno mental e redireciona o modelo assistencial em saúde mental.

Ideais correlatos ao tema central da lei foram também abordados no novo Código Civil, cuja base principiológica rompe com a ideia de objetivação da pessoa e inicia um processo de (re)personificação das relações jurídicas.

Ainda, no ano de 2015 foi aprovada a Lei n. 13.146, que institui a *Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência)* e altera importantes dispositivos do Código Civil, especialmente no que tange à capacidade civil e curatela.

Diante de todo o exposto, o trabalho se debruça à análise de alguns diplomas legais que alteraram o tratamento dispensado à integridade física e mental da pessoa humana, a fim de destacar a proteção à saúde mental como uma responsabilidade que extrapola as relações públicas e alcança as relações privadas, repercutindo efeitos em toda a sociedade.

Como pano de fundo, embora sem desenvolver propriamente este objeto, tem-se sempre o referencial do núcleo duro a partir do qual o próprio direito

justifica sua existência, que é o valor fonte de toda experiência ético-jurídica, o valor da pessoa humana, historicamente a nós trazido até por uma visão multidisciplinar.

Esse panorama extraordinariamente plural da vida humana reclama seu vínculo com profundos significados e acepções que objetivam desvelar sua essência, em torno da qual as muitas ciências – particularmente, aqui, a ciência jurídica – perseguem suas raízes, na dimensão de um contexto de especulação e análise que desemboca na justificativa mais forte e consistente para a razão de ser do direito.

Esse é o foco de onde se extrai a consistência tutelar difusa que se reclama da ordem jurídica em função da dignidade da pessoa humana.

### **NOÇÕES ACERCA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E SEUS REFLEXOS NO DIREITO PRIVADO**

A despeito do caráter patrimonialista evidenciado pelo Código Civil de 1916, sabe-se que o Código Civil de 2002 rompe com a ideia de objetivação da pessoa e inicia um processo de (re)personificação das relações jurídicas.

Na base dessa nova perspectiva sempre está aquele referencial a que já se aludiu, ou seja, o fim último a que se destina o direito. Está ele umbilicalmente ligado ao milagre da vida humana. É certo que, mais modernamente, estamos a assistir a um progresso científico notável, uma verdadeira erupção da investigação em parcelas do saber especulativo. Tende-se a afirmar que o conceito de vida não pode mais ser objeto de uma análise ontológica, senão estritamente biológica. A ciência biológica conhece hoje cada vez melhor as condições vitais, as circunstâncias que possibilitam e mantêm a vida e as causas que a ameaçam. Busca-se contrapor o evolucionismo ao criacionismo. E, no século das neurociências, existe hodiernamente uma tendência que afirma que nada se pode apontar sobre a vida mais além do estritamente verificável.

Entretanto, não obstante esta posição, entende parte do saber filosófico que a vida tem sido, e seguirá sendo um conceito ou uma categoria indefinível empiricamente por inalcançável e inabarcável.<sup>1</sup> E tal porque mesmo o que as ciências do ser oferecem não passam de conjecturas de difícil e controvertida verificação. Toda essa complexidade mostra o quanto se busca associar o direito, como um todo e enquanto regulador da vida em sociedade, está conectado com a defesa da vida e, como mais adiante se concluirá, com a defesa da vida digna.

De qualquer modo, essas considerações às escâncaras mostram o que se propõem a mostrar, ou seja, que o ser humano não só é um ser biológico, mas

---

<sup>1</sup> FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida: principio rector del derecho*. Madrid: Dykinson, 1999. p. 52.

também uma pessoa que tem dignidade e direitos inatos, que se podem ver afetados se não se atua rigorosamente no âmbito de uma limitação ética mesmo no campo do progresso crescente da investigação científica, tendo como parâmetro e limite uma relação de respeito e proteção da vida humana.

Assim, por mais ricas e variáveis que sejam as circunstâncias socioculturais, há que se pautarem por um princípio básico e imutável, conduzido por um primeiro e sobreposto dever ético, desde o surgir das civilizações e até o seu ocaso, qual seja o da obrigação moral com a vida digna.

Com efeito, ao discorrer sobre a pessoa humana como valor fonte de todos os valores, a filosofia se debruça em torno do exame de acontecimentos históricos que compõem experiências ora felizes, ora malogradas nas conjunturas de tempo e espaço, sempre no propósito de dominar a natureza ou estabelecer formas de convivência. Anota a respeito Miguel Reale:<sup>2</sup>

Quando se estuda, por conseguinte, o problema do valor, devemos partir daquilo que significa o próprio homem. Já dissemos que o homem é o único ser capaz de valores. Poderíamos dizer, também, que o *ser do homem é o seu dever ser*. O homem não é uma simples entidade psicofísica ou biológica, redutível a um conjunto de fatos explicáveis pela Psicologia, pela Física, pela Anatomia, pela Biologia. No homem existe algo que representa uma possibilidade de inovação e de superamento. A natureza sempre se repete, de acordo com a fórmula de todos conhecida, segundo a qual tudo se transforma e nada se cria. Mas o homem representa algo que é um acréscimo à natureza, a sua *capacidade de síntese*, tanto no ato instaurador de novos objetos do conhecimento como o ato constitutivo de novas formas de vida.

O jusfilósofo continua:

No centro de nossa concepção axiológica, situa-se a ideia do homem como ente que *é e deve ser*, tendo consciência dessa dignidade. É dessa autoconsciência que nasce a ideia de pessoa, segundo a qual não se é homem pelo mero fato de existir, mas pelo significado ou sentido da existência. Quando apreciamos o problema do homem, toda Ontologia se resolve em Axiologia, abrindo-se as perspectivas da Metafísica. [...]. O homem, cujo *ser é seu dever ser*, construiu o mundo da cultura à sua imagem e semelhança, razão pela qual todo bem cultural se *é enquanto deve ser*, e a “intencionalidade da consciência” se projeta e se revela como intencionalidade transcendental na história das civilizações.

Ainda, na lição de Recasens Siches,<sup>3</sup> a dignidade da pessoa, que se considera consubstancial a todo ser humano, é um valor metajurídico que o direito deve

---

<sup>2</sup> REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 159-161.

<sup>3</sup> RECASENS SICHES, Luís. *Filosofia del derecho*. México: Porrúa, 1961. p. 549.

reconhecer. A dignidade humana não é um direito, senão causa e fundamento de todo direito.

Não é por acaso que os que se dedicam ao estudo dos métodos de argumentação jurídica ou da elaboração teórica do discurso ou da justificação jurídica reportam-se sempre à formulação de conceitos superiores, a que se poderia, aqui, associar ao valor fonte já referido. O próprio Alexy, ao iniciar sua Teoria da Argumentação Jurídica, cita Karl Larenz, ao assentar que ninguém mais pode afirmar seriamente que a aplicação das leis nada mais envolva do que uma inclusão lógica sob conceitos superiores abstratamente formulados.<sup>4</sup>

Ora, em um mundo globalizado que gera sociedades de risco e de insano consumo, dentro de uma síndrome consumista, não raras vezes, essa dignidade humana perde-se na totalidade de um planeta habitado, no dizer de Bauman, completo, com seus ocupantes inanimados e animados, animais e humanos – como um imenso contêiner cheio até a borda de apenas e tão somente objetos de consumo. Por conseguinte, isso justifica e promove a percepção, estimativa e avaliação de toda e cada uma das entidades terrenas segundo os padrões instituídos nas práticas do mercado de consumo. O autor conclui:<sup>5</sup>

Contudo, e se acontecer de a ‘coisa’ em questão ser mais uma entidade senciente e consciente, sensível, pensante, capaz de julgar e de escolher, em resumo, outro ser humano? Por mais estranho que possa parecer, essa pergunta nada tem de extravagante.

Esse ensaio inicial aqui, propositadamente, coloca-se no propósito de que, quase como prolegômeno, sirva para a necessária justificativa e ligação com esta nova tendência que se pretende explorar no trabalho, qual seja a de uma máxima proteção do ser humano, visto como sujeito preferencial de direitos, independentemente dos tradicionais ramos do direito e de suas antigas vocações, por se reclamar cada vez mais uma tutela multifária que se reporte sempre a uma escala principiológica, em que o princípio reitor é a vida humana, e vida digna.

Não há como manter-se silente diante dessa conexão entre a consciência da dignidade e os direitos da personalidade, objetos deste estudo. A mudança de perspectiva em 1919, que colocou a Constituição de Weimar no centro do sistema, trouxe em seu corpo a previsão de institutos característicos da seara privada, tal como o desgaste do modelo liberal da Modernidade com a valoração da pessoa humana são fatores que refletiram no alargamento desses direitos, cuja intensi-

---

<sup>4</sup> ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica*: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001. p. 17.

<sup>5</sup> BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. p. 179.

ficação foi ainda mais alarmante após as atrocidades do segundo pós-guerra.<sup>6</sup>

Nesse sentido, também preleciona Cortiano Junior:<sup>7</sup>

A valorização da pessoa humana como ser dotado de dignidade recoloca o indivíduo como primeiro e principal destinatário da ordem jurídica. Assim, em sendo o homem e os valores que traz em si mesmo a última *ratio* do ordenamento, reconhece-se a inexorável repersonalização do Direito Privado, abandonando-se a ideia de simples protetor dos interesses patrimoniais para tutelar o patrimônio apenas como um suporte ao livre desenvolvimento da pessoa.

Esse conjunto de fatores alcançou, notoriamente, o Brasil. A Constituição de 1988, promulgada após um período de supressão de direitos e de restrições impostas pela ditadura militar, eleva a dignidade a fundamento da República, colocando a pessoa humana no centro do ordenamento.

No que tange ao Código Civil de 2002, os reflexos da repersonalização implicaram no afastamento da noção de capacidade jurídica como medida da personalidade – que, por sua vez, era a aptidão do sujeito para titularizar relações jurídicas –, revelando que toda pessoa tem personalidade jurídica e, portanto, merece uma proteção fundamental.

Silvio Romero Beltrão enfatiza, no entanto, que na Consolidação das leis civis Teixeira de Freitas já compreendia a existência dos direitos da personalidade. O juriconsulto apenas discordava que tais direitos fossem regulados pelo Código Civil, especialmente porque não poderiam ser traduzidos em valores pecuniários. Seu tratamento, destarte, deveria ser de direito político, inserido na Constituição Federal.<sup>8</sup>

Também o Código Penal tutelava alguns importantes direitos da personalidade, entre os quais a proteção ao direito à vida, à integridade física, à honra e à liberdade de locomoção.

A regulamentação trazida pelo Código Civil inovou tão somente na extensão desses direitos. Se, antes, essa proteção estava restrita à relação “Indivíduo X Estado”, a positivação no Código de 2002 amplia essa proteção às relações privadas, repetindo a fórmula adotada pelo Código Civil português e italiano.

Antes de analisar as peculiaridades do tema, é pertinente destacar algumas considerações quanto à distinção entre direitos da personalidade e direitos fundamentais.

---

<sup>6</sup> LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Fabris, 2010. p. 44.

<sup>7</sup> CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson et al (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 31-55.

<sup>8</sup> BELTRÃO, Silvio. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 43-45.

**DIREITOS FUNDAMENTAIS E DIREITOS DA PERSONALIDADE**

Alicerçado no princípio da dignidade humana, o conteúdo dos direitos fundamentais muito se aproxima do conteúdo dos direitos da personalidade, em que pese não sejam sinônimos. Acerca da distinção entre os termos preleciona Carlos Alberto Bittar:<sup>9</sup>

Divisam-se, assim, de um lado, os “direitos do homem” ou “direitos fundamentais” da pessoa natural, como objeto de relações de direito público, para efeito de proteção do indivíduo contra o Estado [...]. De outro lado, consideram-se “direitos da personalidade” os mesmos direitos, mas sob o ângulo das relações entre particulares, ou seja, da proteção contra outros homens.

A história revela que a evolução dos direitos fundamentais está intimamente relacionada à limitação do poder Estatal, sob a influência direta dos ideais advindos do Iluminismo dos séculos XVII e XVIII. O reconhecimento desses direitos traduz o resultado de uma lenta e profunda transformação das instituições políticas e das concepções jurídicas, sobre os quais discorre Sarlet:<sup>10</sup>

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e positivação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias [...] certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo.

Tendo em vista a necessidade de reconhecer os direitos dos homens em uma esfera pública e política, protegendo-os contra o absolutismo e totalitarismo estatal, o reconhecimento desses direitos no âmbito legislativo ocorreu preliminarmente, destacando-se como diplomas textuais que marcaram a evolução desses direitos a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e a Declaração Universal dos Direitos do Homem em 1948.<sup>11</sup>

A noção de direitos da personalidade, por sua vez, reflete a valorização da noção de pessoa como início e fim do direito, com ênfase na proteção de sua integridade física, psíquica e moral, ainda nas relações privadas.

<sup>9</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 56.

<sup>10</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. p. 61.

<sup>11</sup> LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*, p. 80.

Malgrado tenham enfoques diferentes, resta evidente a aproximação entre os conceitos, especialmente quando verificada a proteção da dignidade da pessoa humana como núcleo basilar de ambas as definições.

Nesse sentido, já se posicionou o Supremo Tribunal Federal:<sup>12</sup>

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. **As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.** Assim, 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 [...]. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais [...].

Trata-se do reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, ressaltando que violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado.

Esclarecidos tais pontos, conclui-se que, inobstante tratados segundo perspectivas diferentes, os objetos explorados pelos direitos da personalidade e pelos direitos fundamentais são os mesmos. Daí, portanto, a crítica de alguns autores no sentido de ser irrelevante tal distinção. Vejamos:<sup>13</sup>

O exame e tratamento de um mesmo objeto (*v.g., a imagem*) por duas ramificações jurídicas especializadas (Direito Privado e Direito Público) pode ser, e de fato é, de todo razoável. O problema ocorreria se as proposições entre uma ramificação jurídica e outra fossem entre si incon-

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário* n. 201819/RJ. DJ: 11/10/2005.

<sup>13</sup> GAMA, André Couto e. *Direito civil: sistema dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.

ciliáveis. São, na verdade, complementares de dado objeto do Direito, de modo que os *Direitos da Personalidade* (gênero) influenciam e desenvolvem seus objetos (espécie) em conformidade e congruência com o que é feito pelos *direitos fundamentais* (gênero) junto aos mesmos objetos (espécie). Apenas o enfoque dado ao objeto terá o limite da *ramificação jurídica*. De todo modo, desse incômodo acadêmico surgiu o entendimento segundo o qual muitos daqueles direitos da esfera pública seriam *Direitos da Personalidade*, mas nem todos os *direitos fundamentais* teria correspondente naqueles. Nessa complicada abordagem, fundem-se (parcialmente) os gêneros e deixa-se de evidenciar o duplo enfoque das espécies.

O que se pretende com a análise dos direitos da personalidade no presente estudo não é, pois, ignorar os direitos fundamentais que já foram garantidos em âmbito constitucional às pessoas com transtorno mental, mas apenas ressaltar sua observância também no âmbito das relações privadas, fortalecida pela previsão expressa dos direitos da personalidade e pela Lei n. 10.216/2001 e pela Lei n. 13.146/2015.

## DIREITOS DA PERSONALIDADE: ASPECTOS CONCEITUAIS

Cumpra observar, a partir do exposto, que os direitos da personalidade se estruturam e se apresentam como o fundamento da proteção de uma pessoa. Na lição de Carlos Alberto Bittar:<sup>14</sup>

Consideram-se como da personalidade os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos.

Abandona-se a visão patrimonialista do Código Civil de 1916 em busca de uma visão humanista, que ressalte a dignidade da pessoa humana como valor máximo a ser observado também nas relações privadas. A pessoa passa a ser o início e o fim do direito, cabendo aos direitos da personalidade a garantia do gozo e do respeito ao próprio ser, em todas as suas manifestações espirituais ou físicas.<sup>15</sup>

Maria Helena Diniz, ao tratar do tema, reconhece nos direitos de personalidade duas dimensões. Vejamos:<sup>16</sup>

<sup>14</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 29.

<sup>15</sup> BELTRÃO, Silvio. *Os direitos da personalidade*, p. 25.

<sup>16</sup> DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro*, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 133.

[...] reconhece-se nos direitos da personalidade uma dupla dimensão: a axiológica, pela qual se materializam os valores fundamentais da pessoa, individual ou socialmente considerada, e a objetiva, pela qual consistem em direitos assegurados legal e constitucionalmente, vindo a restringir a atividade dos três poderes, que deverão protegê-los contra quaisquer abusos.

Trata-se, portanto, de um direito subjetivo, cujo objeto percorre os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais.

Esclarecidas as premissas acerca do tema, cabe ressaltar que o rol de direitos trazidos pelo Código Civil não pode ser compreendido como um rol taxativo. Nesse sentido, ensina Silvio Romero Beltrão:<sup>17</sup>

Todo direito que tenha por fim dar um conteúdo à personalidade pode-se dizer direito da personalidade; tal expressão jurídica é reservada àqueles direitos subjetivos que se relacionam com a personalidade em especial, como um conteúdo mínimo necessário e imprescindível da própria personalidade.

Assim, tudo aquilo que for necessário para ter dignidade em uma relação privada pode vir a ser considerado um direito da personalidade, cuja sustentação encontra previsão expressa no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal. Nesse sentido, também foi o Enunciado n. 274 da IV Jornada de Direito Civil:

274 – Art. 11. Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). 2. Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.

O Código Civil amplia, portanto, a proteção dos direitos da personalidade às relações privadas, com o escopo de reafirmar direitos já mencionados pelo ordenamento jurídico pátrio sob a ótica das relações públicas.

Dispõe o referido diploma legal em seu artigo 11: “Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária”.

Não obstante as críticas voltadas à redação do dispositivo supracitado, uma breve análise do seu conteúdo possibilita algumas conclusões pertinentes ao presente estudo.

A priori, destaca-se que o artigo revela a noção de indisponibilidade dos direitos da personalidade. Indisponibilidade, nesse caso, deve ser observada como

---

<sup>17</sup> BELTRÃO, Silvio. *Os direitos da personalidade*, p. 45.

gênero, da qual são espécies a intransmissibilidade e a irrenunciabilidade. Na lição de Silvio Romero Beltrão:<sup>18</sup>

O caráter intransmissível dos direitos da personalidade determina que eles não podem ser objeto de cessão e até mesmo de sucessão, por ser um direito que expressa a personalidade da própria pessoa do seu titular e que impede a sua aquisição por um terceiro por via da transmissão. Nesse sentido, são irrenunciáveis, pois a pessoa não pode abdicar de seus direitos da personalidade, mesmo que não os exercite por longo tempo, uma vez que ele é inseparável da personalidade humana.

Evidente, contudo, que o dispositivo em análise não pode ser interpretado de forma literal, especialmente porque nenhum direito é absoluto. Desse modo, compreende-se que é possível uma ponderação de interesses quando o direito da personalidade entra em conflito com a autonomia privada ou com a liberdade de informação, por exemplo.

Nesse sentido, foi o posicionamento do STF ao declarar inexigível autorização de pessoa biografada relativamente a obras biográficas literárias ou audiovisuais:

[...] APARENTE CONFLITO ENTRE PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS: LIBERDADE DE EXPRESSÃO, DE INFORMAÇÃO, ARTÍSTICA E CULTURAL, INDEPENDENTE DE CENSURA OU AUTORIZAÇÃO PRÉVIA (ART. 5º INCS. IV, IX, XIV; 220, §§ 1º E 2º) E INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE, VIDA PRIVADA, HONRA E IMAGEM DAS PESSOAS (ART. 5º, INC. X). ADOÇÃO DE CRITÉRIO DA PONDERAÇÃO PARA INTERPRETAÇÃO DE PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL. PROIBIÇÃO DE CENSURA (ESTATAL OU PARTICULAR). GARANTIA CONSTITUCIONAL DE INDENIZAÇÃO E DE DIREITO DE RESPOSTA. [...] 8. Para a coexistência das normas constitucionais dos incs. IV, IX e X do art. 5º, há de se acolher o balanceamento de direitos, conjugando-se o direito às liberdades com a inviolabilidade da intimidade, da privacidade, da honra e da imagem da pessoa biografada e daqueles que pretendem elaborar as biografias. 9 [...] (STF; ADIN 4815-DF; Voto da Relatora Min. Carmem Lúcia; Julgado em 10.6.2015; p. 58, grifo nosso).

Para Anderson Schreiber,<sup>19</sup> é plausível a preocupação do legislador em estabelecer a inviabilidade da limitação voluntária, visto que a própria história mostra que, se os homens forem deixados inteiramente livres, acabam renunciando os seus direitos mais essenciais. No entanto, o autor considera exagerada

<sup>18</sup> BELTRÃO, Silvio. *Os direitos da personalidade*, p. 27.

<sup>19</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 26-27.

a vedação de toda e qualquer limitação voluntária, o que implicaria na inviabilidade de atos que fazem parte da nossa sociedade e representam o livre desenvolvimento da personalidade humana.

Acerca do tema preleciona Roxana Cardoso Brasileiro Borges:<sup>20</sup>

Na verdade, o direito de personalidade, em si, não é disponível *stricto sensu* [...] não é transmissível nem renunciável. A titularidade do direito não é objeto de transmissão. Ou seja: a imagem não se separa do seu titular original, assim como sua intimidade. A imagem continuará sendo daquele sujeito, sendo impossível juridicamente – e até fisicamente – sua transmissão a outrem ou, mesmo, sua renúncia. Mas expressões do uso do direito de personalidade podem ser cedidas, de forma limitada, com especificações quanto à duração da cessão e quanto à finalidade do uso. Há, portanto, certa esfera de disponibilidade em alguns direitos de personalidade. O exercício de alguns direitos de personalidade pode, sim, sofrer limitação voluntária, mas essa limitação é também relativa.

Nesse sentido, faz-se necessária uma interpretação teleológica da norma, constando que seu real alcance é a valorização do indivíduo como início e fim do direito, propósito que pode ser alcançado ainda que verificada a indisponibilidade relativa dos direitos da personalidade.

O Enunciado n. 4 da Jornada de Direito Civil trata do tema estabelecendo limites. Vejamos: “4 – Art. 11: o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral”.

Assim, seria possível – quando fundamentada em princípios constitucionais – a relativização dos direitos da personalidade, desde que essa limitação seja temporária e trate de matéria específica.

## **A PROTEÇÃO À SAÚDE FÍSICA E MENTAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO**

A priori, destaca-se que o presente estudo recorre de um recorte metodológico temporal, cujo propósito será abordar a proteção à saúde física e mental no ordenamento jurídico brasileiro a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

O período da ditadura militar, caracterizado pela supressão de direitos e violação a valores essenciais do ser humano, resultou em um anseio coletivo por maiores garantias e pelo respeito à integridade física e psicológica da população. Neste contexto, a Carta de 1988 mostrou-se imprescindível na redemocratização

---

<sup>20</sup> BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 119-120.

do Brasil, mormente pela previsão expressa de direitos e garantias fundamentais. Acerca do assunto:<sup>21</sup>

A ordem constitucional de 1988 apresentou um duplo valor simbólico: é ela o marco jurídico da transição democrática, bem como da institucionalização dos direitos humanos no país. A Carta de 1988 representa a ruptura jurídica com o regime militar autoritário que perpetuou no Brasil de 1964 a 1985.

Pérez Luño, citado por Sarlet, também aborda essa íntima relação entre o Estado Democrático de Direito e os direitos fundamentais. Vejamos:<sup>22</sup>

Existe um estreito nexo de interdependência genérico e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e a garantia do Estado de Direito.

Notadamente no que diz respeito à Carta de 1988, essa relação é comprovada desde o início da leitura. A começar pelo preâmbulo, a Lei Maior evidencia que o Estado Brasileiro é, além de democrático, “[...] destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...]”.

O Estado Democrático é reafirmado logo no primeiro dispositivo constitucional, acompanhado pelos “fundamentos” da República Federativa do Brasil, entre os quais se destaca a dignidade da pessoa humana.

Posteriormente, a Carta Magna ainda determina:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Os artigos 5º e 6º especificam, respectivamente, direitos e deveres individuais e coletivos e direitos sociais, entre os quais se destacam a inviolabilidade do direito à vida, o direito à igualdade, à saúde, à assistência aos desamparados e se evidencia o direito à vida digna.

<sup>21</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 319-320.

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 61.

A dignidade humana ainda é citada no artigo 170, que dispõe: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Enfim, os artigos 226 § 7º e 227 ressaltam a dignidade humana no seio da família, servindo como base no planejamento familiar e no cotidiano da criança e do adolescente.

Sob essa perspectiva, constata-se que, além de positivar diversos direitos fundamentais, o Estado Democrático de Direito, instituído pela Constituição de 1988, atribui à preservação da dignidade da pessoa humana um valor essencial e inviolável, que constitui o fundamento jurídico das normas e confere legitimidade ao Estado, por meio da limitação de seus poderes em face da pessoa.<sup>23</sup> Acerca do tema:<sup>24</sup>

O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na ordem de 1988 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional.

Segundo Immanuel Kant, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade inerente a todo ser humano, cujo caráter é irrenunciável e inalienável. Em sua obra “Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos”, o autor supõe que:<sup>25</sup>

[...] o homem – e, de uma maneira geral, todo o ser racional – existe como um fim em si mesmo, e não apenas como um meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Em todas as suas ações, pelo contrário, tanto nas direcionadas a ele mesmo como nas que o são a outros seres racionais, deve ser ele sempre considerado simultaneamente como fim [...]. Os seres, cuja existência não assenta em nossa vontade, mas na natureza, têm, contudo, se são seres irracionais, um valor meramente

---

<sup>23</sup> SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito penal e a dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUÉ, Henry (Org.). *Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010. p. 375.

<sup>24</sup> PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*, p. 328.

<sup>25</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002. p. 59-60.

relativo, como meios, e por isso denominam-se *coisas*, ao passo que os seres racionais denominam-se *pessoas*, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, ou seja, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, portanto, nessa medida, limita todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Na filosofia kantiana, portanto, existindo alguma coisa cuja existência tenha um valor absoluto, um fim em si mesmo, nela estará o fundamento de um possível imperativo categórico, ou seja, uma lei prática. Nesse sentido:<sup>26</sup>

Se, pois, existirem um princípio prático supremo e um imperativo categórico no que diz respeito à vontade humana, deverão ser tais que, da representação daquilo que é necessariamente um fim para todos porque é um fim em si mesmo, constitua um princípio objetivo da vontade, que possa, por conseguinte, servir de lei prática universal. O fundamento deste princípio é: *a natureza racional existe como um fim em si*. É assim que o homem se representa necessariamente a sua própria existência; e neste sentido, esse princípio é um princípio subjetivo das ações humanas. Mas é também assim que qualquer outro ser racional se representa a sua existência, em consequência do mesmo fundamento racional válido para mim; é pois, ao mesmo tempo, um princípio objetivo, do qual, como princípio prático supremo, não se pode derivar todas as leis da vontade. O imperativo prático será, pois, o seguinte: *age de tal maneira que possas usar a humanidade, tanto em tua pessoa como na pessoa de qualquer outro, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio [...]*.

Niklas Luhmann e Peter Habermas, em complemento, sustentam que o princípio em questão também possui uma dimensão histórico-cultural, sendo fruto da permanente tensão entre ciência, tecnologia e relações sociais. O reconhecimento desse aspecto não destoa da concepção kantiana, mas a ela se agrega como mais um elemento na busca pelo verdadeiro significado da expressão.<sup>27</sup>

Evidente, pelo exposto, que a compreensão acerca da dignidade humana foi sofrendo alterações ao longo do tempo, sendo reconhecida tanto em seu aspecto intrínseco do ser humano, quanto no conjunto de fatores sociais que influenciaram seu reconhecimento e proteção.

Luís Roberto Barroso esclarece que o referido princípio representa superar a intolerância, a discriminação, a exclusão social, a violência, a incapacidade de

---

<sup>26</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*, p. 59.

<sup>27</sup> CARDOSO, Franciele Silva; SILVA, Lídia Priscilla R. da. Mandados de penalização: exigência constitucional em face da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [S.l.], v. 32, n. 2. p. 55.

aceitar o diferente.<sup>28</sup> Nesse sentido, constata-se que “a dignidade humana é mais do que um direito. Deve ser compreendida como um atributo inerente a todo ser humano, independe de sua raça, sexo, condição social ou outras condições pessoais”.<sup>29</sup>

Verificada a importância da dignidade humana como núcleo fundamental do ordenamento jurídico, o ano seguinte à promulgação da Carta de 1988 foi marcado pela apresentação do Projeto de Lei n. 3.657 ao Congresso Nacional. O projeto foi fruto do movimento da Reforma Psiquiátrica e dispunha acerca da proteção e dos direitos das pessoas com transtornos mentais. Sobre o tema discorre Almeida Júnior:<sup>30</sup>

O movimento de Reforma Psiquiátrica brasileira tem a sua própria história, alinhada inclusive ao contexto internacional, onde se buscava suplantando a violência do modelo asilar. A origem desse movimento, formado inicialmente por profissionais da área da saúde mental, remonta ao ano de 1970 e tem como um dos seus fundamentos a crítica ao saber e às instituições psiquiátricas clássicas, visando suas transformações. Os sofrimentos causados e as violações perpetradas contra os doentes levaram o movimento de Reforma Psiquiátrica a propor, diversamente dos postulados inerentes ao antigo modelo de atendimento, a desinstitucionalização, a desospitalização e a humanização na assistência aos mesmos.

O referido projeto tramitou por mais de 10 anos no Congresso Nacional, passando por diversas alterações. Durante esse período, observou-se uma predominância do Executivo na produção da nova política nacional de atenção à saúde mental, o que incitou a busca pela transformação do modelo tradicional de atendimento antes mesmo da aprovação da “Lei antimanicomial”.

Também durante o trâmite do projeto, foi submetido à secretaria da Comissão Interamericana o caso “Damião Ximenes Lopes” – indivíduo com transtornos mentais torturado e assassinado na Casa de Repouso Guararapes, no Ceará – que evidenciou as condições desumanas e degradantes nas quais eram submetidos esses pacientes.<sup>31</sup>

A atuação do executivo, a comoção social diante das violações de direitos humanos e a pressão internacional pelo caso supramencionado serviram como

---

<sup>28</sup> BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro, 2005. p. 31.

<sup>29</sup> SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. *O direito penal e a dignidade da pessoa humana*, p. 375.

<sup>30</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Cauby. Arenas de produção de políticas públicas: a nova política nacional de saúde mental. *Revista Direito GV*. São Paulo, 9(2), 659-680, jul./dez. 2013. p. 665.

<sup>31</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006*, série C, n. 149, par. 5, p. 03.

estímulo para aprovação do projeto de lei que instituía a Reforma Psiquiátrica no Brasil, positivada por meio da Lei n. 10.216/2001. Acerca do assunto:<sup>32</sup>

Em abril de 2001, a mesa diretora da Câmara dos Deputados, finalmente, remeteu a matéria à sanção presidencial. E naquele mesmo mês foi promulgada a Lei n. 10.216/2001, que “Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental”. E a “Lei da Reforma Psiquiátrica”, como ficou conhecida a lei em questão, tornou regra os princípios e as diretrizes da nova política de saúde mental, formulados e implementados pelo Executivo, por meio do Ministério da Saúde, desde o início da década de 1990.

O diploma legal em epígrafe dedica-se à afirmação positiva dos direitos dos pacientes – cujo rol exemplificativo vem elencado no artigo 2º da Lei –, assegurando a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.

Em análise à norma, destaca-se a responsabilidade do Estado na proteção do indivíduo com transtornos mentais e no desenvolvimento de uma política de saúde mental (art. 3º), mas também o avanço do texto no que tange às relações privadas, estipulando direitos e limitando os tipos de internação, a fim de promover uma atuação conjunta entre Estado e sociedade na busca pela inserção social do indivíduo com transtornos mentais.

Salienta-se, ainda, que a Lei n. 10.216/2001 inovou ao trazer a internação como medida excepcional, não mais como regra. Outrossim, veda-se a internação em instituições com características asilares, quais sejam, aquelas que não oferecem serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, entre outros.

Se, por um lado, a Lei da Reforma Psiquiátrica introduziu discretamente o tema no âmbito do direito privado, o Código Civil – promulgado no ano seguinte – rompe paradigmas e altera as diretrizes da política de saúde mental, enfatizando que a proteção à integridade é também de observância obrigatória nas relações privadas.

Nesse sentido, retoma-se o estudo acerca dos direitos da personalidade, abordados no tópico anterior, a fim de realçar aqueles que dizem respeito à saúde física e mental do indivíduo.

---

<sup>32</sup> ALMEIDA JÚNIOR, João Cauby. *Arenas de produção de políticas públicas: a nova política nacional de saúde mental*, p. 672.

Segundo Bittar,<sup>33</sup> é possível classificar os direitos da personalidade em físicos, psíquicos e morais. Transcreve-se:

Os bens jurídicos que ingressam como objetos no cenário dos direitos da personalidade são, pois, de várias ordens, divididos em: a) físicos, como: a vida, o corpo (próprio e alheio); as partes do corpo; o físico; a efígie (ou imagem); a voz; o cadáver; a locomoção; b) psíquicos, como: as liberdades (de expressão; de culto ou de credo); a higidez psíquica; a intimidade; os segredos (pessoais e profissionais) e c) morais, como: o nome (e outros elementos de identificação); a reputação (ou boa fama); a dignidade pessoal; o direito moral de autor (ou de inventor); o sepulcro; as lembranças de família e outros.

Para fins de análise da integridade do indivíduo e da saúde mental nas relações privadas, destacam-se os artigos 13 e 15 do Código Civil. O primeiro afirma que, salvo por exigência médica, é defeso o ato de disposição do próprio corpo quando importar diminuição permanente da integridade física ou contrariar os bons costumes.

O dispositivo ressalta a preservação do corpo humano, tendo em vista que esse é a exteriorização do indivíduo na sociedade. Nesse sentido, pondera Carlos Alberto Bittar: “Sendo a pessoa a união entre o elemento espiritual (alma) e o elemento material (corpo), exerce este a função natural de permitir-lhe a vida terrena: daí porque, em sua integridade, deve ser conservado e protegido na órbita jurídica”.<sup>34</sup>

Entretanto, dispõe o artigo 15 do diploma legal em análise: “Ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”.

O dispositivo ora em apreço reafirma o poder de autodeterminação da pessoa humana, assegurando-lhe o direito de exercer suas escolhas. Nesse sentido: “A regra obriga os médicos, nos casos mais graves, a não atuarem sem prévia autorização do paciente, que tem a prerrogativa de se recusar a se submeter a um tratamento perigoso. A sua finalidade é proteger a inviolabilidade do corpo humano”.<sup>35</sup>

O artigo 15, supracitado, está também em conformidade com o disposto no artigo 6º, da Resolução CFM n. 1.598/2000, que normatiza o atendimento médico a pacientes com transtorno mental. Vejamos.

---

<sup>33</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 111.

<sup>34</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 78.

<sup>35</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*, volume 1: parte geral. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 196.

Art. 6º Nenhum tratamento deve ser administrado a paciente psiquiátrico sem o seu consentimento esclarecido, salvo quando as condições clínicas não permitirem a obtenção desse consentimento, e em situações de emergência, caracterizadas e justificadas em prontuário, para evitar danos imediatos ou iminentes ao paciente ou a outras pessoas. Parágrafo único – Na impossibilidade de obter-se o consentimento esclarecido do paciente, e ressalvadas as condições previstas no caput deste artigo, deve-se buscar o consentimento de um responsável legal.

Ainda sobre a saúde física e mental, destaca-se o direito à integridade ou incolumidade da mente e do psiquismo, cujo propósito é preservar o conjunto psicoafetivo e pensante da estrutura humana. Sobre o tema:<sup>36</sup> “Manifesta-se pelo respeito, a todos imposto, de não afetar a estrutura psíquica de outrem, seja por ações diretas, seja indireta, seja no ritmo comum da vida, seja em tratamentos naturais, ou experimentais, ou, ainda, repressivos”.

Em se tratando de pessoa com transtorno mental, objeto desse estudo, evidente que a proteção à integridade psíquica assume perspectivas distintas. Isso porque, em determinadas situações, ela se afasta da autodeterminação e liberdade de escolha para se aproximar da dignidade da pessoa humana. Acerca do tema preleciona Bittar:<sup>37</sup>

[...] a questão assume contornos mais difíceis quando analisada à luz do tratamento de pessoas portadoras de deficiências psíquicas (neuroses), congênicas ou adquiridas. Tem-se, a propósito, recomendado a máxima cautela aos profissionais, que devem ser especializados, competindo-lhes sob pena de responsabilização, realizar prévio e completo exame do interessado para a detecção do nível do problema, a fim de administrar-lhe o tratamento adequado, valendo-se de expedientes coadjuvantes na estrita medida do necessário e em consonância com o estado presente da técnica, na área da psiquiatria clínica. Não se admite, mesmo assim, alteração dos componentes psíquicos do ser, senão enquanto decorrente da reação natural do organismo correspondente (vedação das modificações artificiais da personalidade). Ao médico cabe, pois, intentar a cura, quando possível, ou manter sob controle o estado irreversível, permitindo o ajuste da pessoa ao meio social.

Em razão dessa complexidade que envolve o tema, os anos seguintes à Lei n. 10.216/2001 e a promulgação do Código Civil foram tomados de incertezas e inquietações quanto à nova ordem legal. Notadamente, discutia-se a real efetividade das normas protetivas e a possibilidade de observar, na prática, a concretização dos direitos por ela garantidos.

---

<sup>36</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 182.

<sup>37</sup> BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*, p. 183-184.

Em meio a essas mudanças, o mundo também voltava os olhos para a proteção das pessoas com deficiência. No ano de 2006, foi homologada, pela Assembleia das Nações Unidas, a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em homenagem ao 58º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH.

A referida convenção traz novas perspectivas na proteção à integridade do indivíduo, que percorrem a conceituação, os direitos civis e políticos, econômicos, sociais e culturais dos cidadãos com deficiência.

Insta salientar que o Brasil já tinha uma legislação voltada à proteção desse grupo de pessoas. Nesse sentido:<sup>38</sup>

No Brasil, a política de inclusão social das pessoas com deficiência existe desde a Constituição de 1988, que originou a Lei n. 7.853/1989, posteriormente regulamentada pelo Decreto n. 3.298/1999. Esses documentos nacionais, junto a outros, com destaque para as Leis n. 10.048 e n. 10.098, de 2000 e o Decreto n. 5.296/2004, conhecido como o decreto da acessibilidade, nos colocam em igualdade com o ideário da Convenção da ONU. Também cabe repetir que as questões referentes às pessoas com deficiência são conduzidas na esfera dos direitos humanos desde 1995, quando passou a existir, na estrutura do governo federal, a Secretaria Nacional de Cidadania do Ministério da Justiça. Nada aconteceu por acaso ou como benesse. Cada resultado foi marcado pela luta ininterrupta e pela intransigente promoção e defesa dos direitos desse grupo.

No que toca à Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo (CDPD), o Brasil tornou-se signatário em março de 2007, aprovando seu texto na forma do § 3º, do artigo 5º, da *Constituição da República Federativa do Brasil*, ou seja, a norma tem categoria equivalente à emenda constitucional.

Em observância à redação aprovada, constata-se que “o legislador internacional preocupou-se mais com a garantia de que, pessoas com deficiência possam gozar dos direitos humanos e de sua liberdade fundamental, do que propriamente em instituir novos direitos”.<sup>39</sup>

Segundo Luiz Cláudio Carvalho de Almeida,<sup>40</sup> a Convenção se propõe a revelar cinco princípios que devem ser observados no tratamento da pessoa com

---

<sup>38</sup> RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva Vital (Coord.). *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos. Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. p. 21.

<sup>39</sup> RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva Vital (Coord.). *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*, p. 27.

<sup>40</sup> ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A interdição a partir da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 59, p. 172-189, jan./mar. 2016.

deficiência, quais sejam: o protagonismo do interditando, o melhor interesse do interditando, a proporcionalidade nas restrições impostas, a temporalidade e o acompanhamento periódico, esses últimos que correspondem à necessidade de reavaliações periódicas e de prestação de contas a respeito do exercício da curatela.

Partindo desse paradigma de inclusão social e de proteção aos direitos humanos trazido pela Convenção, o Brasil promulgou, em 6 de julho de 2015, a Lei n. 13.146, conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência.

Destaca-se que a Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi aprovada com *status* de emenda constitucional. Dessa forma, evidente que todos os projetos de lei ordinária – como é o caso do projeto de lei do Estatuto da Pessoa com Deficiência – deveriam se adaptar aos conceitos e diretivas por ela estipulados.

Mais do que isso, o Estatuto reproduz boa parte das normas internacionalmente definidas, de tal forma que foram inseridos no ordenamento novos institutos, como a tomada de decisão apoiada, e institutos antigos foram revistos, como a curatela.

O Estatuto – seguindo, ainda, as diretrizes da Convenção – foi também responsável por diversas alterações no Código Civil, especialmente no que tange à capacidade civil e ao instituto da interdição, conforme será abordado a seguir.

## OS INSTITUTOS DA INTERNAÇÃO E DA CURATELA SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL

Do exposto nos tópicos anteriores, resta evidente a mudança estrutural e legislativa no que toca à proteção da saúde mental, especialmente pela aprovação no ordenamento jurídico brasileiro de uma série de leis que se contrapõem ao modelo tradicional conduzido pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os próximos tópicos serão dedicados à análise de antigos institutos do Direito Civil que sofreram mudanças consideráveis, e que devem se adaptar à nova legislação vigente.

### A internação sem consentimento do paciente

Fortemente influenciado pela Psiquiatria Democrática Italiana,<sup>41</sup> a Reforma Psiquiátrica no Brasil ganha força em 1989 com a apresentação do Projeto de Lei n. 3.657 que, 12 anos depois, é materializado pela Lei n. 10.216/2001, a “Lei da Reforma Psiquiátrica”.

---

<sup>41</sup> Movimento italiano que rompe com paradigmas asilares e introduz uma corrente de pensamento crítico sobre a instituição psiquiátrica. Seguindo essa linha de pensamento, Franco Basaglia foi o precursor do que se chama de “processo de desmontagem do aparato manicomial”, cuja essência seria a substituição do modelo asilar por espaços extra-hospitalares, buscando a extinção progressiva das instituições manicomial.

Conforme já mencionado, a inovação legislativa assegura ampla proteção à pessoa com transtornos mentais, estabelecendo uma política de saúde mental com a devida participação da sociedade e da família, a ser prestada em estabelecimento estruturado, de forma a oferecer assistência integral, incluindo serviços médicos, de assistência social, psicológicos, ocupacionais, de lazer, e outros (Art. 4º § 2º).

Além disso, o novo diploma legal exige que a internação psiquiátrica seja realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize, de fato, os seus reais motivos, nos termos do artigo 6º, *caput*. O artigo em questão, em seu parágrafo único, enumera ainda os tipos de internação psiquiátrica, *in verbis*:

Art. 6º [...] Parágrafo único. São considerados os seguintes tipos de internação psiquiátrica: I – internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II – internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; III – internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.

Nos termos do artigo transcrito, a internação voluntária é aquela que se dá com o consentimento do usuário. O próprio dependente solicita sua internação, por meio da declaração na qual confirma a opção.

A internação involuntária, por sua vez, ocorre a pedido de terceiros, sem o consentimento do usuário. Segundo o § 1º do mesmo dispositivo, deverá ser comunicada ao Ministério Público Estadual pelo responsável técnico do estabelecimento no qual tenha ocorrido no prazo de 72 horas.

Por fim, a internação compulsória é aquela em que não há consentimento do usuário e é determinada por decisão judicial proferida por juiz competente.

Acerca do tema, é pertinente destacar que há uma resistência da doutrina em aceitar a internação compulsória no âmbito cível, mormente por associar o referido instituto à medida de segurança, própria do Direito Penal.

Não obstante, verifica-se que, na prática, é muito comum que familiares recorram ao Ministério Público para solicitar a internação, oportunidade em que o órgão ministerial ajuíza ação na forma do inciso III do artigo supramencionado.

Assim, em que pese tais divergências, evidente que tanto a internação involuntária quanto a compulsória acarretam restrições ao direito à liberdade e à autonomia do indivíduo, tendo em vista que o isolamento tende a resultar em inúmeras consequências negativas, tais como a perda do contato com a realidade externa, a submissão às atitudes autoritárias do corpo técnico, o ócio forçado, a sedação medicamentosa, a perda da perspectiva de vida para além da instituição, a perda de amigos e do contato com familiares e a desqualificação permanente do discurso e das atitudes dos internos.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> DELGADO, P. G. G. et al. Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil: In: MELLO, M. F.; MELLO, A. A. F.; KOHN, R. (Org.). *Epidemiologia da saúde mental no Brasil*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2007. p. 191-192.

Diante desse cenário, os anos seguintes à aprovação da lei buscaram um fortalecimento de programas voltados à desinstitucionalização, tais como o Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), as residências terapêuticas e o Programa “de Volta para Casa”.

O CAPS é um serviço de saúde aberto e comunitário do Sistema Único de Saúde (SUS), um lugar de referência e tratamento para pessoas que sofrem com transtornos mentais, psicoses, neuroses graves e demais quadros, cuja severidade e/ou persistência justifiquem sua permanência em um dispositivo de cuidado intensivo, comunitário, personalizado e promotor de vida. É um serviço de atendimento de saúde mental criado para ser substitutivo às internações em hospitais psiquiátricos, com o fim de fortalecer os vínculos familiares e comunitários, bem como oferecer atendimento psicossocial por uma equipe multiprofissional (psiquiatra, enfermeiro, assistente social, psicólogo, monitor de oficina). No Brasil, conforme dados governamentais, existem atualmente 2.096 CAPS na Rede Nacional Existente.<sup>43</sup>

As Residências Terapêuticas, por sua vez, são alternativas de moradia às pessoas que estão internadas há muito tempo nos hospitais psiquiátricos, razão pela qual perderam seus contatos familiares e seus vínculos sociais.<sup>44</sup>

Enfim, o programa “de Volta para Casa” foi instituído pela Lei n. 10.708/2003 e prevê a contribuição de um auxílio-reabilitação psicossocial para assistência, acompanhamento e integração social, fora de unidade hospitalar, de pacientes acometidos de transtornos mentais, internados em hospitais ou unidades psiquiátricas (art. 1º). Vejamos:<sup>45</sup>

O Programa possibilita a ampliação da rede de relações dos usuários, assegura o bem estar global da pessoa e estimula o exercício pleno dos direitos civis, políticos e de cidadania, uma vez que prevê o pagamento do auxílio-reabilitação diretamente ao beneficiário, através de convênio entre o Ministério da Saúde e a Caixa Econômica Federal. Assim, cada beneficiário do Programa recebe um cartão magnético, com o qual pode sacar e movimentar mensalmente estes recursos. O município de residência do beneficiário deve, para habilitar-se ao Programa, ter assegurada uma estratégia de acompanhamento dos beneficiários e uma rede de atenção à saúde mental capaz de dar uma resposta efetiva às deman-

---

<sup>43</sup> BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004b.

<sup>44</sup> BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Residências terapêuticas: o que são, para que servem*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

<sup>45</sup> BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. OPAS. Brasília, nov. 2005.

das de saúde mental. A cada ano o benefício pode ser renovado, caso o beneficiário e a equipe de saúde que o acompanha entendam ser esta uma estratégia ainda necessária para o processo de reabilitação.

Evidente que a predominância do sistema asilar durante séculos acabou refletindo na aplicação desses programas, que ainda se deparam com situações, como a falta de documentação necessária para cadastramento (certidão de nascimento, carteira de identidade), resultado de um prolongado processo de exclusão e isolamento de algumas pessoas que sequer dispõem de instrumentos mínimos para o exercício da cidadania.

Apesar disso, é preciso reconhecer as conquistas obtidas por meio da Reforma Psiquiátrica, mormente no que diz respeito à inclusão social da pessoa com transtorno mental e a introdução da questão da assistência psiquiátrica na ordem do dia. A Lei n. 10.216/2001 – em conjunto com o Executivo e com movimentos sociais – possibilitou um diálogo com a sociedade acerca da importância da desinstitucionalização, fomentando a criação de medidas extra-hospitalares e tornando a internação uma medida excepcional.

### A teoria das (in)capacidades e a curatela

Se as mudanças trazidas pela Lei n. 10.216/2001 trouxeram dúvidas quanto à sua aplicação e efetividade, nada se compara às indagações levantadas após a promulgação do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015).

Da capacidade civil à interdição, o Estatuto alterou inúmeros dispositivos da legislação pátria, modificando significativamente o processo da curatela e a proteção dos interesses da pessoa com deficiência.

Não bastasse isso, o Código de Processo Civil, publicado no mesmo ano que a lei supracitada, também alterou diversas normas que tratavam do instituto, inclusive ressaltando o termo “interdição”, terminologia que não foi adotada pelo Estatuto.

Com todas essas modificações, o Código Civil – que dispunha acerca da Interdição em seus artigos 1.767 a 1.783 – sofreu alterações tanto pelo Estatuto quanto pelo Código de Processo Civil, o que resultou diversos posicionamentos com relação ao direito intertemporal.

Diante desse conflito aparente de normas, não há ainda posicionamentos consolidados. Há, no entanto, estudiosos que tem se debruçado sobre o tema. Vejamos:<sup>46</sup>

---

<sup>46</sup> DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei n. 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66/2016, abr./jul. 2016.

A questão pode ser vista, também, sob outro prisma, considerando que a problemática reside na análise de normas processuais, constantes do Código Civil, Código de Processo Civil (1973 e o atual) e do Estatuto da Pessoa com Deficiência. Assim sendo, normas processuais podem ser revogadas por normas processuais posteriores. Queremos dizer com isso que: as disposições processuais do Código Civil, no que tange ao tema, foram revogadas pelo Código de Processo Civil (inc. II do art. 1.072), todavia o Estatuto da Pessoa com Deficiência (art. 114) determina, por seu turno, revogação de dispositivos processuais do Código Civil, revogados pelo Código de Processo Civil. A manutenção da coerência do sistema nos leva a fazer a seguinte reflexão: todas as normas são processuais, e desta forma, podem ser revogadas por outras normas processuais, considerando sua cronologia e especialidade, independentemente, do diploma em que estejam inseridas. Nada obsta, destarte, segundo esse raciocínio que as regras processuais previstas no Estatuto, possam alterar o Código de Processo Civil, ainda que fizesse menção ao Código Civil, porque estaria a alterar uma norma processual. Em suma: as modificações impostas pelo Estatuto nas normas processuais vão incidir no Código de Processo Civil (arts. 747/759).

A par dos conflitos mencionados, o que se sabe ao certo é que todas essas mudanças tinham como propósito a concretização da dignidade humana, da igualdade e da não discriminação, o que possibilita a aproximação principiológica por meio do diálogo das fontes.

Esclarecidas tais premissas, busca-se aqui abordar os principais pontos trazidos tanto pelo Estatuto quanto pelo Código, visto que ambos produzirão reflexos na proteção da pessoa com deficiência.

A priori, conforme já mencionado, a Lei n. 13.146/2015 optou pela terminologia “definição de curatela”, revelando que a mesma afetará tão somente atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial, e será medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição. Dispõem os artigos 84 e 85, do referido diploma legal:

Art. 84. A pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas. § 1o **Quando necessário, a pessoa com deficiência será submetida à curatela**, conforme a lei. § 2o É facultado à pessoa com deficiência a adoção de processo de tomada de decisão apoiada. § 3o A definição de curatela de pessoa com deficiência constitui medida protetiva extraordinária, proporcional às necessidades e às circunstâncias de cada caso, e durará o menor tempo possível [...].

Art. 85. A curatela afetará tão somente os atos relacionados aos direitos de natureza patrimonial e negocial. § 1o A definição da curatela não alcança o direito ao próprio corpo, à sexualidade, ao matrimônio, à priva-

cidade, à educação, à saúde, ao trabalho e ao voto. § 2º A curatela constitui medida extraordinária, devendo constar da sentença as razões e motivações de sua definição, preservados os interesses do curatelado [...].

O CPC/2015 prevê – em consonância com o art. 114 do Estatuto – que, uma vez instituído o processo de curatela, o juiz entrevistará o interditando e poderá ser assistido por equipe multiprofissional, justamente para que se possa verificar de maneira mais profunda e completa as potencialidades do alcançado.

A lei ainda foi expressa no sentido de que a sentença deve limitar os direitos sobre os quais o mandato do curador será exercido, afastando a prática da interdição “total”, na qual basicamente se sub-roga ao curador, de maneira totalitária, o direito de decidir pelo interditado. Transcreve-se:

Art. 755. Na sentença que decretar a interdição, o juiz: I – nomeará curador, que poderá ser o requerente da interdição, e fixará os limites da curatela, segundo o estado e o desenvolvimento mental do interdito; II – considerará as características pessoais do interdito, observando suas potencialidades, habilidades, vontades e preferências.

Ainda quanto ao instituto, outra alteração significativa trazida pela Lei n. 13.146/2015 envolve a teoria das (in)capacidades.

Isso porque o Código Civil de 2002 compreendia como absolutamente incapazes (art. 3º): I) os menores de dezesseis anos; II) os que, por enfermidade ou deficiência mental, não tiverem o necessário discernimento para a prática desses atos; III) os que, mesmo por causa transitória, não puderem exprimir sua vontade.

Eram, porém, relativamente incapazes (art. 4º): I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos; II – os ébrios habituais, os viciados em tóxicos, e os que, por deficiência mental, tenham o discernimento reduzido; III – os excepcionais, sem desenvolvimento mental completo; IV – os pródigos.

O Estatuto da Pessoa com Deficiência alterou os dispositivos acima elencados, dispondo que aqueles que não puderem exprimir sua vontade por causa transitória ou permanente são apenas relativamente incapazes, e não mais absolutamente, como se depreende da atual redação do art. 4º, inc. III, do Código Civil, alterada pela Lei n. 13.146/2015.

Ainda prevê que a deficiência não afeta a plena capacidade civil da pessoa, inclusive para se casar e constituir união estável, exercer direitos sexuais e reprodutivos, exercer o direito de decidir sobre o número de filhos e de ter acesso a informações adequadas sobre reprodução e planejamento familiar, conservar sua fertilidade, sendo vedada a esterilização compulsória, exercer o direito à família e à convivência familiar e comunitária e exercer o direito à guarda, à tutela, à curatela e à adoção, como adotante ou adotando, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas (art. 6º, da Lei n. 13.146/2015).

O que se pretende com essas alterações é desfazer a associação necessária entre deficiência e incapacidade. Nesse sentido, pontua Maurício Requião:<sup>47</sup>

[...] o fato de um sujeito possuir transtorno mental de qualquer natureza, não faz com que ele, automaticamente, se insira no rol dos incapazes. É um passo importante na busca pela promoção da igualdade dos sujeitos portadores de transtorno mental, já que se dissocia o transtorno da necessária incapacidade. Mas é também uma grande mudança em todo o sistema das incapacidades, que merece cuidadosa análise.

O Estatuto, ainda que traga algumas dúvidas e receios quanto à sua aplicação, manifestou uma proteção à personalidade da pessoa com deficiência que, até então, era deixada de lado. A limitação da curatela aos direitos patrimoniais e negociais enfatizam a tutela da pessoa humana e a necessidade de garantir a proteção aos seus direitos da personalidade, ainda que esses tenham sido por tanto tempo ignorados.

### A importância do Ministério Público na proteção à saúde mental

Esclarecidas algumas questões importantes acerca da proteção à saúde mental no ordenamento jurídico, é de rigor tratar da atuação do Ministério Público nas ações de internação (sem consentimento) e curatela.

Isso porque, em que pese tratem as leis de outros legitimados à propositura das referidas ações, a prática revela que a tutela das pessoas com transtornos mentais e das pessoas com deficiência intelectual<sup>48</sup> acaba sendo – na maioria das vezes – exercida pelo Ministério Público, que é parte legítima para a propositura de presente demanda, na medida em que a própria Constituição da República, em seu artigo 127, *caput*, lhe incumbiu da missão de defender a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis.

No que tange à internação, o Decreto-Lei n. 891, de 1938, já previa:

§ 1º A internação obrigatória se dará, nos casos de toxicomania por entorpecentes ou nos outros casos, quando provada a necessidade de tratamento adequado ao enfermo, ou for conveniente à ordem pública.

---

<sup>47</sup> REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6. São Paulo: RT, p. 37-54, jan./mar. 2016.

<sup>48</sup> Aqui, em que pese não ser o objeto central desse trabalho, importante salientar que há diferenças pontuais entre a deficiência intelectual e o transtorno mental. Na primeira, há uma limitação no desenvolvimento das funções necessárias para compreender e interagir com o meio (normalmente é diagnosticada até os 18 anos). No transtorno mental, por sua vez, essas funções existem, mas ficam comprometidas pelos fenômenos psíquicos aumentados ou anormais (que podem surgir ao longo da vida).

Essa internação se verificará mediante representação da autoridade policial ou a **requerimento do Ministério Público**, só se tornando efetiva após decisão judicial.

Problemática maior se verifica com o instituto da curatela, ao passo que, também quanto à legitimidade do Ministério Público, há incompatibilidade entre o Estatuto da Pessoa com Deficiência e o Código de Processo Civil. Acerca do tema preleciona Luiz Cláudio Carvalho de Almeida:<sup>49</sup>

A LBI promoveu alteração no Código Civil para conferir legitimidade irrestrita para a deflagração da ação de interdição sempre que o membro do Ministério Público se deparar com hipótese de tutela de direitos de pessoa com deficiência mental ou intelectual e ainda alterou a redação do art. 3º da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, para inserir, na mesma linha de raciocínio, a tutela de direitos (ou interesses) individuais indisponíveis de pessoas com deficiência no rol de direitos cuja legitimidade foi conferida ao MP. Por outro lado, o novo Código de Processo Civil manteve a legitimidade do Ministério Público atrelada às hipóteses de doença mental grave.

Para o autor, as alterações trazidas pelo Estatuto são mais condizentes com a proteção do incapaz (que agora é relativamente incapaz), razão pela qual não se vislumbra como se frustrar a atuação ministerial na defesa de pessoa com deficiência ao argumento de falta de previsão no Novo Código de Processo Civil.

Mantém-se, portanto, a importância fundamental do Ministério Público tanto na internação sem consentimento (medida excepcional), quanto na definição da curatela, especialmente por ser tratar de órgão próximo à comunidade e atento às mazelas sociais enfrentadas por pessoas que, muitas vezes, não podem pleitear seus direitos.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em se tratando de proteção da pessoa com transtornos mentais e da pessoa com deficiência, as últimas décadas revelam um salto descomunal e necessário ante à realidade e ao preconceito historicamente enfrentados por essa parcela da população.

A promulgação da Constituição Federal e a ascensão da dignidade da pessoa humana como núcleo basilar do nosso ordenamento jurídico tornou possível a consagração do movimento da Reforma Psiquiátrica e o fortalecimento de projetos de leis e de atos do Executivo que com vias à acessibilidade e a igualdade material às pessoas com deficiência.

---

<sup>49</sup> ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. *A interdição a partir da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência* (estatuto da pessoa com deficiência).

Nesse contexto, foi aprovada em 2001 a Lei n. 10.216, conhecida como *Lei da Reforma Psiquiátrica*. A referida norma altera as diretrizes da política de saúde mental e passa a promover a cultura da desinstitucionalização, combatendo o sistema hospitalar e buscando a reinserção social das pessoas com transtornos mentais.

Em 2007, o Brasil se torna signatário da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência da ONU e seu Protocolo Facultativo (CDPD), aprovando seu texto com *status* constitucional e incentivando a promulgação da Lei n. 13.146/2015, o *Estatuto da Pessoa com Deficiência*.

O presente trabalho buscou – sob a ótica das duas leis supramencionadas – revelar novas perspectivas em matéria de saúde mental trazidas também para o âmbito do direito privado, ressaltando que o dever de respeito às normas protetivas e de combate à discriminação extrapola o direito público e alcança o direito privado, sob a forma de institutos seculares.

Reafirma-se, por último, que sua base axiológica, aqui explorada periféricamente, até por não ser seu objeto de estudo, finca-se no fio condutor e na ideia matriz da dignidade da vida humana, em quaisquer de suas formas e por distintas manifestações, e que, assim, conduz a um mesmo e convergente fim, o de sua prioritária proteção, de sua conservação, uma vez que, para essa permanente aventura humana na face da terra, é que se inspira e se dirige a própria ideia do direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

ALMEIDA JÚNIOR, João Cauby. Arenas de produção de políticas públicas: a nova política nacional de saúde mental. *Revista Direito GV*, São Paulo, 9(2), 659-680. jul./dez. 2013. Disponível em: <[http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14-rev18\\_659-680\\_-\\_joao\\_cauby\\_de\\_almeida\\_junior.pdf](http://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/artigo-Edicao-revista/14-rev18_659-680_-_joao_cauby_de_almeida_junior.pdf)>. Acesso em: 09/01/2017.

ALMEIDA, Luiz Cláudio Carvalho de. A interdição a partir da lei brasileira de inclusão da pessoa com deficiência (estatuto da pessoa com deficiência). *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n. 59, p. 172-189, jan./mar. 2016.

BARROSO, Luis Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro (pós-modernidade, teoria cótica e pós-positivismo)*. Rio de Janeiro, 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/download/47562/44776>>. Acesso em: 05/02/2017.

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crise*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

- BELTRÃO, Silvio. *Os direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2005.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Residências terapêuticas: o que são, para que servem*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. *Saúde mental no SUS: os centros de atenção psicossocial*. Brasília: Ministério da Saúde, 2004b.
- \_\_\_\_\_. Secretaria de Atenção à Saúde. DAPE. Coordenação Geral de Saúde Mental. *Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil*. Documento apresentado à Conferência Regional de Reforma dos Serviços de Saúde Mental: 15 anos depois de Caracas. Opas. Brasília, nov. 2005.
- \_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. *ADIN 4815-DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>>. Acesso em: 11/06/2017.
- \_\_\_\_\_. *Recurso Extraordinário n. 201819/RJ*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388784>>. Acesso em: 09/06/2017.
- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Disponibilidade dos direitos da personalidade e autonomia privada*. São Paulo: Saraiva, 2005.
- CARDOSO, Franciele Silva; SILVA, Lidia Priscilla R. da. Mandados de penalização: exigência constitucional em face da dignidade da pessoa humana. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, [S.l.], v. 32, n. 2, p. 55, out. 2010. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/revfd/article/view/12138/8050>>. Acesso em: 07/02/2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Sentença de 04 de julho de 2006, série C, n. 149, par. 5, p. 03. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_149\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf)>. Acesso em: 11/06/2017.
- CORTIANO JUNIOR, Eroulths. Alguns apontamentos sobre os chamados direitos da personalidade. In: FACHIN, Luiz Edson et al (Coord.). *Repensando os fundamentos do direito civil brasileiro contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998.
- DANELUZZI, Maria Helena Marques Braceiro; MATHIAS, Maria Ligia Coelho. Repercussão do estatuto da pessoa com deficiência (Lei n. 13.146/2015), nas legislações civil e processual civil. *Revista de Direito Privado*, v. 66/2016, abr./jul. 2016.
- DELGADO, P.G.G. et al. Reforma psiquiátrica e política de saúde mental no Brasil: In: MELLO, M. F.; MELLO, A. A. F.; KOHN, R. (Org.). *Epidemiologia da Saúde Mental no Brasil*. Porto Alegre: Artes Médicas, 2007.
- DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro*, volume 1: Teoria Geral do Direito Civil. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Federico. *La vida: principio rector del derecho*. Madrid: Dykinson, 1999.

- GAMA, André Couto e. *Direito Civil: sistema dos direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro, volume 1: parte geral*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- LACERDA, Dennis Otte. *Direitos da personalidade na contemporaneidade: a repactuação semântica*. Porto Alegre: Fabris, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- REALE, Miguel. *Introdução à filosofia*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RECASENS SICHES, Luís. *Filosofia del derecho*. México: Ed. Porrúa, 1961.
- REQUIÃO, Maurício. As mudanças na capacidade e a inclusão da tomada de decisão apoiada a partir do estatuto da pessoa com deficiência. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 6. São Paulo: RT, p. 37-54, jan./mar. 2016.
- RESENDE, Ana Paula Crosara de; VITAL, Flavia Maria de Paiva Vital (Coord.). *A convenção sobre direitos das pessoas com deficiência comentada*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos – Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, 2008. Disponível em: <<https://www.governoeletronico.gov.br/documentos-e-arquivos/A%20Convencao%20sobre%20os%20Direitos%20das%20Pessoas%20com%20Deficiencia%20Comentada.pdf>>. Acesso em: 07/02/2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SUMARIVA, Paulo Henrique de Godoy. O direito penal e a dignidade da pessoa humana. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ATIQUE, Henry (Org.). *Ensaio sobre direitos fundamentais e inclusão social*. Birigui, SP: Boreal Editora, 2010.

Data de recebimento: 13/06/17

Data de aprovação: 24/10/17

**FILOSOFIA CONSTITUCIONAL  
E TEORIA DO RECONHECIMENTO:  
ENTRE O DIREITO CONSTITUCIONAL AO  
RECONHECIMENTO E O CONSTITUCIONALISMO  
DO RECONHECIMENTO**

**CONSTITUTIONAL PHILOSOPHY  
AND RECOGNITION THEORY:  
BETWEEN CONSTITUTIONAL RIGHT TO  
RECOGNITION AND RECOGNITION  
CONSTITUTIONALISM**

*Wallace Corbo\*.-\*\**

**RESUMO**

O artigo pretende analisar de que forma a chamada teoria do reconhecimento pode ser incorporada pela filosofia constitucional. Neste sentido, inicia-se com uma análise de três dos principais autores associados a esta teoria – quais sejam, Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth. Em seguida, apresenta-se como a teoria do reconhecimento tem sido incorporada para afirmar um direito ao reconhecimento – concebido como um direito a tratamentos diferenciados voltados à ruptura de estereótipos e estigmas, e a promoção da diversidade. Afastando-se desta abordagem, e especialmente a partir do instrumental teórico concebido inicialmente por Axel Honneth, sustenta-se que a teoria do reconhecimento permite repensar o fenômeno constitucional para além de direitos específicos, concebendo-se um constitucionalismo do reconhecimento em que a própria Constituição é pensada como referencial – ponto de partida, mecanismo e ponto de chegada – das lutas sociais por direitos.

**Palavras-chave:** Filosofia constitucional; Teoria do reconhecimento; Constitucionalismo; Direito constitucional.

---

\* Doutorando em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ); mestre em Direito Público pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (RJ); professor substituto de Direito Constitucional e Administrativo na Faculdade Nacional de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro (RJ). E-mail: wallacecorbo@hotmail.com.

<sup>2</sup> O autor gostaria de agradecer a Felipe Terra e Daniel Cardinali, pelos comentários e reflexões, e aos pareceristas anônimos cujas indicações permitiram aprimorar o artigo.

---

**ABSTRACT**

---

The article intends to evaluate how the so-called recognition theory can be internalized by constitutional philosophy. In this sense, the article begins with an analysis of three of the main authors associated with this theory – that is, Charles Taylor, Nancy Fraser and Axel Honneth. After, it is shown how the recognition theory has been internalized in order to affirm a right to recognition – conceived as a right to differential treatment aimed towards fighting stereotypes and stigmas, and promoting diversity. Stepping further from this approach, and specifically by using the theoretical instruments conceived by Axel Honneth, it is argued that the recognition theory allows us to rethink the constitutional phenomena beyond specific rights, conceiving a recognition constitutionalism in which the Constitution itself is thought of as the main reference – the start point, instrument and endpoint – for social struggles for rights.

Keywords: Constitutional philosophy; recognition theory; constitutionalism; constitutional law.

**INTRODUÇÃO**

“O olhar do outro nos constitui”.<sup>1</sup> Essa frase sintetiza a premissa básica da teoria do reconhecimento, que tem sido cada vez mais reproduzida e incorporada no discurso dos direitos fundamentais nas últimas duas décadas. Mas o que esta teoria significa, exatamente, para o Direito Constitucional? Este é o problema de que parte esse trabalho: sustenta-se que ainda não se realizou uma adequada transposição da teoria do reconhecimento para o campo específico da teoria e filosofia constitucional – como ocorreu com outros movimentos filosóficos, como o republicanismo, o liberalismo, o comunitarismo e outros. Pelo contrário, a teoria do reconhecimento tem sido aplicada a questões pontuais do Direito Constitucional, deixando de lado os efeitos profundos que pode ter sobre a compreensão do fenômeno constitucional. Ocorre que, a partir da revisão bibliográfica desenvolvida nos itens seguintes, é possível sustentar a hipótese de que a transposição (ou incorporação) profunda da teoria do reconhecimento à filosofia constitucional permite avançar para muito além de discussões sobre multiculturalismo, dignidade da pessoa humana e igualdade e discriminação – debates em que tem sido predominantemente aplicada –, produzindo consequências relevantes sobre a forma de pensar o que é e o que deve ser a Constituição.

Em um primeiro momento, é necessário fixar o que se compreende, para os fins deste estudo, como teoria do reconhecimento. O primeiro item deste trabalho

---

<sup>1</sup> SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 241.

se encarregará, assim, de apresentar três proeminentes formulações desta teoria: as concepções de Charles Taylor, de Nancy Fraser e de Axel Honneth. Não se pretende inventariar à exaustão a produção intelectual dos três autores (o que em muito extrapolaria os limites do estudo), mas tão somente apresentar, entre suas teses, as que tiveram maior penetração no discurso jurídico nacional, esclarecendo, ainda, as discussões que pretenderam endereçar na elaboração de suas teorias.

Em um segundo momento, busca-se explorar como estas teorias foram incorporadas no discurso constitucional brasileiro nas últimas duas décadas. Conforme será sustentado, a parcela substancial da literatura jurídica nacional apropriou-se da linguagem do reconhecimento nos debates sobre multiculturalismo e proteção de comunidades tradicionais; sobre promoção do direito à igualdade e não discriminação; e, mais recentemente, sobre o princípio dignidade da pessoa humana. Com isso, pode-se dizer que a teoria do reconhecimento foi recepcionada, no Brasil, como fundamento filosófico de um direito fundamental (ou conjunto de direitos fundamentais) específico: um *direito constitucional ao reconhecimento*. Sem minimizar a relevância desta formulação, no entanto, este trabalho sustenta que limitar a gramática do reconhecimento a estas discussões implicaria subutilizar uma teoria rica e complexa a partir da qual o próprio direito constitucional pode ser (re)pensado.

Assim, no terceiro item deste artigo, pretende-se indicar como a teoria do reconhecimento pode servir para repensar o fenômeno constitucional e o papel da Constituição sob uma perspectiva normativa. Sustentar-se-á, assim, que o direito constitucional deve ser pensado, ele mesmo, como o centro gravitacional ao redor do qual se desenvolvem as diversas lutas sociais em que os indivíduos formulam suas demandas e reivindicações por reconhecimento. Isto é o que se denomina, nesta oportunidade, um *Direito Constitucional do Reconhecimento* ou um *constitucionalismo do reconhecimento* que, assim pensado, pode servir como base e diretriz para a promoção da emancipação individual e coletiva, pela qual a Constituição é concebida como um *locus* central da luta por direitos.

### **TRÊS FORMULAÇÕES DA TEORIA DO RECONHECIMENTO: CHARLES TAYLOR, NANCY FRASER E AXEL HONNETH**

O primeiro ponto que será endereçado diz respeito à definição do que seria a teoria do reconhecimento. De início, deve-se destacar que não há algo como uma única teoria do reconhecimento. À parte da formulação que dá início a este trabalho (a ideia de que somos formados pelo olhar do outro), os diversos autores que trataram da questão do reconhecimento partiram de discussões, propostas e premissas substancialmente distintas. Não surpreende, assim, que transcorridas quase três décadas desde a publicação das obras seminais sobre o tema, a incorporação da discussão sobre reconhecimento no âmbito do Direito ainda seja pontual, não dando conta da complexidade e profundidade do tema.

Se não há uma teoria do reconhecimento, devem ser feitas escolhas quanto a que teorias serão estudadas. Como mencionado, vão-se três décadas desde a publicação dos mais relevantes trabalhos sobre o tema – o que por certo implica que centenas de artigos, livros e outros trabalhos foram produzidos desde então. Não há espaço, aqui, para analisar todos esses trabalhos. Assim, neste trabalho faz-se uma escolha teórica pelo estudo de alguns dos trabalhos produzidos por três autores associados à teoria do reconhecimento: Charles Taylor, Nancy Fraser e Axel Honneth. Não é uma escolha aleatória. Sendo o objetivo deste artigo identificar as possibilidades da teoria do reconhecimento para o Direito Constitucional, é não só razoável, como necessário trazer à baila os três autores mais referenciados sobre o tema nessa área de estudo. Ainda, a opção por estudar os aspectos das teorias de Taylor, Fraser e Honneth é auxiliada pelo fato de se tratar de teorias que dialogam entre si (e que, em diversos aspectos, confrontam-se diretamente).

Não se tem, no entanto, a pretensão de esgotar o pensamento de cada um desses autores, cuja produção segue profícua até hoje. Neste sentido, esta análise considerará, especificamente, o recorte da teoria do reconhecimento (sendo certo que os três autores trataram de temas muito mais diversos), partindo dos trabalhos seminais publicados por cada um deles – com as necessárias referências às reformulações mais recentes que estes autores apresentaram.

### Charles Taylor e o reconhecimento vinculado ao ideal de autenticidade

A análise proposta inicia-se a partir do pensamento de Charles Taylor, cujo artigo *The Politics of Recognition* apresentou as linhas gerais de sua abordagem sobre a teoria do reconhecimento. Para compreender o papel do reconhecimento na obra de Taylor, especialmente suas publicações no início da década de 1990, é necessário entender, de início, alguns dos problemas que o autor enfrentava à época.

Em *The ethics of authenticity*, originalmente publicado em 1991, Taylor buscou enfrentar o que ele denominou três males da modernidade: (1) a perda de significado na vida dos indivíduos, causada por um individualismo exacerbado e um subjetivismo moral acentuado; (2) o esvaecimento dos horizontes de valores, causado pelo apelo excessivo à razão instrumental, que geraria desapego de considerações morais acerca das ações e pessoas; e (3) a perda de liberdade que seria consequência destes dois males anteriores, significando tanto a menor liberdade real dos indivíduos para tomar decisões, quanto a menor participação política dos indivíduos na construção das obras coletivas.<sup>2</sup> Estes três males perpassam os principais escritos do autor no final da década de 1980 e início da década de 1990.

---

<sup>2</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*. Cambridge: Harvard University, 1991. p. 5-10.

É a partir do conceito de autenticidade que Taylor edifica sua proposta de enfrentamento destes três males. Autenticidade, para Taylor, é ideia de que cada ser humano tem um senso moral, um sentimento intuitivo do que é certo errado, um jeito próprio de ser.<sup>3</sup> Como ideal moral, autenticidade significa um dever de ser verdadeiro consigo mesmo.

O que teria gerado os três males da modernidade seria uma incorreta compreensão de autenticidade. Segundo essa compreensão, o fato de cada um possuir sua própria maneira de ser humano implicaria um abandono dos laços com os outros e a ausência de deveres para com a comunidade.<sup>4</sup> Contra esta compreensão, Taylor sustenta que a construção das identidades em direção ao ideal de autenticidade se dá sob duas perspectivas principais: a partir da relação do indivíduo com o horizonte de valores em que ele está inserido (ou seja, com a sua realidade social)<sup>5</sup> e a partir da relação dialógica do indivíduo com outros indivíduos.

É nesta segunda perspectiva que a ideia de reconhecimento assume papel central no pensamento de Taylor. Para Taylor, é a partir do reconhecimento dialógico (e, por vezes, conflituoso) que as pessoas constroem suas próprias identidades e descobrem o que significa serem autênticas consigo mesmas.<sup>6</sup> Neste ponto, surge um aspecto relevante na teoria tayloriana: é que, sendo a autenticidade um ideal, a negação do reconhecimento seria uma negação de uma necessidade vital. Em outras palavras, se devemos almejar a que cada um seja o mais verdadeiro consigo mesmo, e isso significa respeitar as identidades individuais, negar o reconhecimento é negar a possibilidade de livre construção destas identidades – é negar, pois, o ideal moral de autenticidade.

Mas qual é o reconhecimento necessário para a concretização do ideal de autenticidade? Taylor identifica, na modernidade, dois sentidos que a ideia de reconhecimento assumiu: (1) o reconhecimento da igual dignidade das pessoas, em uma política de universalismo que confere uma igual “cesta de direitos” a todos<sup>7</sup> e (2) o reconhecimento das diferenças entre todos, ou seja, o reconhecimento do igual valor das diferentes formas de ser com base na identidade de cada um e no ideal de autenticidade.<sup>8</sup>

Para o autor, esta segunda forma de reconhecimento é consequência da primeira. É exatamente porque nossas identidades não são mais definidas por

---

<sup>3</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 26-28.

<sup>4</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 35.

<sup>5</sup> Segundo o autor, “the agent seeking significance in life, trying to define him or herself meaningfully, has to exist in a horizon of important questions (...) I can define my identity only against the background of things that matter.” (TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 40).

<sup>6</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 46-48.

<sup>7</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 37.

<sup>8</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 51.

Deus ou por outros fatores externos e é precisamente porque somos todos iguais em dignidade que passamos a buscar o reconhecimento de nossa própria forma de ser humano.<sup>9</sup> Isso não implica conferir igual valor a toda e qualquer forma de viver, pois, como visto, todos estamos inseridos em sociedades com determinados horizontes de valor que acabarão por indicar as formas de vida valiosas e as não valiosas. É por isso que Taylor sublinha a necessidade de participação política de todos, de modo a permitir uma expansão e compartilhamento destes horizontes.<sup>10</sup>

Pode-se dizer, portanto, que em Taylor *o reconhecimento é instrumental ao atingimento do ideal de autenticidade* – à concretização da máxima de que todos devem poder desenvolver suas identidades, dentro de uma sociedade e em diálogo com outros indivíduos, para que possam ser autênticos e verdadeiros consigo mesmos. Mas o que esta formulação pretendia endereçar?

Taylor tratou expressamente de dois temas principais que parecem ser alvo de suas mais duras críticas. De um lado, Taylor opôs-se ao que chamou de liberalismo de direitos. Este modelo, segundo o autor, tem por características sua natureza procedimental, que subordina ideais de vida boa a princípios pretensamente neutros. O liberalismo de direitos seria altamente desconfiado, assim, de objetivos coletivos, posicionando um indivíduo desenraizado no centro de sua formulação. Para Taylor, a neutralidade proposta por este modelo de liberalismo seria falsa,<sup>11</sup> na medida em que sua aplicação não gera relevantes impactos para grupos que partilham de valores liberais, impondo ônus substancial àqueles cujas concepções de vida boa se vinculam a determinados ideais substantivos fortes, finalidades e objetivos coletivos.<sup>12</sup>

Taylor sustenta, em contraposição, um segundo modelo de liberalismo, de natureza substantiva, que seria compatível com uma organização social que

---

<sup>9</sup> Assim, para o autor, não é que antes da modernidade as pessoas não pudessem compreender as ideias de identidade ou mesmo de reconhecimento – simplesmente estes não eram problemas existentes em uma sociedade na qual as identidades eram definidas externamente.

<sup>10</sup> TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*, p. 52.

<sup>11</sup> TAYLOR, C. The politics of recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994. p. 62.

<sup>12</sup> Partindo de premissas epistemológicas distintas e também buscando objetivos outros, Habermas formulou um argumento semelhante em seu debate com Rawls, ao sustentar que a aplicação da exigência de uso da razão pública formulada por Rawls – ou seja, da ideia de que o debate na esfera pública não pode se basear em concepções de vida boa ou doutrinas abrangentes específicas, mas exclusivamente em razões que sejam universalizáveis e capazes de convencer indivíduos que não partilhem destas cosmovisões – implicaria excessivo ônus aos cidadãos religiosos, cuja capacidade de formular suas razões e expressar seus argumentos está intimamente relacionada com suas concepções religiosas. Neste sentido, enquanto a exigência não gera maiores problemas para cidadãos seculares – que naturalmente não empregariam argumentos religiosos – ela virtualmente dificulta ou mesmo obsta a participação democrática de indivíduos religiosos (HABERMAS, J. *Entre naturalismo e religião: estudos filosóficos*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007, passim).

gravita em torno de determinadas concepções de vida boa, desde que respeitados certos direitos fundamentais daqueles que não compartilham estas concepções. O autor aplica, assim, a tese de que os indivíduos desenvolvem suas identidades e concepções à luz de horizontes de valores já postos – horizontes esses que merecem proteção na sociedade.<sup>13</sup>

Esta percepção parece estar intrinsecamente relacionada com a discussão fática que também é tratada expressamente por Taylor em alguns de seus textos – a questão de Québec.<sup>14</sup> Taylor se vale do exemplo canadense como meio de reforçar a tese de que a diversidade deve ser reconhecida e tutelada. Neste sentido, seriam legítimas as medidas voltadas à proteção das particularidades de Québec, entre as quais se destaca o uso e difusão do idioma francês. Longe de ser uma questão lateral, a preocupação com a questão de Québec revela ainda um outro aspecto importante da teoria de Taylor: *o reconhecimento, na obra do autor, não está relacionado com a ideia de igualdade*. Isso fica bastante claro quando o autor aborda o debate sobre medidas antidiscriminação. Segundo Taylor, estas políticas têm como objetivo promover minorias sociais, de forma a atingir um estágio social futuro em que as diferenças entre estes grupos e as demais parcelas da sociedade sejam irrelevantes – a ponto de não mais serem necessárias medidas específicas voltadas para os primeiros grupos. As políticas de diferença propostas por Taylor, no entanto, não têm o mesmo caráter temporário, nem se voltam à superação de desigualdades históricas. Estas políticas de reconhecimento pretendem, em realidade, “manter e nutrir a distinção, não apenas agora, mas para sempre”. Para o autor, “se estamos preocupados com identidade, então o que é mais legítimo do que a aspiração de um indivíduo a que [sua identidade] jamais seja perdida?”<sup>15</sup>

Ou seja, Taylor também se afasta das teorias segundo as quais é necessário estar atento às diferenças como forma de superar desigualdades históricas (argumento frequentemente usado para a promoção de direitos específicos de grupos vulneráveis). Para o autor, há algo de moralmente desejável em se tutelar determinadas culturas – independentemente de sua posição na sociedade – exatamente como forma de promover o ideal de autenticidade, cujo respeito e atenção depende da existência e manutenção destes horizontes de valor.

Esta brevíssima síntese da abordagem de Taylor sobre o reconhecimento permite identificar em sua teoria do reconhecimento algumas ideias-chave. Como já afirmado, o reconhecimento, em Taylor, é instrumental ao atingimento do

---

<sup>13</sup> TAYLOR, C. *The politics of recognition*, p. 61-73.

<sup>14</sup> A discussão surge em diversos textos, como TAYLOR, C. *A Free, Independent Quebec in a Strong, United Canada: Review of the Challenge to English Canada Le Défi Québécois*, Christian Dufour. *Compass*, n. 8, maio 1990, p. 46-48 e o já citado TAYLOR, C. *The politics of recognition*.

<sup>15</sup> TAYLOR, C. *The politics of recognition*, p. 40.

ideal de *autenticidade*. Para isso, não basta o reconhecimento universal dos indivíduos, é necessário também o reconhecimento específico das diferenças. Significa que o reconhecimento, em Taylor, implica também uma *valorização de formas de ser e viver*. Tendo em vista que o desenvolvimento da identidade individual é um objetivo moral que decorre a ideia de autenticidade, a negação do reconhecimento implica, ainda, negação de uma necessidade vital dos indivíduos.

### Nancy Fraser e seu sistema dualista de justiça: o reconhecimento que promove a participação paritária

Uma das principais dificuldades da teoria do reconhecimento apresentada na obra de Charles Taylor foi desenvolvida proficuamente por Nancy Fraser – e está substancialmente relacionada ao choque entre as matrizes epistemológicas dos autores. Enquanto Taylor vincula reconhecimento a ideias de boa vida – à ideia de um determinado bem que é definido pelos horizontes compartilhados de valor e que merece proteção, seguindo uma linha hegeliana –, Fraser buscou pensar o reconhecimento vinculado à ideia de justiça – pensada procedimentalmente, na linha kantiana de vasta adesão no pensamento político-filosófico.<sup>16</sup>

Para avançar a análise do pensamento de Fraser, é importante esclarecer algumas das razões mais claras que movimentaram a autora no sentido de formular sua teoria do reconhecimento. Fraser começa a se preocupar com o tema, em seus escritos, no início da década de 1990, especialmente em dois artigos: um deles, apresentado em 1992 e publicado em 1995, era uma resenha crítica do livro *Justice and the politics of difference*, de Iris Marion Young.<sup>17</sup> O outro pode ser considerado seu trabalho seminal sobre o tema, *From redistribution to recognition? Dilemmas of justice in a 'postsocialist' age*.<sup>18</sup> Em ambos os trabalhos e também naqueles que os sucederam, Fraser buscou se posicionar criticamente com relação às teorias do reconhecimento que vinham ganhando espaço na filosofia política anglófona.

Na leitura de Fraser, o “eclipse do imaginário socialista”<sup>19</sup> causado pelo fim dos regimes comunistas e da União Soviética teria levado à ascensão destas teorias, que teriam substituído à lógica da redistribuição – pautada na exploração econômica – pela lógica do reconhecimento – fundado nas identidades, diferen-

<sup>16</sup> FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001. p. 245-282.

<sup>17</sup> FRASER, N. Debate: recognition or redistribution? A critical reading of iris young's justice and the politics of difference. *The Journal of Political Philosophy*, v. 3, n. 3, p. 166-180, 1995.

<sup>18</sup> O texto foi originalmente publicado em FRASER, N. *Justice interruptus: critical reflections on the "postsocialist" condition*. New York: Routledge, 1997. Uma versão traduzida para o português foi publicada em FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*, p. 245-282.

<sup>19</sup> FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*, p. 246.

ças e exploração cultural. A resposta da autora a esta abordagem, que ela entende ser equivocada, é a formulação de uma teoria que se pretende intermediária. Com isso, Fraser não abandona a necessidade de se almejar a redistribuição de bens, tendo em vista o grave cenário persistente de desigualdades econômicas, mas formula uma teoria que não é cega às injustiças socioculturais que uma certa tradição marxista reputaria como um problema de “falsa consciência”.<sup>20</sup>

A proposta da autora é, em alguma medida, uma tentativa de integrar a linguagem do reconhecimento cultural ao esquema teórico da justiça procedimental<sup>21</sup> que já vinha sendo desenvolvido desde Rawls. Na linha do que já propusera aquele autor,<sup>22</sup> Fraser elegeu como ideal normativo de sua teoria de justiça a *participação paritária*. Uma sociedade justa é, segundo este procedimentalismo de matriz kantiana, aquela em que as pessoas podem participar politicamente, interferir de maneira igualitária no processo de tomada de decisões coletivas e, sem prejuízo disso, desenvolver suas concepções de boa-vida sem a interferência externa estatal. No entanto, nem todos estão em igual condição de participar do empreendimento coletivo – o que substancia, para Fraser, um cenário de injustiça.

Segundo a autora, essa injustiça pode decorrer de diversos fatores que transitam entre dois principais problemas: problemas de natureza econômica – injustiças de redistribuição – e problemas de natureza cultural – injustiças de reconhecimento. Na prática, no entanto, Fraser sustenta que entre problemas de redistribuição e de reconhecimento existe um amplo espectro gradativo, de modo que virtualmente toda forma de injustiça envolve, em graus distintos, problemas de distribuição e problemas de reconhecimento.<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento?* Dilemas da justiça na era pós-socialista, p. 246.

<sup>21</sup> O caráter procedimental está na finalidade da teoria – que é o atingimento de um procedimento justo e igualitário de tomada de decisões. Não significa, no entanto, que a teoria seja especificamente procedimentalista, pois demanda a garantia de uma série de direitos e precondições para o desenvolvimento deste processo democrático igualitário.

<sup>22</sup> RAWLS, J. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000, passim.

<sup>23</sup> Segundo Zurn, o modelo de justiça formulado por Nancy Fraser se alterou diversas vezes. Sua primeira formulação está contida em seu artigo original de 1995, em que a distinção entre distribuição e reconhecimento é apresentada a partir de um dilema nos quais distribuição e reconhecimento seriam medidas distintas e aparentemente incompatíveis entre si. Em um segundo momento, Fraser abrandou a noção de dilema, sustentando a existência de uma série de tensões de natureza prática entre estas medidas. Em um terceiro momento, Fraser trata os aspectos da distribuição e do reconhecimento como reciprocamente influenciados. Ainda, em um quarto momento, Fraser adiciona à redistribuição e ao reconhecimento o aspecto da representação à luz de reivindicações formuladas no seio do feminismo no contexto de transnacionalismo (ZURN, C. Identity or status? Struggles over ‘recognition’ in Fraser, Honneth, and Taylor. *Constellations*. Oxford, 10, n. 4, 2003. p. 520-524).

Tendendo para o extremo distributivo estariam as demandas sociais fundamentadas em aspectos como a luta de classes. Segundo Fraser,<sup>24</sup> as demandas formuladas por grupos que sofrem em razão da desigualdade entre as classes não fazem uma remissão necessária à ideia de reconhecimento. Pelo contrário, o reconhecimento das diferenças de classe, nestes casos, implicaria intensificar a situação de injustiça econômica. A experiência de injustiça da classe operária decorreria, sim, da escassez de bens materiais que impossibilitariam uma vida digna. Desta forma, a solução adequada para injustiças desta espécie seria a adoção de medidas redistributivas de natureza econômica.

Situando-se no campo diametralmente oposto estariam os problemas de não reconhecimento, exemplificados por injustiças como as experimentadas por minorias sexuais. Nestes casos, a experiência da injustiça não teria relação imediata com a escassez de bens, mas sim com as representações de natureza socio-cultural dominantes em uma determinada sociedade. As injustiças decorreriam, nestes casos, do fato de estas representações excluírem ou inferiorizarem determinadas manifestações culturais tidas por desviantes dos padrões majoritários. A superação desta espécie de injustiça demandaria, portanto, o reconhecimento das particularidades e diferenças dos grupos sociais minoritários – especificamente seu reconhecimento como iguais participantes no empreendimento social.

O modelo dual de justiça de Fraser não exclui – pelo contrário, afirma – a predominância de uma ou outra forma de injustiça em relação a cada grupo e demandas específicas. Assim, por exemplo, ainda que a classe operária tenha formulado demandas por reconhecimento em diversos contextos em momentos históricos, seus problemas decorreriam principalmente de aspectos distributivos do modelo capitalista. Da mesma forma, ainda que a discriminação sofrida por minorias sexuais possa ter repercussões de natureza distributiva (como a dificuldade de ingressar e ser bem-sucedido no mercado de trabalho), a injustiça que acomete esse segmento social teria caráter eminentemente sociocultural, demandando medidas de reconhecimento.<sup>25</sup>

O reconhecimento em Fraser, assim, não é instrumental ao desenvolvimento de identidades individuais – como em Taylor –, mas, sim, ao atingimento da *igualdade* de participação. Isso gera algumas implicações relevantes: em primeiro lugar, diferente de Taylor, Fraser não entende que o reconhecimento de *identidades individuais* é um bem a ser almejado; para a autora, o reconhecimento de

---

<sup>24</sup> FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*, p. 245-282 e FRASER, N. *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation*. In: FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2004. p. 7-109.

<sup>25</sup> FRASER, N. *Social justice in the age of identity politics: redistribution, recognition, and participation*, p. 7-109.

particularidades de grupos é necessário como forma de superar a desigualdade de *status* que impede a igual participação política dos atores sociais. É neste sentido que a autora trata sua abordagem como um modelo de *status*,<sup>26</sup> voltado para a superação de desigualdades estruturais, em contraposição ao que seria um modelo de *identidades*, como o de Taylor,<sup>27</sup> que a autora reputa excessivamente centrado em considerações psicológicas sobre a deterioração de identidades.<sup>28</sup>

Em segundo lugar, subjaz à preocupação com a posição relativa dos grupos uma aversão de Fraser a formular uma teoria sobre arranjos sociais que se vincule a ideais de vida boa, ou ao valor de determinadas identidades ou formas de viver. Esta preocupação é típica, também, do liberalismo igualitário, cuja matriz kantiana é expressamente adotada por Fraser. Ao buscar fundar sua teoria no ideal de participação, Fraser buscou evitar discussões quanto a que identidades ou modos de vida devem ser promovidos pelo Estado por seu valor intrínseco ou comunitário – em favor de uma proteção que se baseia na desigualdade relativa dos grupos que compartilham destas identidades ou modos de vida. É necessário sublinhar, no entanto – e na linha do que Taylor<sup>29</sup> já havia afirmado anteriormente – que não há, tampouco, neutralidade no procedimentalismo fraseriano: como já havia reconhecido, muito antes, Rawls,<sup>30</sup> o mesmo o procedimentalismo

---

<sup>26</sup> FRASER, N. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 106-110.

<sup>27</sup> Fraser também busca equiparar o modelo de identidade de Taylor ao pensamento de Axel Honneth – o que parece consistir em um equívoco na compreensão da teoria honnethiana. Neste sentido, veja-se: ZURN, C. F. Identity or status? Struggles over ‘recognition’ in Fraser, Honneth, and Taylor; e HONNETH, A. Redistribution as recognition: a response to Nancy Fraser, p. 110-197. Como exponho a seguir, a teoria de Honneth não se limita aos aspectos da construção de identidades individuais, nem propõe a adoção de objetivos comuns substantivos especificamente atrelados a determinadas culturas. Em realidade, a teoria de Honneth pode ser interpretada como centrada no ideal de emancipação social alcançado mediante lutas por reconhecimento que levam à aquisição de autoconfiança, autorrespeito e autoestima social. Enquanto para Taylor a injustiça pode ser comparada à má formação da identidade, para Honneth a injustiça consiste em uma negação de alguma destas três características que impedem a busca pela autorrealização individual. Ainda, enquanto Taylor e Fraser concebem “reconhecimento” à luz das demandas apresentadas pelos movimentos sociais que se fortalecem na segunda metade do século XX – como o movimento feminista, o movimento nacionalista e o movimento gay, cujas reivindicações têm evidentes características socioculturais –, Honneth trabalha o reconhecimento a partir de um modelo filosófico que é anterior à classificação das demandas concretas formuladas na esfera pública, de modo que o autor concebe tanto as demandas por reconhecimento cultural quanto as demandas por distribuição como consequências de uma negação de reconhecimento nas esferas do Amor, do Direito ou da Solidariedade (HONNETH, A. Luta por reconhecimento. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003, passim). Abordarei estas e outras questões de maneira mais aprofundada adiante.

<sup>28</sup> FRASER, N. Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007. p. 117.

<sup>29</sup> TAYLOR, C. *The politics of recognition*, passim.

<sup>30</sup> RAWLS, J. *O liberalismo político*, p. 200.

demanda uma escolha de valores éticos a serem atingidos – valores relacionados à participação política igualitária.<sup>31</sup>

Seja como for, as divergências teóricas entre Taylor e Fraser não podem obscurecer que ambos formulam suas teorias considerando os – senão a partir dos – chamados “novos movimentos sociais”.<sup>32</sup> Trata-se de movimentos como o feminismo, o movimento negro, os movimentos de minorias étnicas nacionais e o movimento LGBTI, que tiveram exposição particularmente visível a partir da segunda metade do século XX e que ocupavam importante cenário político à época dos debates travados pelos teóricos do reconhecimento.

Assim, apesar de tratar do tema à luz do que identificou como a identidade moderna, Taylor expressamente referenciou estes movimentos em seu “The Politics of Recognition”. Também Fraser, quando critica o paradigma “pós-socialista”,<sup>33</sup> busca responder precisamente às formulações apresentadas por estes movimentos com relação a suas demandas identitárias. A despeito de desenvolverem teorias substancialmente distintas, assim, tanto Fraser quanto Taylor abordaram questões concretas semelhantes. Esta observação será importante para compreender, mais adiante, como as teorias de ambos os autores contribuíram para a formulação de um *direito ao reconhecimento* no Brasil.

## Axel Honneth e o reconhecimento como uma gramática de direitos

Em *Luta por reconhecimento*, Axel Honneth pretendeu retomar o programa de filosofia social hegeliano<sup>34</sup> com foco no fenômeno da experiência da injustiça, a partir das relações intersubjetivas em que os indivíduos buscam a satisfação de suas pretensões normativas perante o outro e por meio do qual formam suas identidades. A proposta mais abrangente de Honneth é apresentar uma gramática dos conflitos sociais que permita explicá-los à luz do instrumental metafísico hegeliano coordenado com a psicologia social de George Mead.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Neste sentido, Honneth afirma que a teoria de Fraser sequer pode ser compreendida como especificamente procedimental (FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, p. 178).

<sup>32</sup> FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, p. 110-197.

<sup>33</sup> FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*, p. 245-282.

<sup>34</sup> Segundo Zurn, enquanto a filosofia moral se volta para questões de obrigações e direito de ação individual e a filosofia política volta-se para as ideias de lei e distribuição justa, a filosofia social preocupa-se com as “condições estruturais necessárias para a boa vida e [com as] deformações sociais nessas condições que impedem a autorrealização saudável” (ZURN, C. F. *Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth’s “formal conception of ethical life”*. *Philosophy Social Criticism*, v. 26, n. 1, p. 115-124, 2000. p. 118).

<sup>35</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, passim.

Partindo do pensamento do jovem Hegel em Jena, Honneth afastou-se da concepção sugerida por Taylor e adotada por Fraser segundo a qual o reconhecimento estaria associado a problemas de natureza cultural que ocupam o cenário político a partir dos anos 1960, ou – fazendo justiça à complexidade do argumento de Taylor – que o reconhecimento se limitaria a explicar o processo de formação da identidade do homem moderno.<sup>36</sup>

Para Honneth, as demandas por reconhecimento não podem ser historicamente situadas nas recentes reivindicações políticas apresentadas na esfera pública a partir do século XX. Reivindicações por reconhecimento estão presentes não só no bicentenário movimento feminista, como também no movimento operário e no movimento negro, em suas formações muito anteriores aos “novos movimentos sociais”. O projeto honnethiano, assim, não se limita a compreender analiticamente as diversas reivindicações por justiça postas na esfera pública nas últimas décadas.<sup>37</sup> Pode-se dizer que sua teoria pretende identificar uma verdadeira gramática moral dos conflitos sociais – contrapondo-se, inclusive, à tradição marxiana – capaz de explicar a experiência da injustiça e a evolução moral das sociedades pós-convencionais a partir de uma *luta por reconhecimento*.

Na compreensão de Honneth,<sup>38</sup> o processo de relações intersubjetivas em que os indivíduos desenvolvem suas identidades e almejam sua autorrealização é marcado por sucessivas lutas por reconhecimento, em que o Eu desenvolve determinadas capacidades à luz de sua relação com o outro em níveis diversos e progressivamente expandidos. Em outras palavras, o indivíduo, inserido em diversas etapas de formação de sua identidade, reconhece o outro e busca ser reconhecido em capacidades distintas por meio de uma luta intersubjetiva. Uma vez adquiridas tais capacidades, o indivíduo encontra-se apto a buscar uma modalidade mais expandida de reconhecimento, que encontra seu ápice na valorização de suas habilidades individuais como úteis para a sociedade.

Alicerçado em Hegel e Mead, Honneth<sup>39</sup> identifica três esferas de reconhecimento próprias da sociedade burguesa. Cada uma destas esferas encontra-se vinculada à determinada atitude positiva de autorrelação – ou seja, de relação do indivíduo consigo mesmo – pela qual o indivíduo se desenvolve enquanto ser

---

<sup>36</sup> Neste sentido, acompanha-se Christopher Zurn na crítica à distorção que Fraser promove do pensamento de Axel Honneth (ZURN, C. Group balkanization or societal homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles? *Public Affairs Quarterly*, v. 18, n. 2, 2004. p. 159-186). Ao pretender equiparar as teorias de Honneth e Taylor, Fraser deixou de lado a oportunidade de responder satisfatoriamente às diversas dificuldades que seu pensamento apresenta à luz das considerações trazidas pelo autor alemão.

<sup>37</sup> FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, p. 114-134.

<sup>38</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, passim.

<sup>39</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, passim.

merecedor de respeito quanto às suas necessidades básicas, quanto aos seus direitos e quanto às suas formas de autorrealização.

Estas esferas revelam, assim, a sequência de etapas por meio das quais os indivíduos desenvolvem de maneira progressiva e expandida as características necessárias para poder atingir sua autorrealização. Estas três etapas são identificadas pelo autor como o Amor, o Direito e a Solidariedade.

Na esfera do Amor, o reconhecimento se estabelece a partir da aceitação e encorajamento afetivo que conduzem à atitude positiva da autoconfiança corporal. Por meio da relação intersubjetiva que ocorre em um círculo mais restrito – nas relações primárias, como aquelas travadas na família e entre amigos – o indivíduo desenvolve segurança em relação ao seu próprio corpo e passa a se entender como sujeito cujas necessidades merecem ser atendidas. Assim, Honneth remete aos estudos de Donald Winnicott, que demonstraram, no desenvolvimento da relação entre a criança e a mãe, um processo de progressiva individuação da mãe no que diz respeito ao bebê e vice-versa.<sup>40</sup> Este processo é marcado, por sua vez, pela luta do bebê para ser reconhecido como ser portador de necessidades que devem ser atendidas e pela crescente conscientização quanto à existência da mãe, apartada de si.<sup>41</sup>

Segundo a interpretação conferida por Honneth, é a partir do momento que a criança reconhece a independência da mãe e recebe desta os desígnios necessários de que – a despeito da distância física que decorre da ruptura da simbiose inicial entre mãe e criança – existe uma relação de afeto perene em que a criança pode confiar, esta desenvolve pela primeira vez a noção de que é um sujeito independente, dotado de necessidades e interesses próprios que devem ser reconhecidos. Desenvolve-se, na etapa do Amor, a atitude positiva de autorrelação do indivíduo que Honneth identifica como a *autoconfiança*, notadamente uma autoconfiança quanto à sua integridade física e psicológica.<sup>42</sup>

O sujeito dotado de autoconfiança é capaz, em seguida, de buscar um nível mais expandido de reconhecimento, que se desenvolve nas relações jurídicas – na esfera da ordem jurídica ou do Direito. Segundo Honneth,<sup>43</sup> é por meio do reconhecimento de um outro generalizado como portador de determinados direitos e deveres que o indivíduo é capaz de projetar-se como portador de direitos e deveres, antecipando, assim, as reações esperadas nas relações jurídicas intersubjetivas em que se lança. Na medida em que estas pretensões normativas sejam

---

<sup>40</sup> Posteriormente, Honneth revisitou este aspecto da teoria à luz de formulações mais recentes da psicologia social (HONNETH, A. Rejoinder. In: PETHERBRIDGE, D. Axel Honneth: Critical Essays. Leiden: Brill, 2011. p. 393).

<sup>41</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 164 et seq.

<sup>42</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 177-178.

<sup>43</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 178 et seq.

satisfeitas – ou seja, que as reações esperadas se concretizem ou, sendo violadas, que os mecanismos coercitivos vigentes restabeleçam a validade e efetividade das normas jurídicas – o indivíduo é capaz de desenvolver a atitude positiva do *autorrespeito*. Esta atitude refere-se ao reconhecimento do indivíduo enquanto um ator moralmente autônomo, capaz, portanto, não só de fazer julgamentos morais como de anuir com as regras gerais vigentes e participar do processo de formação da vontade coletiva.<sup>44</sup>

Em uma terceira etapa, este indivíduo dotado de autoconfiança e de autorrespeito busca o reconhecimento de suas capacidades e habilidades específicas – um respeito social pelos meios a partir dos quais busca sua autorrealização. Nesta esfera do reconhecimento, os indivíduos pressionam pela expansão dos horizontes de valorização das capacidades e habilidades individuais, buscando estima social e desenvolvendo, assim, a atitude positiva de autorrelação identificada pela *autoestima* (ou autoconfiança ética).<sup>45</sup> A estima social de que se fala não se confunde com a própria autorrealização individual – ou seja, com o alcance de uma posição de destaque na sociedade –, referindo-se, diversamente, ao respeito recíproco e solidário pelas habilidades e capacidades individuais concretas, tidas assim por valiosas ao empreendimento comum. A estima social é, portanto, necessária para a autorrealização, na medida em que, se a sociedade não respeita estas capacidades e habilidades, será impossível ao indivíduo empregá-las com sucesso na busca por autorrealização.

A cada esfera de reconhecimento corresponde não só uma atitude positiva, como também uma atitude negativa – uma forma de desrespeito. Assim, na esfera do Amor, a negação do reconhecimento relaciona-se principalmente com a violação da integridade física e psíquica dos indivíduos – exemplificada pelo caso extremo do estupro. A violação do reconhecimento no Direito consiste, por sua vez, na privação de direitos que se revela pela violação das reivindicações jurídicas que o indivíduo compreende como condições para o reconhecimento de sua autonomia moral.<sup>46</sup> Por fim, a atitude negativa de reconhecimento na esfera da estima social corresponde à negação da valoração social em razão de que o indivíduo deixa de ter suas formas de autorrealização estimadas por seus pares.<sup>47</sup>

Conclui-se que a autoconfiança, o autorrespeito e a autoestima, em conjunto, são condições necessárias à autorrealização do indivíduo – ou seja, são necessárias ao processo de busca espontânea dos objetivos de vida escolhidos pelo

---

<sup>44</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 195 et seq.

<sup>45</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 210 et seq.

<sup>46</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 213-226.

<sup>47</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 213-226.

sujeito, sem pressões externas (sociais) ou internas (psicológicas)<sup>48</sup>. Quando as assimetrias e deficiências sociais conduzem a uma negação do reconhecimento em alguma dessas esferas, materializa-se o fenômeno da experiência de injustiça – no qual o indivíduo entende que os padrões de reconhecimento estabelecidos institucionalmente são desrespeitados indevidamente em relação a si, gerando-lhe sentimentos negativos como a vergonha. É neste contexto que podem surgir, assim, lutas que pressionam os limites sociais e valorativos vigentes em favor de níveis de reconhecimento cada vez mais expandidos.

Axel Honneth diferencia-se, assim, substancialmente das propostas trazidas por Taylor e Fraser. O filósofo canadense pensou o reconhecimento como um mecanismo pelo qual se forma a identidade moderna, sendo necessário ao atingimento do ideal de autenticidade (ser verdadeiro consigo mesmo). A autora americana concebeu o reconhecimento como uma espécie de demanda, de natureza sociocultural, própria de determinados grupos (os “novos movimentos sociais”), cujo atendimento é necessário para a efetivação de um ideal de participação. Em outra linha, Honneth concebe o reconhecimento como uma verdadeira *gramática* capaz de explicar os conflitos sociais e as lutas por direitos e por valorização de formas de vida.

É certo que, em Honneth – assim como em Taylor – o reconhecimento é necessário à formação adequada do indivíduo. Também como Taylor, Honneth identifica no sofrimento individual um problema que deve ser superado – que ele concebe como uma questão de sofrimento de injustiça. Diferentemente de Taylor, no entanto, Honneth não adota um modelo individualizado como o da autenticidade, dando prevalência a uma concepção que abriga os movimentos sociais – concebendo sua formação como uma consequência de estruturas que, ao disseminar a negação do reconhecimento de pretensões morais, dão ensejo a sentimentos de vergonha e de autodepreciação capazes de gerar a mobilização com vistas à superação do estado de desrespeito vigente.<sup>49</sup>

Esta distinção básica entre o pensamento dos três autores deve ficar clara, na medida em que, a partir dela, será possível compreender como a teoria do reconhecimento tem sido utilizada pelo direito de maneira pontual, para fundamentar direitos específicos, em geral de natureza sociocultural, no lugar de se tentar compreender de maneira mais ampla o fenômeno constitucional e a função da Constituição à luz dos conflitos morais que se desenvolvem na sociedade.<sup>50</sup> É sobre o que se passa a tratar.

---

<sup>48</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 273.

<sup>49</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 224.

<sup>50</sup> Reitera-se, neste ponto, que diversas reformulações mais recentes das teorias dos autores não foram contempladas nesse estudo, tendo em vista a pertinência específica de suas obras seminais para o desenvolvimento do tema ora abordado.

## “RECONHECIMENTO” NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO: O DIREITO CONSTITUCIONAL AO RECONHECIMENTO

É possível identificar, no constitucionalismo brasileiro, três contextos principais em que se tem recorrido às teorias do reconhecimento como desenvolvida pelos autores anteriormente expostos. Trata-se dos contextos do multiculturalismo, especialmente tratando-se da proteção de povos tradicionais; do direito à igualdade e não discriminação, notadamente com relação à superação de desigualdades crônicas que marcam a sociedade brasileira; e da dignidade humana, em que o reconhecimento surge como elemento (ou parte de elementos) do princípio jurídico. Conforme será sustentado adiante, nestes três casos as teorias do reconhecimento têm servido tão-somente para conferir base filosófica e teórica à formulação de direitos específicos, sem permitir vislumbrar maiores implicações que a teoria do reconhecimento pode gerar para o próprio fenômeno do constitucionalismo.

Com relação à discussão sobre multiculturalismo, o direito ao reconhecimento pode ser pensado como um mecanismo pelo qual a Constituição pretende tutelar certas culturas e modos de vida – especialmente aqueles ameaçados por pressões assimilacionistas que poderiam gerar a erradicação destas tradições e expressões socioculturais.<sup>51</sup> Na Constituição de 1988, esta preocupação foi expressamente endereçada pelos dispositivos que trataram de definir e resguardar direitos dos povos indígenas (em especial os artigos 231 e 232 da Constituição) e de comunidades remanescentes de quilombos (art. 68 do ADCT). Neste debate, a abordagem trazida por Charles Taylor parece ser especificamente interessante – na medida em que fundamenta a proteção destas comunidades como mecanismo de reconhecimento das respectivas identidades coletivas e valores compartilhados (e independentemente de uma situação de desigualdade que, por certo, segue atingindo estes grupos).

Em um segundo sentido, as teorias do reconhecimento têm sido amplamente referenciadas por autores que discutiram o sentido e extensão do princípio da igualdade no Brasil.<sup>52</sup> Também aqui, as obras de Charles Taylor e Nancy Fraser

---

<sup>51</sup> Confira-se, neste sentido, ARBOS, K. L.; SOUZA FILHO, C. F. M. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial, Brasileira*, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2010. SPAREMBERGER, R. F. L.; COLAÇO, T. L. *Direito e identidade das comunidades tradicionais: do direito do autor ao direito à cultura*. Liinc em Revista. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 681-700, 2011.

<sup>52</sup> CORBO, W. *Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 e SILVA, C. T. A. Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

parecem ser extensamente utilizadas na construção do fundamento capaz de conceber a igualdade a partir da perspectiva simbólica e cultural. Em outras palavras, atribuiu-se ao princípio da igualdade não só o sentido de igualdade formal (tratamento idêntico de todos à lei) ou de igualdade material (ou igualdade como distribuição de bens), mas também o conteúdo de igualdade como reconhecimento.<sup>53</sup>

Nesta formulação, o princípio da igualdade exige a superação de discriminações históricas causadas a determinados grupos no âmbito sociocultural, visando precisamente à promoção da igualdade de oportunidades e de participação que são substancialmente negadas a mulheres, negros, pessoas LGBTI e outros grupos vulneráveis.<sup>54</sup> Há aqui, também, alguma coincidência entre esta forma de pensar reconhecimento e as teorias substancialmente relacionadas com as reivindicações postas pelos chamados novos movimentos sociais na segunda metade do século passado, como é o caso dos pensamentos de Fraser e Taylor. Não se pode ignorar a importância destacada que a autora norte-americana tem tido neste debate.

Na linha do sustentado por Fraser, a igualdade como reconhecimento, no Brasil, não só tem sido pensada sob a perspectiva de grupos que padecem de *status* inferiorizado no cenário social, como também tem sido teorizada como complementação necessária da igualdade como distribuição de bens. Estas formulações da igualdade têm sido postas, assim, em oposição à igualdade formal – enquanto esta se volta para a aplicação e elaboração das leis, a igualdade como distribuição e como reconhecimento (por vezes englobadas na ideia de igualdade material) estariam voltadas à preocupação com indivíduos concretos e suas carências reais – que podem estar relacionadas com a privação de bens ou de reconhecimento sociocultural.

A atratividade da teoria dualista de Fraser, no Brasil, não é uma surpresa quando se considera o quadro grave de desigualdades econômicas e de discriminações estruturais que caracteriza nossa sociedade. Como tristes traços da realidade brasileira, a pobreza e miséria extremas, de um lado, e as discriminações no campo simbólico e social, de outro, parecem exigir a formulação de direitos específicos capazes de lidar com ambos os fenômenos de injustiça.

---

<sup>53</sup> PIOVESAN, F.; SILVA, R. B. D. *Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro*. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). 20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional? Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 341-367.

<sup>54</sup> SARMENTO, D. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa*. In: SARMENTO, D. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 139-166.

Não se conseguiu, no Brasil, incorporar sequer as formulações mais básicas do princípio da isonomia – admitindo distinções jurídicas quase-aristocráticas,<sup>55</sup> normas que produzem impacto desproporcional sobre grupos marginalizados<sup>56</sup> e toda sorte de transmutação jurídica de uma prática social ainda marcada pela hierarquia do “você sabe com quem está falando?”.<sup>57</sup> Neste sentido, o direito ao reconhecimento é pensado como parte integrante de um projeto igualitário formulado, à Fraser, para superar a subordinação de certos grupos sociais, seja em razão de sua realidade socioeconômica, seja em razão de aspectos socioculturais.

É a partir desta interpretação de reconhecimento que se desenvolveram intensamente debates como a promoção de políticas ações afirmativas para minorias raciais;<sup>58</sup> a concessão de direitos específicos às mulheres, voltados à garantia de igualdade no mercado de trabalho e de promoção da participação política;<sup>59</sup> e a garantia de direitos a pessoas LGBTI (especialmente direitos relacionados ao casamento entre pessoas do mesmo sexo e ao reconhecimento institucional da identidade de gênero de pessoas transexuais, travestis e transgêneros).<sup>60</sup>

Em um terceiro sentido, o direito ao reconhecimento tem sido pensado de maneira ampla como decorrência direta do princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>61</sup> Esta posição tomou forma, por exemplo, no recente trabalho de Daniel Sarmento, fruto de sua tese de titularidade, em que o autor sustentou que a dignidade humana, e não o princípio da igualdade, exige o *igual respeito à identidade*, de modo que “violam o reconhecimento as práticas estatais ou privadas, conscientes ou não, que desrespeitam a identidade das suas vítimas, impondo estigmas ou humilhações”.<sup>62</sup>

---

<sup>55</sup> A exemplo do direito à prisão especial para portadores de diploma de ensino superior.

<sup>56</sup> É o caso, por exemplo, da criminalização do aborto e das drogas, no Brasil, que vitimizam especialmente mulheres pobres e jovens pretos no Brasil.

<sup>57</sup> DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis*: para uma sociologia do dilema brasileiro. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.

<sup>58</sup> SARMENTO, D. *A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro*: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa, p. 139-166.

<sup>59</sup> SILVA, C. T. A. *Igualdade e diferença*: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro.

<sup>60</sup> Sobre a evolução desta discussão, veja-se CARDINALI, D. C. *A judicialização dos direitos LGBT no STF*: limites, possibilidades e consequências. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016, passim.

<sup>61</sup> A exemplo de SARLET, I. W. As dimensões da *Dignidade da pessoa humana*: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9. jan./jun. 2007, p. 369-373 e BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. 16, maio/jun./ago. 2007.

<sup>62</sup> Partindo desta formulação, seria possível argumentar que Sarmento teria adotado uma teoria que em alguns momentos se aproxima muito de Taylor, em contraposição à sua adoção mais expressa dos aspectos principais da teoria fraseriana. De fato, ao associar o direito ao reconhecimento, por exemplo, à Súmula Vinculante n. 11, que restringiu o uso de algemas por consi-

Sarmiento adotou, a toda evidência, o panorama teórico de Fraser<sup>63</sup> em detrimento do apresentado por Taylor e Honneth,<sup>64</sup> para identificar dentro do direito ao reconhecimento tanto direitos universais – pelos quais se estendem prerrogativas e faculdades jurídicas a grupos previamente excluídos do âmbito de incidência de normas jurídicas postas – quanto direitos específicos – concedidos a grupos estigmatizados como forma de “corrigir injustiças estruturais e históricas; adequar as normas e práticas vigentes (...) às especificidades de determinados sujeitos que são onerados por elas de modo desproporcional; possibilitar a sobrevivência de culturas e modos de vida tradicionais que são constitutivos da identidade de seus integrantes etc.”

Este é, portanto, o contexto em que se identifica a maior adesão às formulações da teoria do reconhecimento no discurso jurídico constitucional. Pensadas como fundamento para direitos específicos de proteção de grupos sociais, estas teorias deram ensejo ao que se pode denominar um direito constitucional ao reconhecimento, normativamente lastreado em normas setoriais da constituição, ou nos princípios da igualdade, da não discriminação e da dignidade da pessoa humana.

---

dera-la prática vexatória, Sarmiento distancia-se substancialmente da ideia de reconhecimento como uma questão de status de subordinação de grupos, em favor de uma percepção do reconhecimento como uma questão de sentimento de humilhação individual. Tendo em vista que o autor se apoia em um confessado sincretismo teórico, no entanto, não há aqui, necessariamente, contradição entre sua aparente preferência (ainda que crítica) pela tese de Fraser e o apelo a certos aspectos muito mais próximos do sustentado por Taylor (SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 259).

<sup>63</sup> Essa incorporação não se deu de maneira acrítica. Sarmiento problematiza, assim, a pouca preocupação da autora com a liberdade; a preferência de Fraser por remédios transformativos, no lugar de remédios afirmativos; e a incompletude da teoria de Fraser, que ignora o sofrimento dos sujeitos vulneráveis estigmatizados. A despeito disso, a adoção do critério da “subordinação” como forma de identificar os grupos que merecem tutela a partir do direito ao reconhecimento, além a expressa afirmação da superioridade teórica de Fraser, parecem indicar que o autor conscientemente pretendeu desenvolver um argumento mais inclinado no sentido das posições postas pela autora americana (SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 254).

<sup>64</sup> O autor chegou a afirmar, com relação a Honneth, que “[é] certo que o pensador frankfurtiano não pretendeu que a sua grade conceitual fosse objeto de apropriação pela teoria jurídica, mas, de todo modo, a empreitada seria impossível. Inclusive porque afigurar-se-ia altamente problemático para ordens jurídicas que prezam a autonomia individual, a plena juridicização das esferas do ‘amor’ e da ‘estima social’” (SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana*: conteúdo, trajetórias e metodologia, p. 250). Como aprofundarei a seguir, discordo das três afirmações contidas nessa frase. Em primeiro lugar, Honneth não só pretendeu, como anteviu, já em *Luta por reconhecimento*, mas também em escritos posteriores, a necessidade de apropriação da linguagem do reconhecimento pelo Direito. Disso decorre, em segundo lugar, que esta incorporação não parece impossível – pelo contrário, parece necessária para uma adequada concepção do desenvolvimento do Direito – e, em específico, do direito constitucional. Por fim, apesar de concordar que a plena juridicização das esferas do Amor e da Estima Social seria inviável, é mais adequado afirmar – com Honneth – que há espaços de sobreposição dos quais o Direito pode (e precisa) apropriar-se.

Parece haver, no entanto, um segundo sentido pelo qual a teoria do reconhecimento pode ser incorporada ao direito constitucional. Este segundo sentido tem como premissa a constatação formulada, por exemplo, por Honneth,<sup>65</sup> no sentido de que pensar reconhecimento a partir de demandas e direitos já reivindicados na esfera pública pode restringir substancialmente o potencial emancipatório de uma filosofia social (e, para os fins desse artigo, uma filosofia constitucional). É este segundo sentido que permite a formulação do que denomino, neste artigo, um Direito Constitucional do Reconhecimento, cujos principais traçados serão desenvolvidos no item seguinte.

### **PARA ALÉM DE DIREITOS ESPECÍFICOS: POR UM DIREITO CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO**

A formulação de direitos específicos, especialmente em favor de minorias estigmatizadas e vulnerabilizadas, não pode ser descartada como irrelevante ou tida como um esforço em favor de uma “luta menor”. Direitos específicos que promovam a inclusão, a igualdade e o reconhecimento destes grupos são essenciais para a superação de um quadro de injustiça e desigualdade.

Sem descuidar disso, no entanto, a reflexão provocada pelas teorias do reconhecimento não deve restringir-se à análise destes direitos. Pensar em direitos específicos significa, afinal, traduzir demandas postas na esfera pública para a linguagem jurídica, convertendo lutas por reconhecimento bem-sucedidas em direitos cristalizados no ordenamento jurídico. Ocorre que nem todas as demandas estão devidamente visibilizadas na esfera pública. Pelo contrário, grupos extremamente marginalizados e insuficientemente organizados podem ter dificuldades de superar os obstáculos sociais mínimos que permitam a visibilidade do desrespeito que sofrem em diversos aspectos relevantes. Por essa razão, parece correto pensar, com Honneth, na relação entre direito e reconhecimento para além das demandas já postas (por exemplo, pelos novos movimentos sociais).

Há, em um sentido mais profundo, uma relação entre direito e reconhecimento que permite compreender e potencializar o constitucionalismo em um sentido emancipatório. Para isso, é necessário pensar a Constituição como um espaço de luta – o núcleo da esfera jurídica do reconhecimento que não só é formado pelas lutas cotidianas travadas pelos diversos grupos e indivíduos, como também que constitui, molda e promove essas lutas. É este modelo que será denominado, a partir daqui, *constitucionalismo do reconhecimento*. Trata-se de nada menos que uma leitura quanto à transposição da teoria do reconhecimento para o campo da teoria e filosofia constitucional, pretendendo responder, a partir daquele arcabouço teórico, o que é a Constituição e o que a Constituição deve ser.

---

<sup>65</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 114-134.

O empreendimento de desenvolver as bases de um constitucionalismo teórico demanda, no entanto, formulações mais amplas que aquelas postas por Fraser e Taylor –extremamente vinculadas à promoção de identidades ou de grupos específicos. Sendo assim, é especialmente a partir do pensamento estabelecido por Honneth em seu *Luta por reconhecimento* que algumas diretrizes podem ser identificadas em favor da tese aqui desenvolvida.

### Constitucionalismo do reconhecimento e a Constituição como local de luta

Primeiro, é preciso retomar o papel do Direito na teoria do reconhecimento honnethiana formulada em seus escritos da década de 1990 e início dos anos 2000. Como visto, o autor pensou o Direito como um espaço de reconhecimento da imputabilidade moral dos indivíduos. Trata-se de uma esfera em que propriedades universais dos seres humanos são reconhecidas, conferindo-lhes o autorrespeito com relação a sua capacidade de tomar decisões morais e de sujeitar-se às mesmas regras e fruir dos mesmos benefícios jurídicos que seus pares.

Assim como ocorre nas demais esferas do reconhecimento, as lutas por reconhecimento travadas por indivíduos e grupos em dada sociedade pressionam os limites do Direito no sentido de uma expansão que se dá em dois níveis: uma expansão *social*, por meio da qual indivíduos previamente excluídos passam a ser abrigados pela proteção jurídica; e uma expansão *objetiva*, por meio da qual novas demandas passam a ser resguardadas juridicamente como condição para o reconhecimento da autonomia moral das pessoas.<sup>66</sup> Diferentemente das demais esferas de reconhecimento (a das relações primárias e a da estima social), no entanto, o Direito apresenta um potencial emancipatório único. Segundo o autor, nas últimas passagens de seu *Luta por reconhecimento*:

os padrões de reconhecimento do direito penetram o domínio interno das relações primárias, porque o indivíduo precisa ser protegido do perigo de uma violência física, inscrito estruturalmente na balança precária de toda ligação emotiva (...). Mas a relação jurídica moderna influi sobre as condições da solidariedade pelo fato de estabelecer as limitações normativas a que deve estar submetida a formação de horizontes de valores fundadores da comunidade.<sup>67</sup>

Em outras palavras, a expansão do Direito pode estabelecer limites tanto nas esferas das relações primárias quanto da estima social, fixando proteções

---

<sup>66</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 193.

<sup>67</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 278.

específicas capazes de fortalecer a pretensão de autorrealização dos indivíduos e grupos. Para dar contornos mais concretos a esta formulação, pense-se, por exemplo, na forma pela qual a Lei Maria da Penha buscou empoderar as mulheres, em suas relações primárias, contra a gravíssima realidade da violência doméstica.<sup>68</sup> Ou como a proteção constitucional a comunidades tradicionais e povos indígenas transfere para o Direito a função de estabelecer horizontes de valores compartilhados, promovendo uma solidariedade social no sentido honnethiano.

É neste ponto que se pode pensar o próprio fenômeno constitucional a partir da teoria do reconhecimento sem limitá-lo ao debate sobre direitos específicos. Um *constitucionalismo do reconhecimento* implica, assim, conceber a Constituição como um espaço de luta contra as mais diversas formas de desrespeito, privação e degradação individual e coletiva – não apenas as que se referem estritamente a direitos abstratos previamente postos, mas também aquelas relacionadas às pretensões formuladas nas esferas primárias de relacionamentos e no âmbito da busca por autorrealização individual.

Não há dúvidas de que, historicamente, falar em um Direito Constitucional do Reconhecimento na maior parte dos países só é possível com o advento dos constitucionalismos do pós-Guerra, na Europa, e da redemocratização, na América Latina. Isso porque é nestes momentos que a Constituição foi deslocada ao centro do ordenamento jurídico, tornando-se fundamento último de todo o Direito.<sup>69</sup> É esta recém-adquirida centralidade da Constituição que permite pensá-la como um novo núcleo da esfera do reconhecimento jurídico.

Como núcleo do Direito, a Constituição – antes despida de relevância social em razão de concepções sociológicas ou puramente normativas a ela atribuídas – passa a estar, ela mesma, sujeita às pressões por expansão social e objetiva, fruto de lutas por reconhecimento que buscam ressignificar o sujeito constitucional e os direitos fundamentais. É neste sentido, portanto, que o constitucionalismo contemporâneo, marcado pela centralidade do texto constitucional e lido a partir das teorias do reconhecimento, pode ser traduzido como um novo e especial *locus* de luta.

---

<sup>68</sup> Uma concepção do Direito assim posta é partidária, portanto, da ideia colocada pelos movimentos feministas de que o privado ou pessoal é político. Sobre a releitura feminista da dicotomia público-privado, confira-se PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Tradução de Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993, passim.

<sup>69</sup> Uma didática exposição sobre o tema pode ser encontrada em BARROSO, L. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 61-119.

## Constitucionalismo do reconhecimento e a constituição como ponto de partida, mecanismo e ponto de chegada das lutas sociais

Se o argumento desenvolvido até este ponto está correto, então é possível avançar para compreender melhor a contribuição que um constitucionalismo do reconhecimento pode trazer para a filosofia constitucional contemporânea. Apesar de não ser pouco, não basta dizer que a Constituição é um espaço de luta por reconhecimento – é preciso também compreender como a própria Constituição contribui para esta luta cotidiana e plural. Segundo será abordado a seguir, não só um constitucionalismo do reconhecimento leva a que se identifique a Constituição como espaço de luta (por autoconfiança, autorrespeito e autoestima sociais), como também significa elencar três importantes papéis exercidos pela Constituição neste contexto. A Constituição opera, neste paradigma teórico e filosófico, (i) como *ponto de partida* das lutas sociais; (ii) como *mecanismo* de luta social; e (iii) como *ponto de chegada* das lutas sociais.

### ***A constituição como ponto de partida das lutas sociais: movimentos sociais, efetividade e interpretação constitucional***

Pensar a Constituição como *ponto de partida* das lutas sociais significa entender que as reivindicações por um reconhecimento negado podem partir das próprias expectativas normativas geradas pelo ordenamento constitucional.

A partir do seu deslocamento para o centro do Direito, a Constituição transforma-se em referencial institucional a partir do qual os indivíduos buscam adquirir autorrespeito. Ou seja, a Constituição torna-se o parâmetro que define *quem* está protegido em sua condição de pessoa e *quais* pretensões são requisitos para a proteção desta condição de pessoa, merecendo tutela jurídica. É quando as pretensões normativas estabelecidas por este parâmetro constitucional e cultivadas pelos indivíduos são desatendidas, no entanto, que pode surgir aquele “sentimento paralisante de vergonha social, do qual *só o protesto ativo e a resistência poderiam libertar*”.<sup>70</sup> É neste sentido, portanto, que a Constituição pode ser pensada como deflagradora de lutas sociais.

Para que a Constituição exerça esta função, no entanto, é necessário que alguns fatores se coordenem. Em primeiro lugar, na linha do já afirmado por Honneth, nem sempre uma negação de expectativas normativas produzirá uma luta por reconhecimento. É neste sentido que se afirmou (com o autor) que as

---

<sup>70</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 198.

lutas por reconhecimento *podem* ser deflagradas, e não que elas *serão* deflagradas.<sup>71</sup> Parece ser razoável crer que o desenvolvimento destas lutas depende da formação de organismos sociais (em forma de movimentos) capazes não só de superar o sentimento de vergonha social,<sup>72</sup> como também de articular publicamente as reivindicações por autorrespeito.<sup>73</sup>

Esta organização surge, por sua vez, na medida em que os indivíduos sujeitos ao desrespeito e à degradação percebem que suas experiências são compartilhadas com diversos outros, passando a desnaturalizar a negação a que estão submetidos em favor de uma tentativa de superar o quadro de humilhação. Pode-se pensar, assim, a existência de *movimentos sociais*<sup>74</sup> como um primeiro elemento necessário para se pensar a Constituição como ponto de partida das lutas sociais.

Mesmo havendo estes movimentos, no entanto, o potencial da Constituição para promover lutas por reconhecimento é, certamente, contingente. Nem toda Constituição, em todo contexto histórico e social, servirá como referência para a formulação de lutas.<sup>75</sup> Será inevitavelmente necessário, na linha do que defenderam autores como Hesse,<sup>76</sup> que haja um vínculo entre a sociedade e a Consti-

---

<sup>71</sup> HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*, p. 198

<sup>72</sup> Neste sentido, os movimentos sociais podem exercer um importante papel de converter a vergonha em orgulho, cf. BRITT, L.; HEISE, D. From shame top ride in identity politics. In: S. STRYKER et al. *Self, identity and social movements*. Minneapolis: University of Minnesota, 2000. p. 252-268.

<sup>73</sup> Não quero, ao falar em “formação de organismos”, incidir no risco de sucumbir a um individualismo associativista. Evidentemente, estes “organismos” podem já estar formados, na forma de comunidades que compartilham valores, modos de vida ou características em comum. O traço relevante, aqui, é a percepção intersubjetiva do desrespeito enquanto tal, que permite a comunidades presentes ou futuras organizar-se no sentido de superar o quadro de negação de reconhecimento.

<sup>74</sup> Estou adotando, aqui, um sentido amplo do conceito de movimentos sociais, considerados como grupos razoavelmente organizados de indivíduos que partilham experiências ou traços comuns e que se movimentam politicamente em uma certa direção comum. O sentido aqui é, portanto, mais amplo do que aquele adotado por autores como Juliana Cesario Alvim, que além de interpretar estes movimentos como “tentativas coletivas de influir nos arranjos sociais”, também lhes atribui uma característica específica de marginalização social – contrapondo-os, por exemplo, com o que a autora identificou como “contramovimentos”, formados a partir da reação às reivindicações formuladas pelos primeiros (GOMES, J. C. A. *Por um constitucionalismo difuso*: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2014. p. 50-51). Aqui, trato ambas as organizações coletivas sob a mesma nomenclatura, na medida em que identifico em ambos os casos organizações sociais que lutam por um reconhecimento que entendem negado. Será apenas em um outro momento que apresentarei o critério de legitimação destas organizações.

<sup>75</sup> Agradeço a Daniel Cardinali pela observação de que outros referenciais como os direitos humanos ou direitos civis podem ser apropriados por movimentos distintos em contextos históricos, jurídicos e sociais diversos.

<sup>76</sup> A vontade da Constituição, na linha de Hesse, é aquele fator presente na consciência geral que permite converter a Constituição em força ativa. É curioso ressaltar como em Hesse já é pos-

tuição que impulse aquela no sentido de fazer valer e respeitar o conteúdo desta última.<sup>77</sup> Ou seja, é necessário que a Constituição de fato gere, para os indivíduos a ela sujeitos, pretensões normativas reais. Do contrário, se a Constituição é apenas um texto despido de normatividade, é discutível qualquer influência que tenha para as lutas por reconhecimento jurídico.

Nesta linha, um segundo fator necessário ao constitucionalismo do reconhecimento como aqui está colocado é a própria existência de algum nível de *efetividade constitucional*.<sup>78</sup> Por “algum nível”, quer-se dizer que não necessariamente precisa estar presente uma constituição normativa, no sentido de Löewenstein, mas ao menos uma Constituição nominal – ou seja, uma constituição com pretensão de conformação da realidade, ainda que incapaz de conformá-la por completo.<sup>79</sup>

Se, de um lado, a efetividade é necessária para que os indivíduos e grupos fomentem suas pretensões normativas à luz do texto constitucional, também a própria interpretação constitucional exerce função-chave em sua compreensão como ponto de partida de lutas. Isso porque um indivíduo ou grupo apenas pode entender-se violado quanto às pretensões normativas que cultiva se, de antemão, atribuiu ao texto constitucional algum sentido que fundamente estas pretensões – por meio de um processo interpretativo. Disso decorre que as lutas sociais que se desenvolvem a partir da Constituição são, também, lutas interpretativas – em que significados atribuídos institucional ou extrainstitucionalmente colidem entre si, pressionando os limites do sentido constitucional “para dentro” (no sentido de restrição ou conservação do *status quo*) e “para fora” (no sentido de expansão do sentido constitucional).

Havendo, assim, uma expectativa de aplicação da Constituição, uma interpretação capaz de atribuir-lhe um dado sentido e um grupo cujas expectativas normativas com base neste sentido constitucional são negadas, então uma luta por reconhecimento pode se desenvolver tendo como ponto de partida a Constituição.

---

sível identificar uma constatação cara à teoria do reconhecimento como formulada por Taylor e Honneth, qual seja, a ideia de que entre o ser e o dever ser deve necessariamente haver algum vínculo capaz de gerar uma identificação entre o projeto constitucional e uma dada sociedade (HESSE, K. *La fuerza normativa de la Constitución*. In: *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 61-84).

<sup>77</sup> Com Hesse, no entanto, é possível também afirmar que a Constituição se molda à realidade social em constante mudança – por que não, uma mudança causada, por vezes, pelas lutas por reconhecimento que forçam os sentidos constitucionais em favor da inclusão de indivíduos e demandas (HESSE, K. *La fuerza normativa de la Constitución*, p. 61-84).

<sup>78</sup> Podemos emprestar, aqui, a conceituação sintetizada de efetividade como “o cumprimento da norma, o fato real de ela ser aplicada e observada, de uma conduta humana se verificar na conformidade de seu conteúdo” (BARROSO, L. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 71).

<sup>79</sup> LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979. p. 216 et seq.

***A constituição como mecanismo das lutas sociais: permeabilidade institucional e limites emancipatórios***

Falar em Constituição como *mecanismo de luta social* significa, em um segundo sentido, entender que não só reivindicações surgem a partir de pretensões normativas constitucionais não atendidas, como também que é a apropriação da Constituição, a partir desta violação, que permite (re)estabelecer o reconhecimento negado. Dito de outra maneira: é a Constituição – por sua efetividade negada – que deflagra o conflito e é ela – por sua própria vontade conformar a realidade – que pode resolvê-lo.

Entender a constituição como mecanismo das lutas sociais pode significar diversas propostas. Por exemplo, pode-se falar na Constituição como base de argumentos morais e políticos formulados pelos já mencionados movimentos sociais.<sup>80</sup> Pode-se falar, ainda, na Constituição como um instrumento da luta em razão da judicialização de questões políticas e sociais com arrimo em cláusulas constitucionais.<sup>81</sup> São aspectos de inegável relevância, mas, partindo de argumentos já postos, foca-se aqui em duas manifestações da ideia de constituição como mecanismo das lutas sociais: a Constituição permite potencializar os efeitos emancipatórios da luta social por reconhecimento na medida em que, de um lado, preveja mecanismos que deem vazão institucional às reivindicações formuladas pelos diversos movimentos sociais; e, de outro, seja capaz de estabelecer o que se pode denominar limites emancipatórios a estas reivindicações.

No primeiro sentido, é possível conferir uma resposta direta às críticas formuladas a modelos como o de Nancy Fraser, que focam em direitos específicos deixando de lado a invisibilidade de grupos e demandas não organizados na esfera pública. Nesta perspectiva, a Constituição converte-se em mecanismo de luta, tendo em vista que fornece uma caixa de ferramentas<sup>82</sup> que permite não só aos movimentos sociais organizados apresentar suas demandas, como também fomenta a formação destes mesmos movimentos e a vocalização de suas reivindicações por reconhecimento.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> Confira-se, quanto a isso: GOMES, Juliana Cesário Alvim. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*, p. 63 et seq.

<sup>81</sup> O tema foi trabalhado por Daniel Cardinali, em especial à luz do movimento LGBTI, cf.: CARDINALI, D. C. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*, passim.

<sup>82</sup> Empresto a ideia de uma “caixa de ferramentas” de Cass Sunstein (SUNSTEIN, C. *Why nudge: the politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University, 2014).

<sup>83</sup> Esta formulação parece ter forte proximidade com as perspectivas republicanistas sobre a Constituição, visto que se voltam para as liberdades públicas e para o agir cívico dos indivíduos. Sobre o tema do republicanismo, confira-se MAIA, A. C.; MENEZES, T. Republicanismo contemporâneo, constituição e política. In: SARMENTO, D. (Coord.). *Filosofia e teoria constitucional contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 29-54.

É possível pensar em uma série de meios pelos quais isso pode se desenvolver em um dado ordenamento constitucional específico: mecanismos de democracia direta, semi-direta e participativa; estabelecimento de instrumentos que tornem o processo político poroso (Legislativo e Executivo) à pressão social; e a jurisdição constitucional são apenas alguns dos exemplos de criação de potenciais vias alternativas ou cumulativas de luta social pelas quais indivíduos e grupos podem vocalizar suas reivindicações por um reconhecimento negado em direção à emancipação individual e coletiva.

A própria emancipação individual e coletiva é, em um segundo sentido, também a expressão da Constituição como mecanismo de luta social. Aqui, volta-se para uma segunda crítica formulada a teorias como a de Fraser, no sentido de que a tentativa de firmar um “reconhecimento sem ética”<sup>84</sup> despe a teoria do reconhecimento de um sentido normativo forte capaz de definir que lutas por reconhecimento são legítimas e quais estão fora do espectro admissível em dada sociedade. A resposta a esta questão, que poderia ser proposta com base em teorias filosóficas fundacionalistas, pode ser dada pela própria Constituição – que, neste sentido, atua como uma bússola do reconhecimento.

Seguindo teorias como a formulada por Axel Honneth, é necessário perceber que a luta por reconhecimento não se restringe a grupos historicamente marginalizados que recorrentemente são tidos como injustiçados por uma sociedade – pense-se no movimento feminista, negro e LGBTI como exemplos disso. Também outros grupos travam lutas sociais em busca do reconhecimento de suas próprias demandas, incluindo aqueles que sustentam a superioridade racial, étnica, religiosa, de gênero, de origem ou de sexualidade de seus grupos sobre outros.<sup>85</sup> Em outras palavras, não é apenas o movimento negro que *Luta por reconhecimento*, como também movimentos neonazistas de caráter fortemente racista travam suas próprias lutas. Trata-se, no entanto, de movimentos eminentemente conflitantes entre si, o que demanda algum critério de legitimação que permita refutar certas reivindicações por reconhecimento em favor de outras. É nisso que repousa o segundo aspecto instrumental da Constituição.

Assim, como mecanismo de luta, a Constituição pode ser apropriada pelos movimentos sociais e pelas próprias instituições de modo a indicar a diretriz ética legítima das lutas por reconhecimento. A ética, aqui, não é tida em um sentido forte, como uma certa ideia do que é bom ou do que é certo, mas em um sentido formal: abrigoando a própria ideia de emancipação social.<sup>86</sup> O Constitucionalismo

---

<sup>84</sup> FRASER, N. *Reconhecimento sem ética?*

<sup>85</sup> FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*, p. 121.

<sup>86</sup> Ideia semelhante, substanciada no conceito de eticidade formal, é a desenvolvida por Honneth na conclusão de seu *Luta Por Reconhecimento*. Segundo Danielle Petherbridge, “a eticidade for-

do Reconhecimento é, portanto, um constitucionalismo emancipatório, na medida em que as pretensões voltadas à subjugação de uns grupos por outros, ou pretensões de negação de direitos, marginalização e exclusão contra certos grupos são afastadas pelo instrumental constitucional – cujo norte aponta em sentido oposto.

Este, ao lado da ideia que será apresentada a seguir sobre a Constituição como uma síntese dos horizontes de valores vigentes em uma sociedade, é sem dúvida um dos pontos mais polêmicos da formulação ora apresentada. Esta natureza polêmica decorreria da tradicional crítica, de origem liberal e procedimentalista, que entende que a adoção de modelos constitucionais substantivos poderia colidir com o pluralismo social da atualidade. No item seguinte, pretende-se endereçar esta possível crítica.

Antes disso, no entanto, pode-se sintetizar a ideia deste subitem: além de deflagrar a luta social, a Constituição pode também, dentro de um paradigma do reconhecimento, ser tida como instrumento da própria luta. Ela assim será, entre outras possíveis formulações, quando forneça mecanismos que garantam uma permeabilidade institucional às demandas já postas e também àquelas ainda não postas na esfera pública<sup>87</sup>; e, também, quando sirva ela mesma como um instrumento de legitimação ou deslegitimação destas demandas, atuando como verdadeira bússola do reconhecimento que impõe limites emancipatórios às reivindicações postas.

### ***A constituição como ponto de chegada das lutas sociais: horizontes de valores constitucionais em um sentido emancipatório***

Um constitucionalismo do reconhecimento, nos termos em que se tem apresentado neste trabalho, entende que as lutas sociais contemporâneas podem gravitar em torno do próprio fenômeno Constitucional. Significa que elas surgem a partir da Constituição, desenvolvem-se pela Constituição e almejam a mesma Constituição. Neste último sentido é que se pode falar na Constituição também como um ponto de chegada das lutas sociais.<sup>88</sup>

---

mal deve ser entendida como um ideal normativo em que padrões de reconhecimento específicos permitem aos indivíduos adquirir a autoconfiança, autorrespeito e autoestima necessários para a plena autorrealização”, razão pela qual sua pretensão emancipatória parece estar longe de dúvidas (PETHERBRIDGE, D. *Axel Honneth: critical essays*. Leiden: Brill, 2011. p. 14).

<sup>87</sup> A ideia de que as instâncias institucionais devem ser dotadas de porosidade ou permeabilidade social foi sustentada, entre outros, por Jane Reis e Juliana Cesário, cf. PEREIRA, J. R. G. *Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão*. Juris Poiesis, n. 17, 2014. Disponível em: <<https://works.bepress.com/jane-reis/5/>>. Acesso em: 20/03/2017; e GOMES, J. C. A. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*.

<sup>88</sup> Especificamente no caso brasileiro, esta busca pela constitucionalização das reivindicações coletivas e individuais é revelada pelo que Oscar Vilhena Vieira denominou seu compromisso

Dizer que a Constituição é um ponto de chegada não é afirmar que existe algo como um projeto constitucional acabado, ou como um estado de perfeição constitucional. Pelo contrário, precisamente porque o movimento de expansão social e objetiva da Constituição é constante, pode-se dizer que o ponto de chegada a que almejam os movimentos sociais está a todo tempo avançando (ou retrocedendo) com relação às suas reivindicações. Em realizada, diz-se, aqui, que a Constituição é ponto de chegada para significar duas ideias.

A primeira ideia é a de que aquilo que almejam os movimentos sociais é (r) estabelecer um reconhecimento constitucional negado. Ou, em outras palavras, é fazer valer as pretensões normativas que eles extraíram da Constituição, a partir de interpretações que desenvolveram, de demandas que lograram apresentar na esfera pública (inclusive institucionalmente) e que se compatibilizaram com o norte emancipatório constitucional. Sendo assim, o coroamento deste processo de luta não pode ser, senão, o reconhecimento solidário, social e institucional, de que o significado constitucional abarca as demandas formuladas por estes movimentos. Ou seja, é a institucionalização ou a difusão, na sociedade, da percepção de que a interpretação constitucional levada a efeito por determinado movimento é correta que revela um sucesso de dada luta por reconhecimento.

Esta institucionalização pode se dar por diversos mecanismos: ela pode ser, afinal, formal – quando ocorrem alterações propriamente ditas no texto constitucional, por meio de emendas constitucionais ou pela incorporação de tratados internacionais de direitos humanos (no caso brasileiro) – ou puramente material (ou informal) – quando a incorporação das reivindicações sociais se dá por meio de uma alteração quanto à interpretação constitucional dominante, configurando-se o fenômeno da mutação constitucional.<sup>89</sup>

Reitera-se, mais uma vez, que a conquista de um reconhecimento constitucional de demandas formuladas por movimentos sociais não implica um fim da história ou um ponto de chegada definitivo que estabelece que nada mais resta pelo que lutar. Em realidade, um mesmo objetivo de emancipação pode esconder reivindicações conflitantes entre si. Tome-se, por exemplo, a discussão sobre o

---

maximizador, no sentido de que “todos os setores que foram capazes de se articular no processo constituinte [tiveram] satisfeita ao menos parcela de seus interesses”. VIEIRA, O. V. Do compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: VIEIRA, O. V. et al. *Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*, São Paulo: Direito GV, 2013. p. 18.

<sup>89</sup> De acordo com Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, “a mutação constitucional consiste em processo informal de mudança da Constituição, que ocorre quando surgem modificações significativas nos valores sociais ou no quadro empírico subjacente ao texto constitucional, que provocam a necessidade de adoção de uma nova leitura da Constituição ou de algum de seus dispositivos” (SOUZA NETO, C.; SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 339).

casamento homoafetivo – que é tido, de um lado, como pauta emancipatória para parcela do movimento LGBT e, de outro, como uma reivindicação indevida, que sujeita aquele grupo às opressões das práticas heteronormativas vigentes.<sup>90</sup>

Sem ignorar, portanto, estas lutas internas quanto ao significado de emancipação social, fato é que um modelo de constitucionalismo do reconhecimento identifica na Constituição um papel fundamental de “alvo” das lutas por reconhecimento.

Isto tampouco pode significar, no entanto, uma redução por completo de toda luta por reconhecimento a uma luta por reconhecimento jurídico. Repita-se o que já foi dito: o Direito tem um especial papel emancipatório na medida em que pode abarcar pretensões por reconhecimento formuladas não só no âmbito das lutas por autorrespeito, como também por autoconfiança e autoestima. No entanto, o Direito não pode tudo – de modo que haverá lutas que apenas se poderão travar fora dos limites do jurídico.

Dito isso, há um segundo sentido pelo qual se pode conceber, dentro do paradigma que estou propondo, a Constituição com um ponto de chegada das lutas sociais por reconhecimento. Trata-se da ideia de que as diversas lutas por reconhecimento, ao gerar uma expansão social e objetiva da Constituição, são capazes também de constituir um horizonte compartilhado de valores constitucionais. Em outras palavras, a Constituição pode ser considerada um ponto de chegada na medida em que estabelece também os valores reconhecidos em uma sociedade, sempre a partir da luta e à luz de um ideal emancipatório, gerando não só efeitos sobre o autorrespeito dos indivíduos, como também sobre sua autoestima (enquanto valorização de formas de vida e de autorrealização pessoal).<sup>91</sup>

Aqui, novamente, torna-se inevitável enfrentar a crítica fortemente trazida pela tradição liberal e procedimentalista – já adiantada anteriormente – que refuta a tese de que um ordenamento social deva trazer em si ideias sobre vida boa, valiosa, correta. Uma formulação adequada desta crítica apontaria que conceber a Constituição como uma ordem de valores implica diversos riscos para o pluralismo e para o respeito à diversidade em sociedades cada vez mais marcadas pela conjugação de diversas “doutrinas abrangentes”, para empregar a expressão de Rawls. Incorporar ao ordenamento constitucional valores substantivos sobre que formas

---

<sup>90</sup> Sobre o tema, confira-se, mais uma vez, CARDINALI, D. C. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*.

<sup>91</sup> A ideia de uma Constituição como um documento que não é axiologicamente neutro foi identificada pela Corte Constitucional Alemã no famoso caso Lüth. Naquela ocasião, a Corte afirmou que a Constituição “não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico [...] [e que] estabeleceu também, em seu capítulo de direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo” (MARTINS, L. (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005. p. 381).

de vida devem ser preservadas e valorizadas gera, assim, um risco de autoritarismo cuja maneira mais perniciosa é a do perfeccionismo moral.

Uma resposta a esta formulação, no entanto, foi posta por autores como Taylor, que identificaram no procedimentalismo (especialmente o de matriz liberal) uma tentativa vã de despegar as comunidades do rico sistema de valores que necessariamente são compartilhados pelos grupos sociais que as integram. Para Taylor, não é possível pensar o ordenamento social sem atenção às concepções de bem compartilhadas na sociedade – de maneira que mesmo a pretensa neutralidade liberal está imbuída de considerações éticas, referentes aos valores devem ser cultivados em uma sociedade (por exemplo, liberdade, participação política etc.).<sup>92</sup>

Não se pode negar razão a quaisquer dos lados. Pensar a Constituição como uma ordem de valores implica indagar “que valores?”. Pouca preocupação poderia haver se a resposta a esta questão fosse “os meus valores” – mas quando são os valores do outro que encontram arrimo constitucional, algum tipo de desconforto teórico pode surgir. Em outras palavras, o risco do perfeccionismo moral e da imposição de valores não compartilhados pode se desenvolver a partir desta concepção.

De outro lado, a tentativa de formular uma Constituição “fraca” em valores não só é socialmente improvável – visto que as sociedades construirão seus ordenamentos constitucionais à luz de suas cosmovisões razoavelmente compartilhadas – como parece ser historicamente superada. Assim, salvo poucos modelos como o americano, o constitucionalismo contemporâneo colhe diversos exemplos de constitucionalização do reconhecimento de certos valores e do respeito e promoção de determinadas formas de viver.<sup>93</sup>

O que parece necessário, neste debate, é amarrar algumas ideias já desenvolvidas neste texto em favor de um ponto comum. Falar na Constituição como ponto de chegada, no sentido de que ela passa a revelar um horizonte compartilhado de valores constitucionais, não pode ter um sentido autoritário e perfeccionista. Como já visto, o norte da expansão constitucional, no paradigma do reconhecimento, é a emancipação social, que só pode ser atingida por meio da pluralização dos horizontes de valores, e não da imposição de valores de uns grupos sobre outros.

É dizer: a cristalização das lutas por reconhecimento na Constituição implica uma expansão progressiva do reconhecimento dos diversos valores e formas

---

<sup>92</sup> TAYLOR, C. *The politics of recognition*, p. 62.

<sup>93</sup> O próprio caso da Constituição de 1988 revela este aspecto no constitucionalismo brasileiro, ao promover a proteção de certas culturas e *modus vivendi*, como no caso da proteção de povos indígenas e de comunidades remanescentes de quilombos.

de vida que constituem uma sociedade, exclusivamente na medida em que isso aponte para uma emancipação crescente. Não se trata de constitucionalizar valores que oprimam outros grupos, e sim aqueles que permitam que mais e mais indivíduos, em cada vez mais reivindicações, possam encontrar na Constituição os fundamentos para se estimarem mutuamente em suas diversas formas de vida. A solidariedade é assim promovida em razão de a Constituição converter-se em referencial não só jurídico, como também social.

É apenas neste sentido que Honneth desenvolveu a ideia de uma eticidade formal, mas que também pode ser extraído de uma leitura de Taylor em favor da pluralização dos horizontes de valor, que se pode conceber uma sociedade que encontra na Constituição um núcleo gravitacional das lutas por reconhecimento emancipatório.

### **AS CONCLUSÕES POSSÍVEIS PARA UM DEBATE QUE SE INICIA**

Sem prejuízo das diversas ideias desenvolvidas neste texto, buscou-se aqui alcançar três principais objetivos: nivelar, a partir de conceitos básicos, a discussão acerca das teorias do reconhecimento a partir de suas principais formulações; identificar como estas teorias tem sido empregadas pelo ordenamento jurídico; e apresentar uma proposta sobre como estas teorias poderiam ser adotadas sob a perspectiva da filosofia constitucional.

Por certo, não se pode dizer que qualquer ideia ou formulação tenha sido completamente cimentada neste texto. A própria discussão acerca das teorias do reconhecimento segue viva atualmente – sendo certo que não só diversos autores, como até mesmo os mencionados neste texto continuam reformulando suas propostas e premissas. Da mesma forma, deve-se estar ciente de que muitas das ideias aqui postas já foram apresentadas por diversas matrizes filosóficas distintas (como o procedimentalismo, o republicanismo, o comunitarismo e tantas outras).

Se algo de novo se pode extrair deste estudo (e acredita-se que o possa ser), no entanto, é que há algo de importante para se absorver das teorias do reconhecimento (mesmo que não exclusivamente delas). Pensadas da forma como desenvolvidas neste texto, este paradigma filosófico permite conferir um papel forte para a Constituição enquanto núcleo gravitacional das transformações sociais. A Constituição, como visto, pode ser pensada a partir desta matriz filosófica como um espaço de luta que deflagra as reivindicações sociais, que direciona estas mesmas reivindicações e que se transforma a partir destas reivindicações.

Em tempos de crise política e social, nos quais a esperança no projeto constitucional é posta em xeque, as teorias do reconhecimento podem reforçar a crença de que há que se proteger e apostar ainda mais uma vez na Constituição. Não como uma mera norma jurídica distante, nem como um pedaço de papel, mas como uma inspiração, uma razão e um objetivo pelo qual vale a pena lutar.

## REFERÊNCIAS

- ARBOS, K. L.; SOUZA FILHO, C. F. M. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasileira, v. 7, n. 1, p. 55-75, jan./jun. 2010.
- BARROSO, L. R. Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, v. 16, maio/jun./ago. 2007.
- BARROSO, L. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo III. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, L. *Temas de Direito Constitucional*. Tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BRITT, L.; HEISE, D. From shame top ride in identity politics. In: S. STRYKER *et al.* *Self, Identity and Social Movements*. Minneapolis: University of Minnesota, 2000.
- CARDINALI, D. C. *A judicialização dos direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.
- CORBO, W. Discriminação indireta: conceito, fundamentos e uma proposta de enfrentamento à luz da Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- DAMATTA, R. *Carnavais, malandros e heróis: para uma sociologia do dilema brasileiro*. 6. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1997.
- FRASER, N. *Da redistribuição ao reconhecimento? Dilemas da justiça na era pós-socialista*. In: SOUZA, J. *Democracia hoje: novos desafios para a teoria democrática contemporânea*. Tradução de Márcia PRATES. Brasília: UnB, 2001.
- FRASER, N. Debate: Recognition or redistribution? A critical reading of iris young's justice and the politics of difference. *The Journal of Political Philosophy*, v. 3, n. 3, p. 166-180, 1995.
- FRASER, N., Reconhecimento sem ética? In: SOUZA, J.; MATTOS, P. *Teoria crítica no século XXI*. São Paulo: Annablume, 2007.
- FRASER, N.; HONNETH, A. *Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange*. London: Verso, 2004.
- GOMES, J. C. A. *Por um constitucionalismo difuso: cidadãos, movimentos sociais e o significado da Constituição*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2014.
- HESSE, K. La fuerza normativa de la constitución. In: HESSE, K. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.
- HONNETH, A. *Luta por reconhecimento*. Tradução de Luiz REPA. São Paulo: 34, 2003.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 1979.
- MAIA, A. C.; MENEZES, T. Republicanismo contemporâneo, constituição e política. In: SARMENTO, D. (Coord.). *Filosofia e Teoria Constitucional Contemporânea*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- MARTINS, L (Org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer, 2005.
- PATEMAN, C. *O contrato sexual*. Tradução de Marta Avancini. São Paulo: Paz e Terra, 1993.
- PEREIRA, J. R. G. Representação democrática do Judiciário: reflexões preliminares sobre os riscos e dilemas de uma ideia em ascensão. *Revista Juris Poiesis*, n. 17, 2014. Disponível em: <<https://works.bepress.com/janereis/5/>>. Acesso em: 20/03/2017.
- PETHERBRIDGE, D. *Axel Honneth: Critical Essays*, Leiden: Brill, 2011.

PIOVESAN, F.; SILVA, R. B. D. Igualdade e diferença: o direito à livre orientação sexual na Corte Europeia de Direitos Humanos e no Judiciário brasileiro. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *20 da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?* Rio de Janeiro: Forense, 2008.

RAWLS, J. *O liberalismo político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo e Álvaro de Vita. 2. ed. São Paulo: Ática, 2000.

SARLET, I. W. As dimensões da *Dignidade da pessoa humana*: construindo uma compreensão jurídico- constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n. 9, jan./jun. 2007.

SARMENTO, D. A igualdade étnico-racial no direito constitucional brasileiro: discriminação “de facto”, teoria do impacto desproporcional e ação afirmativa. In: SARMENTO, D. *Livres e iguais: estudos de direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, D. *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, C. T. A. *Por um constitucionalismo feminista: reflexões sobre o direito à igualdade de gênero*. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2016.

SPAREMBERGER, R. F. L.; COLAÇO, T. L. Direito e identidade das comunidades tradicionais – do direito do autor ao direito à cultura. *Liinc em Revista*. Rio de Janeiro, v. 7, n. 2, p. 681-700, 2011.

SOUZA NETO, C. SARMENTO, D. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SUNSTEIN, C. *Why nudge: the politics of libertarian paternalism*. New Haven: Yale University, 2014.

TAYLOR, C. A free, independent Quebec in a strong, United Canada. *Review of the Challenge to English Canada Le Défi Québécois*, Christian Dufour. *Compass*, n. 8, maio 1990.

TAYLOR, C. *The ethics of authenticity*. Cambridge: Harvard University, 1991.

TAYLOR, C. The politics of recognition. In: TAYLOR, C. *Multiculturalism*. New Jersey: Princeton University Press, 1994.

VIEIRA, O. V. Do Compromisso maximizador ao constitucionalismo resiliente. In: VIEIRA, O. V. *et al. Resiliência constitucional: compromisso maximizador, consensualismo político e desenvolvimento gradual*. São Paulo: Direito GV, 2013.

ZURN, C. F. Anthropology and normativity: a critique of Axel Honneth’s “formal conception of ethical life”. *Philosophy Social Criticism*, v. 26, n. 1, p. 115-124, 2000.

ZURN, C. F. Group balkanization or societal homogenization: is there a dilemma between recognition and distribution struggles? *Public Affairs Quarterly*, v. 18, n. 2, 2004.

ZURN, C. Identity or status? Struggles over ‘recognition’ in Fraser, Honneth, and Taylor. *Constellations*. Oxford, 10, n. 4, 2003.

Data de recebimento: 13/06/17

Data de aprovação: 18/12/17

# FRAGMENTOS DE CONSTITUIÇÃO E TRANSCONSTITUCIONALISMO: CENÁRIOS ATUAIS DA TEORIA CONSTITUCIONAL

## FRAGMENTS OF CONSTITUTION AND TRANSCONSTITUTIONALISM: CURRENT SCENARIOS OF CONSTITUTIONAL THEORY

*Bernardo Leandro Carvalho Costa\**

*Leonel Severo Rocha\**

### RESUMO

---

O presente trabalho tem por objetivo apresentar cenários atuais do constitucionalismo a partir de duas perspectivas. Para tal análise, será utilizada a metodologia sistêmica de Niklas Luhmann, evidenciando sua influência nos estudos atuais acerca da sociologia do constitucionalismo. Nessa proposta, inicialmente será demonstrada a diferença entre as perspectivas normativista e sociológica para observar o constitucionalismo. Em um segundo momento, será demonstrado o cenário de fragmentação constitucional descrito por Teubner, apontando seus problemas e possíveis soluções. Em um terceiro momento, far-se-á uma descrição dos problemas comuns de ordem global apresentados por Neves, bem como sua proposta em teoria constitucional: o transconstitucionalismo. Em aportes conclusivos, será demonstrada a aproximação entre os autores explorados ao longo do texto a partir de uma perspectiva teórica comum: a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann.

**Palavras-chave:** Fragmentos constitucionais; Transconstitucionalismo; Teubner; Neves; Luhmann.

---

\* Mestrando em Direito Público pelo Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: bernardoleandro@me.com.

\*\* Doutor em Direito pela *Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales* de Paris, com estudos de Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela *Universita degli Studi di Lecce*; Coordenador do Programa de pós-graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio dos Sinos. E-mail: leonel@unisinos.br.

## ABSTRACT

---

This article proposes to present current scenarios of constitutionalism through two perspectives. To this analyze will be used the systemic Niklas Luhmann's methodology, showing his influence in sociology of constitutions studies. In this propose, initially will be demonstrated the differences between normative and sociologic analysis. Secondly, will be demonstrated the constitutional fragment scenario described by Teubner, appointing the problems and possible solutions. After, will be described of common problems in global order presented by Neves, appointing his propose in constitutional theory: the transconstitutionalism. In conclusion, will be demonstrated the approaches between the two writers presented during the article through a common theory perspective: the Luhmann's social system theory.

Keywords: Constitutional Fragments; Transconstitutionalism; Teubner; Neves; Luhmann.

## INTRODUÇÃO

Em um cenário de ordem global funcionalmente diferenciada, o que Luhmann<sup>1</sup> classifica como sociedade mundial, fazem-se necessárias novas leituras da teoria constitucional.

Diante do papel insuficiente da teoria tradicional do constitucionalismo moderno para a constatação da existência de novos atores no contexto mundial, bem como para o deslocamento dos centros de tomada de decisão do âmbito limitado dos Estados Nacionais, é de suma importância o trabalho de autores que se dedicam ao estudo da sociologia das constituições, ramo de intersecção entre sociologia sistêmica e teoria constitucional.

Nessa transição, necessário se faz atentar para as diferentes matrizes da teoria jurídica, pontos de partida para observar a teoria do Direito.

Na classificação proposta por Rocha<sup>2</sup>, já revisitada e atualizada<sup>3</sup>, destaca-se a necessária transição da matriz analítica, de cunho normativista, para uma perspectiva pragmático-sistêmica, com ênfase na organização.

Tal transição também é demonstrada por Bobbio<sup>4</sup>, que destaca a transição da estrutura à função na teoria do Direito. Referida trajetória teórica passa a ser

---

<sup>1</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>2</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

<sup>3</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, RS, v. 5, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>4</sup> BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.

o ponto de partida de autores que vêm desenvolvendo os principais aspectos da sociologia do constitucionalismo<sup>5</sup>.

Levando em conta essa necessária transição também no âmbito da teoria constitucional, o presente trabalho, partindo de uma análise a partir da matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea e da sociologia das constituições, tem por objetivo apresentar cenários atuais do constitucionalismo a partir de duas perspectivas: a fragmentação constitucional e o transconstitucionalismo entre ordens jurídicas.

Para tal, após uma diferenciação das perspectivas normativista e sociológica do constitucionalismo, serão explorados os estudos de Teubner<sup>6</sup> e Neves<sup>7</sup> acerca de problemas que envolvem o atual cenário do constitucionalismo em um contexto global.

Em um primeiro momento, será demonstrado o que Teubner<sup>8</sup> concebe por fragmentação constitucional, elencando os problemas e alternativas destacados nesta proposta.

Na sequência, a proposta transconstitucional de Neves<sup>9</sup> será demonstrada, partindo-se do problema que motiva a sua elaboração teórica e chegando à solução encontrada no atual contexto global.

O problema a ser explorado possui relação com temas abordados por ambos os autores: a fragmentação constitucional e a insuficiência teórica em observar a teoria constitucional atual a partir de pressupostos teóricos que necessitam de complementação.

A partir da problemática elencada, serão apontados os modos como ambos os autores propõem superar a problemática da fragmentação constitucional e complementar pontos de vista teóricos anteriores para uma observação adequada dos novos problemas que envolvem o constitucionalismo.

Como hipótese ao problema levantado, será demonstrado o modo como ambos os autores apresentam soluções alternativas para a superação da fragmentação constitucional: constitucionalismo social (Teubner)<sup>10</sup> e transconstitucionalismo.

---

<sup>5</sup> Nesse sentido: Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011; FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.

<sup>6</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>7</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>8</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>9</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>10</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

nalismo (Neves),<sup>11</sup> bem como demonstram a insuficiência de teorias anteriores para observar os problemas atuais que envolvem o cenário global.

Assim, em aportes conclusivos, será evidenciada a necessária aproximação entre autores que partem de uma perspectiva comum teórica (a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann<sup>12</sup>) e elucidam os problemas levantados a partir de uma matriz teórica comum: a matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica.

A metodologia utilizada para a elaboração do trabalho será a sociologia sistêmica de Luhmann,<sup>13</sup> matriz teórica comum entre os dois principais autores citados (Teubner<sup>14</sup> e Neves<sup>15</sup>). O método de procedimento será o de documentação indireta, incluindo revisão de bibliografia nacional e estrangeira.

## PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS: A SOCIOLOGIA DO CONSTITUCIONALISMO

Por constitucionalismo, tradicionalmente se considera a técnica de limitação do poder do Estado por meio de um documento único: uma Constituição.<sup>16</sup> Tal perspectiva, utilizada para a análise de limites formais e materiais em relação à estrutura estatal, incluindo direitos fundamentais e mecanismos para o exercício de controle do poder soberano, é classificada em estudos recentes acerca da sociologia do constitucionalismo como normativista,<sup>17</sup> diretamente ligada à matriz analítica da teoria jurídica.<sup>18</sup>

No presente trabalho, buscar-se-á traçar a diferença entre as perspectivas normativista e sociológico-sistêmica para observar o constitucionalismo.

Na perspectiva normativista, costumam-se apontar em uma linha histórica os diferentes textos constitucionais que formam a histórica do constitucionalismo. Nessa observação, dá-se ênfase às constituições da Inglaterra, França e dos Estados Unidos, cada qual marcada por um momento revolucionário específico nos referidos países.

---

<sup>11</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>12</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>13</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>14</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>15</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>16</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

<sup>17</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 164.

<sup>18</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, RS, v. 5, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017

Tal proposta de observação do constitucionalismo mostra-se presente, a título de exemplo, na obra de Elster e Slagstad.<sup>19</sup> Em estudo introdutório, Herrera<sup>20</sup> propõe uma definição do constitucionalismo nos seguintes termos: “[...] o marco jurídico impositivo que, a sua vez, limita e cria o poder em suas distintas vertentes por meio de um sistema de pesos e contrapesos”.<sup>21</sup>

Ao longo da citada obra de Elster e Slagstad,<sup>22</sup> a que se utiliza aqui como exemplo de leitura normativista do constitucionalismo, faz-se uma observação do direito constitucional por meio da legislação positivada, do catálogo de direitos que consta em cada um dos diferentes documentos constitucionais analisados. No entremeio da referida análise, é elucidativa a afirmação de Elster:<sup>23</sup> “Qualquer que seja o lado que se adote nessa controvérsia, sem dúvida o constitucionalismo pode ser resumido como regras contra discricionariedade”.<sup>24</sup>

Tal perspectiva de observação do constitucionalismo também é presente na tentativa de definição conceitual de Bobbio:<sup>25</sup>

Costuma-se chamar de constitucionalismo à teoria e à prática dos limites do poder: pois bem, o constitucionalismo encontra a sua plena expressão nas constituições que estabelecem limites não só formais, mas também materiais ao poder político, bem representados pela barreira que os direitos fundamentais, uma vez reconhecidos e juridicamente protegidos, erguem contra a pretensão e a presunção do detentor do poder soberano de submeter à regulamentação todas as ações dos indivíduos ou dos grupos. Em outra análise que parte da mesma perspectiva, o jurista Canotilho<sup>26</sup> propõe a seguinte definição de constitucionalismo moderno: “[...] *técnica específica do poder com fins garantísticos.*” (grifo do autor).

---

<sup>19</sup> ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 7.

<sup>20</sup> “[...] *el marco jurídico obligado que limita y crea a la vez el poder en sus distintas vertientes, con un sistema de pesos y contrapesos.*” HERRERA, Alejandro. Estudio introductoria. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 7.

<sup>21</sup> HERRERA, Alejandro. Estudio introductoria. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 7.

<sup>22</sup> ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 7.

<sup>23</sup> ELSTER, Jon. Acerca de los colaboradores: aspectos introdutórios. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 38.

<sup>24</sup> “*Cualquiera que sea el lado que se adopte en esta controversia, sin duda un bando del constitucionalismo se puede resumir como “reglas contra discrecionalidad”.*” ELSTER, Jon. Acerca de los colaboradores: aspectos introdutórios. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: Fondo de Cultura Económica, 1999. p. 38.

<sup>25</sup> BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade*: por uma teoria geral da política. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987. p. 101.

<sup>26</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: 2003. p. 51-52.

Nessa linha, ressalta o que conceitua como constituição moderna:

Por constituição moderna entende-se a ordenação sistemática e racional da comunidade política através de um documento escrito no qual se declaram as liberdades e os direitos e se fixam os limites do poder político. Podemos desdobrar este conceito de forma a captarmos as dimensões fundamentais que ele incorpora: (1) ordenação jurídico-política plasmada num *documento escrito*; (2) declaração, nessa carta escrita, de um conjunto de *direitos fundamentais* e do respectivo modo de *garantia*; (3) organização do poder político segundo esquemas tendentes a torná-lo um *poder limitado e moderado*. (grifo do autor).

Diferenciando-se da perspectiva acima apresentada, uma série de autores tem se debruçado acerca de estudos ligados à sociologia do constitucionalismo. Em tal proposta, parte-se de uma análise com fulcro na matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica para observar a teoria constitucional por meio das relações entre os diferentes sistemas no âmbito do sistema social. Nessa linha de pensamento, o fundo metodológico é a Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann.<sup>27</sup>

Essa proposta, diferenciando-se da perspectiva anterior, a que denominamos de normativista, pode ser considerada como sociologia do constitucionalismo.<sup>28</sup> A posição inicial é fornecida pelo conceito de sistema social de Luhmann,<sup>29</sup> considerando-se a sociedade como um amplo sistema que abrange toda a comunicação possível no mundo. A partir dessa consideração, parte-se para a concepção de diferenciação funcional da sociedade, por meio de seus diferentes sistemas sociais. Nesta observação, são destacados os sistemas do Direito e da Política, que, a partir de uma ponte de ligação que os conecta (acoplamento estrutural) possibilitam a observação da Constituição na teoria sistêmica.<sup>30</sup>

Nesta perspectiva, as relações entre os sistemas da Política e do Direito – entre outras – realizadas no âmbito da sociedade mundial são o objeto de análise da sociologia do constitucionalismo.<sup>31</sup>

Em tal linha de estudos, uma série de autores tem se destacado. Na tentativa de um enquadramento metodológico acerca da sociologia do constituciona-

---

<sup>27</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 40.

<sup>28</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>29</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 40.

<sup>30</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002.

<sup>31</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 40.

lismo, é fundamental o trabalho de Thornhill.<sup>32</sup> Sua proposta parte de uma análise construída a partir do método denominado funcionalismo histórico, abrangendo o funcional estruturalismo de Luhmann,<sup>33</sup> e, por meio dessa metodologia, uma leitura histórica do fenômeno constitucional.

Na diferença elucidada acima, entre as análises normativista e sociológica, da qual se parte para a elaboração do presente trabalho, Thornhill<sup>34</sup> é elucidativo. A análise normativa concentra-se no aspecto generalizado da legitimidade. Observa, geralmente, a legitimidade como um atributo do sistema político apto a providenciar justificativas gerais e racionais para o referido sistema, a partir da descrição de documentos escritos, seja por meio da análise de constituições, direitos constitucionais ou demais atos legislativos. A análise histórico-sociológica foca no aspecto fático da legitimidade. Sustenta que o sistema político mantém legitimidade por meio do monopólio objetivo do poder, observando a legitimidade (e o poder) como objetos simbólicos, generalizados pelo sistema da política, não por causa de seu conteúdo substancial, mas em referência aos padrões sociais de determinada sociedade<sup>35</sup> (tradução livre).

Thornhill<sup>36</sup> bem destaca a distinção entre as referidas perspectivas, que se aproximam da classificação de Rocha<sup>37</sup> acerca das matrizes da teoria jurídica. Nessa mesma linha é o recente trabalho de Febbrajo.<sup>38</sup>

---

<sup>32</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>33</sup> LUHMANN, Niklas. *El derecho de la sociedad*. Tradução de Javier Torres Nafarrate. Ciudad de México, 2002. p. 40.

<sup>34</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 164.

<sup>35</sup> “Normative analysis concentrates on the generalized aspect of legitimacy. It sees legitimacy as the attribute of a political system able to provide nationally generalized justifications for itself and to reflect such justifications, usually by means of a constitution and constitutional rights, in all its legislative acts. Historical-sociological analysis focuses on the factual aspect of legitimacy. It argues either that a political system maintains legitimacy through its objective monopoly of social power, or it sees legitimacy as a symbolic commodity, which a political system generalizes, not because of its substantive content, but through reference to the belief patterns or the social structure of a given society.” Thornhill, Chris. *Towards a historical sociology of constitutional legitimacy*. *Theory and Society*. [S.l.]. v. 37, n. 2, p. 164.

<sup>36</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>37</sup> ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, RS, v. 5, n. 2, jul./dez. 2013. Disponível em: <<http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

<sup>38</sup> FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.

Além de Thornhill<sup>39</sup> e Febbrajo,<sup>40</sup> os trabalhos de Teubner<sup>41</sup> acerca da fragmentação constitucional, e o de Neves<sup>42</sup> sobre o transconstitucionalismo, podem ser enquadrados nessa linha sociológica de estudos do fenômeno constitucional.

Partindo desse ponto de observação, buscar-se-á, nos itens seguintes, fazer uma síntese dos trabalhos de Teubner<sup>43</sup> e Neves,<sup>44</sup> cujo intuito será enquadrá-los nessa perspectiva sociológica de estudos da teoria constitucional.

## FRAGMENTOS DE CONSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE MUNDIAL

A proposta de Teubner<sup>45</sup> para descrever o atual cenário da teoria constitucional é fortemente influenciada pela sociologia sistêmica de Luhmann.<sup>46</sup> Nesse sentido, seu trabalho se enquadra em uma leitura feita a partir da matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica contemporânea.<sup>47</sup>

Da influência sistêmica, Teubner<sup>48</sup> utiliza fortemente um dos conceitos fundamentais da teoria de Luhmann:<sup>49</sup> o de sociedade mundial.

Considerando a sociedade não mais como um conjunto de indivíduos, mas como espaço de comunicação, Luhmann<sup>50</sup> descreve a sociedade mundial como o ambiente que abarca toda a comunicação possível no mundo; ponto a partir do qual, quando se fala de sociedade em Luhmann,<sup>51</sup> está-se considerando o mundo como um todo, sem destacar, em um primeiro momento, as diferenças regionais. Essa perspectiva é exemplificada, na descrição de Nafarrate,<sup>52</sup> como galáxia da comunicação.

<sup>39</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011.

<sup>40</sup> FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.

<sup>41</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>42</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>43</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>45</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>46</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>47</sup> ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

<sup>48</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>49</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>50</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

<sup>51</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

<sup>52</sup> NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Lua Nova, n. 51, p. 144-161, 2000.

Perspectiva diversa a partir da teoria de Luhmann<sup>53</sup> é explorada por Marcelo Neves<sup>54</sup> (em trabalho anterior) e Aldo Mascareño,<sup>55</sup> com destaque para as diferenças regionais no âmbito da Teoria dos Sistemas Sociais<sup>56</sup>.

A partir da sociedade mundial, Teubner<sup>57</sup> delimita o foco (amplo foco) em que fará sua análise de um dos pontos atuais do constitucionalismo: a fragmentação constitucional. Falando de comunicação e não mais de indivíduos enquanto contexto social, portanto, Teubner,<sup>58</sup> a exemplo de Luhmann,<sup>59</sup> justifica sua proposta fundada em uma matriz “[...] complexa, não naturalizada e pós-ontológica da sociedade e de suas normas”.

Ao lado da concepção de sociedade mundial, por vezes chamada de sociedade global, o conceito luhmanniano de diferenciação funcional é de suma importância para a teorização de Teubner,<sup>60</sup> especialmente para caracterizar o que concebe por globalização.

Para Luhmann,<sup>61</sup> há uma evolução social histórica demonstrando que, a partir de determinado momento (final do século XVIII na Europa), a comunicação que caracteriza a sociedade passa a ser organizada por meio de diferentes sistemas, cada qual encarregado de selecionar um tipo de comunicação específica (Direito, política, religião, economia, entre outros). Já em Teubner,<sup>62</sup> a globalização se desenvolve em concomitância ao processo de diferenciação funcional, que, iniciado na Europa e na América do Norte, passou, a partir da globalização, a ser observável em uma perspectiva mundial.

Para Teubner,<sup>63</sup>

---

<sup>53</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>54</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

<sup>55</sup> MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y contingencia en América Latina*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010.

<sup>56</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>57</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>58</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

<sup>59</sup> LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.

<sup>60</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>61</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>62</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

<sup>63</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 70.

A diferenciação funcional da sociedade não é uma questão de decisão política fundamental, mas sim um processo evolutivo complicado, no qual distinções diretivas fundamentais se cristalizam gradualmente e instituições especializadas se formam de acordo com sua lógica própria.

Nesse cenário de globalização (diferenciação funcional espalhada por todo o globo terrestre), Teubner<sup>64</sup> afirma que alguns dos sistemas mencionados por Luhmann<sup>65</sup> (religião, ciência e economia) se estabeleceram facilmente em nível mundial. Por outro lado, os sistemas da política e do Direito – pontos centrais em sua análise – permanecem como esferas a serem observadas no contexto dos Estados Nacionais.

A partir dessa consideração, surge a problemática abordada por Teubner:<sup>66</sup> “[...] como os sistemas parciais podem adquirir maior grau de autonomia no plano global, caso não haja instituições político-jurídicas que apoiem esse processo?”

Na teoria sociológica de Luhmann,<sup>67</sup> base para a proposta de Teubner, os sistemas sociais caracterizam-se, no seu âmbito de individualidade, além da seleção de um tipo de comunicação específica, por dois tipos de função: uma função comum e outra específica. A função comum dos sistemas sociais é reduzir a complexidade no contexto da sociedade mundial. A função específica varia de sistema para sistema. A do sistema do Direito é estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis; a do sistema da política é tomar decisões coletivamente vinculantes.<sup>68</sup>

Levando-se em conta a função específica de cada sistema e a capacidade de selecionar os elementos (comunicação) que formam o seu interior, Luhmann<sup>69</sup> considera que os diferentes sistemas sociais são “autopoieticos”, ou seja, capazes de produzir/selecionar os elementos que o compõem por meio da autonomia que lhes é própria.

Nesse cenário, é possível elucidar a problemática proposta por Teubner.<sup>70</sup> Se, por um lado, os sistemas sociais com maior capacidade de reprodução a nível

---

<sup>64</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 91.

<sup>65</sup> LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociais: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998.

<sup>66</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 92.

<sup>67</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>68</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>69</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>70</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

mundial são dotados de autonomia (religião, ciência e economia) e, portanto, capazes de selecionar seus próprios elementos e exerceram sua função específica a nível global, por outro lado, sistemas como Direito e política encontram-se majoritariamente limitados ao âmbito de atuação dos Estados Nacionais, fato que lhes impede o exercício pleno das funções que os caracterizam.

Assim, uma vez que o sistema da política, cuja função é tomar decisões coletivamente vinculantes utilizando-se de um meio de comunicação simbolicamente generalizado (poder),<sup>71</sup> e o Direito, encarregado de estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis, estão limitados ao âmbito dos Estados Nacionais, os demais sistemas citados por Teubner<sup>72</sup> (religião, ciência e economia) possuem maior capacidade de expansão. Esse é o ponto central da problemática de Teubner.<sup>73</sup>

Com base nesses fatos, Teubner<sup>74</sup> destaca que, com o surgimento de regimes transnacionais, os processos políticos de poder (código de sistema da política) deslocaram-se para as mãos de atores coletivos privados. Assim, o contexto de análise constitucional não pode mais ser calcado na centralidade de Estado e política. Tal perspectiva justifica o âmbito de estudos da sociologia das constituições.<sup>75</sup>

O sistema da economia é um dos exemplos utilizados por Teubner<sup>76</sup> para caracterizar a tendência expansionista de determinados sistemas sociais ante a ausência da forte presença dos sistemas da política e do Direito no cenário global. Caracterizado pelo código binário lucro/não lucro e utilizando-se do meio de comunicação simbolicamente generalizado do dinheiro, o sistema da economia, como sistema autopoietico, representa um dos sistemas com inclinações expansionistas na sociedade mundial, formando o que Teubner<sup>77</sup> denomina constituição econômica autônoma:

Propriedade, contrato, concorrência, instituições monetárias – essas instituições fundamentais formam, no ordoliberalismo, a constituição econômica autônoma, que não se esgota nas normas do direito consti-

---

<sup>71</sup> LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1992.

<sup>72</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>73</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>74</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 25-26.

<sup>75</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

<sup>76</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

<sup>77</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 74.

tucional estatal, mas sim resulta de uma interação entre autorregulação econômica, conhecimento das ciências econômicas e normatização jurídico-política.

Inicialmente, a conceituação de constituição utilizada por Teubner<sup>78</sup> está diretamente ligada ao conceito de autopoiese explorado por Luhmann,<sup>79</sup> a partir da influência dos estudos biológicos desenvolvidos por Maturana e Varela.<sup>80</sup>

Ao lado das constituições econômicas descritas por Teubner,<sup>81</sup> outras esferas também se autonomizam no cenário global, elucidando suas pretensões de expansão. São as constituições: “[...] da seguridade social, da imprensa, do sistema de saúde e, em alguma medida, também da ciência e da religião”. A tendência expansionista de referidos sistemas, levando-se em conta a desvinculação territorial entre eles e a Constituição (acoplamento estrutural entre Direito e política), forma o que Teubner<sup>82</sup> denomina tensão latente.

Todavia, na constituição econômica está a maior insistência de Teubner<sup>83</sup> para considerar a tendência expansionista de alguns dos sistemas sociais no cenário global. Entre os fatores que determinam a tendência expansionista do sistema da economia, encontra-se a emancipação constitucional da Organização Mundial do Comércio (OMC). Segundo Teubner,<sup>84</sup> referida entidade passou por um processo próprio de constitucionalização caracterizado pelas seguintes direções: “[...] a juridificação da resolução de conflitos, a adoção do princípio da nação mais favorecida, a prevalência das normas comerciais sobre o processo político e a opção da eficácia direta”.

Paralelamente ao sistema da economia, com forte tendência expansionista, outros sistemas dotados de autonomia própria desenvolvem o que Teubner,<sup>85</sup> em um momento inicial, chama de constituições. Um dos exemplos é a constituição da internet, desenvolvida a partir da elaboração de normas da ICANN (*Internet*

---

<sup>78</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

<sup>79</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>80</sup> MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCIA, Francisco J. *El árbol del conocimiento: las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate, 1996.

<sup>81</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 93.

<sup>82</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 27.

<sup>83</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

<sup>84</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

<sup>85</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 112.

*Corporation for Assigned Names and Numbers*), que recorre a legislações de vários países para propor normas de direitos fundamentais com vinculação transnacional. Com base nas peculiaridades do mundo da internet, surge o que Teubner<sup>86</sup> denomina direitos fundamentais da internet.

Após a constatação da formação de diversas ordens jurídicas com características de uma constituição, desenvolvidas a partir de processos de “[...] autoconstitucionalização de ordens globais sem Estado”, Teubner<sup>87</sup> conclui que, ante a diferença em termos de adaptabilidade à diferenciação funcional em escala global (sociedade mundial) dos sistemas com facilidade e tendências para a expansão, a exemplo da economia, e dos sistemas da política e do Direito, que permanecem fortemente ligados ao âmbito nacional, a tradição do constitucionalismo moderno é rompida, apresentando-se um novo contexto no constitucionalismo: o de fragmentação constitucional.<sup>88</sup>

A Constituição como acoplamento estrutural entre os sistemas da política e do Direito – tese de Luhmann para o Estado Nacional – não encontra correspondência no âmbito da sociedade mundial. O que há são “fragmentos de um *common law*”.<sup>89</sup> Partindo da ordem global e comparando o atual momento com a perspectiva tradicional do constitucionalismo, Teubner<sup>90</sup> afirma que “No mar da globalidade, formam-se apenas ilhas de constitucionalidade”.

Nesse contexto, fundam-se autonomamente (autopoiese em Luhmann<sup>91</sup>) diversos sistemas com características de constituições na ordem mundial. Todavia, carecem do suporte dos sistemas do Direito e da política.<sup>92</sup>

Ponto fundamental para a descrição do que Teubner<sup>93</sup> concebe por fragmentação constitucional é a sanção jurídica. Característica fortemente explorada pelo normativismo, principalmente por Kelsen,<sup>94</sup> a sanção jurídica perde força em um

---

<sup>86</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 114.

<sup>87</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107-109.

<sup>88</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

<sup>89</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

<sup>90</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 107.

<sup>91</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>92</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 108.

<sup>93</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>94</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

ambiente de globalização de ordem mundial, na medida em que – de maneira autônoma em relação aos sistemas do Direito e da Política – formam-se diferentes ordens com traços de constituições.

A sanção jurídica, emanada tradicionalmente do sistema do Direito, a partir de um acoplamento estrutural com o sistema da Política, passa a não mais exercer um papel fundamental para o processo de aprendizado sistêmico.<sup>95</sup>

Nesse contexto, a partir da constatação de que existe um ambiente de normatividade com a ausência de um dos pontos fundamentais para o normativismo (a sanção), retoma-se a ideia de não mais normas, mas fragmentos.<sup>96</sup>

Assim, na seara constitucional – principal ponto explorado – regimes transnacionais especializados concorrem, na condição de sujeitos constitucionais, com os Estados Nacionais.<sup>97</sup>

Após a constatação do problema que impulsiona seus estudos em sociologia do constitucionalismo (o atual ambiente de fragmentação constitucional que predomina na ordem mundial), Teubner<sup>98</sup> lança algumas hipóteses para expressar sua contribuição às problemáticas atuais. Inicialmente, questiona se as constituições, baseando-se novamente no acoplamento estrutural entre Direito e política em Luhmann<sup>99</sup>, ainda poderiam limitar as tendências expansionistas dos demais sistemas que formam constituições autônomas na ordem mundial. Essa seria a proposta de um constitucionalismo social, expressão que dá nome ao subtítulo de sua obra, a partir da proposta de integração entre as diferentes ordens.<sup>100</sup>

Como hipótese a uma tentativa de constitucionalismo social, em resposta à fragmentação constitucional, uma das propostas de Teubner<sup>101</sup> é a existência de uma constitucionalização híbrida:

Requer-se, aqui, uma “constitucionalização híbrida”; que forças sociais externas, ou seja, normatizações jurídicas e contrapoder da “sociedade civil” que se constituem paralelamente aos meios de poder estatal e advém de outros contextos – dos meios de comunicação em massa, das

---

<sup>95</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

<sup>96</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 178.

<sup>97</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 267.

<sup>98</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

<sup>99</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>100</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 28.

<sup>101</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161.

discussões públicas, dos protestos espontâneos, dos intelectuais, movimentos sociais, ONGs, sindicatos, profissões e suas organizações —, gerem uma pressão tão massiva sobre os sistemas funcionais expansionistas que são criadas autolimitações internas que realmente funcionam.

Tal proposta de Teubner<sup>102</sup> leva em conta a possibilidade de evolução sistêmica a partir da consideração do que envolve o ambiente de cada um dos sistemas sociais. Assim, para possibilitar intervenções externas em sistemas com tendências expansionistas, deve-se levar em consideração a possibilidade de tradução do que passa no entorno (ambiente do sistema), possibilitando, assim, uma automodificação. O objetivo, na proposta de Teubner,<sup>103</sup> é fazer com que impulsos externos (políticos, jurídicos e sociais) culminem em mudanças na constituição interna dos diferentes sistemas; algo próximo do que Luhmann concebe por irritação.

A partir de “pressões por aprendizagem” (irritação), segundo Teubner,<sup>104</sup> são possíveis os processos de tradução que “[...] transpõem as fronteiras sistêmicas; emerge uma circulação de perturbação recíproca entre atos jurídicos, pressões de poder político e social, [...]”.

Após elencar uma das possibilidades do constitucionalismo social, Teubner<sup>105</sup> retoma as definições de Constituição que tomam parte de sua obra.

Inicialmente, cabe destacar que o conceito de Constituição trabalhado por Teubner<sup>106</sup> em um primeiro momento se aproxima do conceito de autopoiese na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann<sup>107</sup>. A partir dessa concepção, é baseada a afirmação de que existem diversas constituições independentes dos sistemas da política e do Direito na ordem global.

Avançando, colocam-se algumas condições para a adequada formação de constituições globais. São elementos essenciais para que se possa falar, nos sentidos jurídico-sociológico e jurídico-técnico de “[...] uma constituição política global, de uma constituição econômica global, de uma constituição global

---

<sup>102</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

<sup>103</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

<sup>104</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

<sup>105</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 163.

<sup>106</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>107</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

do sistema da ciência e da educação, ou de uma constituição digital da internet”.<sup>108</sup>

Todavia, ao expressar o que entende por Constituição, avançando para além do conceito de autopoiese de Luhmann,<sup>109</sup> Teubner<sup>110</sup> afirma que um dos pressupostos para a existência de uma Constituição em sentido estrito é a produção de instituições de ligação (acoplamento estrutural) entre a normatização produzida em cada um dos diferentes sistemas que ambicionam a formação de uma Constituição e o âmbito social:

Deve-se apenas falar em constituição em sentido estrito quando a reflexividade sistêmico-específica de um sistema social – seja da política, da economia ou de outros setores – é apoiada pelo direito – ou, mais precisamente, pela reflexividade do direito. Constituições surgem somente quando emergem fenômenos de dupla reflexividade – reflexividade do sistema social que se autoconstitui e reflexividade do direito que apoia tal processo de autofundação constitutiva.<sup>111</sup>

A partir dessa proposta, formar-se-iam mecanismos reflexivos com a presença de normatizações secundárias capazes de descrever “[...] como deve ocorrer a identificação, a criação, as mudanças e o regulamento de competências para admitir e para delegar normas primárias”.<sup>112</sup>

A saída, para Teubner,<sup>113</sup> portanto, é retomar o conceito de Constituição desenvolvido a partir do acoplamento estrutural entre Direito e política na Teoria dos Sistemas Sociais de Luhmann.<sup>114</sup> Tal processo, em sua proposta, é capaz de contribuir para uma construção de identidade e autonomização da política na ordem mundial a partir de uma reflexividade que possibilitaria a formação de um metacódigo híbrido (normas secundárias)<sup>115</sup> que conduziria a formação de constituições globais.<sup>116</sup>

---

<sup>108</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 197.

<sup>109</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>110</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

<sup>111</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 193.

<sup>112</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

<sup>113</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

<sup>114</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>115</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

<sup>116</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 198.

**TRANSCONSTITUCIONALISMO ENTRE ORDENS JURÍDICAS**

Também com forte influência do pensamento de Luhmann<sup>117</sup> no contexto da sociedade mundial, Neves<sup>118</sup> apresenta um dos pontos do cenário atual da teoria constitucional.

Nesse cenário explorado por Neves<sup>119</sup> (sociedade mundial), baseado na multiplicidade de sistemas diferenciados funcionalmente, a comunicação, que caracteriza a sociedade para Luhmann<sup>120</sup>, ultrapassa as fronteiras territoriais do Estado.

Com base nessa perspectiva, afastando-se de trabalhos anteriores em que o destaque foi dado às diferentes regiões do mundo, Neves<sup>121</sup> passa a descrever os pressupostos que levam à formação do transconstitucionalismo.

A análise de Neves<sup>122</sup> para constatar a problemática do constitucionalismo no cenário atual passa pela concepção de Luhmann acerca de sistema e organização. Para Luhmann,<sup>123</sup> no interior de cada um dos sistemas que compõem a sociedade há uma organização (também pode ser concebida como subsistema) encarregada de tomar decisões no referido âmbito sistêmico. No sistema do Direito há o tribunal; no Sistema da política, os Estados são as organizações encarregadas de tomar decisões coletivamente vinculantes.<sup>124</sup>

Em relação à função específica de cada um dos sistemas – para além da função comum de reduzir a complexidade – o sistema do Direito é encarregado de estabilizar expectativas em relação a decepções possíveis. O sistema da política, por sua vez, é encarregado de tomar decisões coletivamente vinculantes.<sup>125</sup>

Partindo dessa premissa, considerando a formação de novos sistemas autônomos na ordem mundial, baseados em expectativas cognitivas (constituições para Teubner<sup>126</sup>), os processos de tomada de decisão coletivamente vinculantes, bem como os mecanismos de estabilização de expectativas normativas e regulação jurídica de comportamentos são cada vez mais afastados dos tradicionais sistemas da política e do Direito.<sup>127</sup>

---

<sup>117</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>118</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>119</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>120</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>121</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>122</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>123</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>124</sup> LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.

<sup>125</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>126</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>127</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 31.

Assim, uma vez que os centros de tomada de decisão e os processos de estabilização de expectativas, no cenário da sociedade mundial, afastam-se dos limites do âmbito do Estado Nacional (ponto de aproximação com Teubner<sup>128</sup>), surge o problema que motiva a principal proposta de Neves: o transconstitucionalismo<sup>129</sup>.

Além do afastamento do centro de tomada de decisões do âmbito do Estado Nacional, Neves<sup>130</sup> destaca – com ênfase – a existência de organizações que passam boa parte do território da sociedade mundial. A título de exemplo, cita a Al-Qaeda, uma organização transnacional construída e desenvolvida a partir de uma sofisticada rede de comunicações.<sup>131</sup> Segundo Neves:<sup>132</sup>

A Al-Qaeda não pode ser vista simplesmente como uma organização criminosa subordinada à atuação persecutória do direito internacional e de ordens estatais em colaboração, mas antes deve ser enfrentada como uma ordem normativa antípoda às exigências da ordem internacional e das ordens dos Estados constitucionais, estando muitas vezes aliadas a ordens estatais que atuam à margem do constitucionalismo.

Um dos sistemas mais caracterizados por formar organizações próprias – ponto comum com Teubner – é o sistema da economia e suas diversas instituições (OMC, Banco Mundial, FMI, empresas multinacionais e organizações não governamentais), capazes de atuar a partir de um privatismo sustentado tão somente por interesses de agentes econômicos.<sup>133</sup> Ao lado do sistema da economia, também outros sistemas passaram a se autonomizar na sociedade mundial, tais como esporte (*lex sportiva*) e internet (ICANN), pontos também explorados por Teubner.<sup>134</sup>

A perspectiva de Neves, todavia, ainda que apresente pontos de semelhança com a proposta de Teubner,<sup>135</sup> afasta-se substancialmente em algumas premissas. Por um lado, Teubner<sup>136</sup> apresenta a redução da capacidade regulatória do Estado Nacional a partir do surgimento de novos atores e com a formação de novas constituições próprias dessas esferas. Para esse problema, menciona as perspectivas do constitucionalismo social e novas alternativas, afastando-se de cenários

---

<sup>128</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>129</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>130</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 246.

<sup>131</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 214.

<sup>132</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 246.

<sup>133</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 190.

<sup>134</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 188.

<sup>135</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>136</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

anteriores. Por outro lado, Neves,<sup>137</sup> a partir da problemática apresentada, também em um cenário de fragmentação constitucional, aposta em um entrelaçamento de ordens estatais internacionais para a superação do referido problema, formando o que denomina transconstitucionalismo da sociedade mundial:

[...] em um mundo de problemas constitucionais comuns para uma pluralidade de ordens jurídicas, o método transconstitucional parece mais adequado à passagem de uma simples situação de fragmentação constitucional desestruturada para uma diferenciação construtiva entre ordens jurídicas.<sup>138</sup>

Nessa proposta, Neves<sup>139</sup> retoma a necessidade de controle por meio dos sistemas da política e do Direito em um cenário em que “[...] a influência que atores privados desempenham no âmbito dessas ordens, sem o controle direto de uma autoridade política – estatal, internacional ou supranacional –, transforma-os em detentores de poder com repercussões políticas relevantes”.

A influência de Luhmann<sup>140</sup> é fundamental para a elaboração da proposta de Neves.<sup>141</sup> Como citado anteriormente, a teoria dos sistemas sociais concebe a sociedade mundial como a alcançabilidade do mundo da comunicação, ou seja, a soma de toda a comunicação possível na sociedade. A partir desse quadro, os sistemas do Direito e da política, alçados em escala global, podem ser diferenciados internamente a partir de cada região em que atuam. Assim, os tribunais (organizações do sistema do Direito) e Estados (organizações do sistema da política) podem ser observados, em cada um dos diferentes países ou regiões, como organizações ou subsistemas dos sistemas do Direito e da política em escala global.<sup>142</sup>

Portanto, ao passo que “[...] dentro de um mesmo sistema funcional da sociedade mundial moderna, o direito, proliferam ordens jurídicas diferenciadas, subordinadas ao mesmo código binário, isto é, ‘lícito/ilícito’, mas com diversos programas e critérios [...]”<sup>143</sup> há “uma [...] pluralidade de ordens jurídicas, cada uma das quais com seus próprios elementos ou operações (atos jurídicos), estruturas (normas jurídicas), processos (procedimentos jurídicos) e reflexão de identidade (dogmática jurídica)”<sup>144</sup>.

---

<sup>137</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 34.

<sup>138</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 276.

<sup>139</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 121.

<sup>140</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>141</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>142</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 545-588.

<sup>143</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 115.

<sup>144</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 116.

Nessa proposta, Neves<sup>145</sup> identifica problemas comuns no cenário internacional. A partir dessas problemáticas, propõe um cenário de racionalidade transversal entre as diversas ordens jurídicas (organizações ou subsistemas) da sociedade mundial. A título de exemplo: “[...] entre o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (supranacional) e os tribunais dos Estados-membros, entre o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (internacional) e as cortes nacionais ou o TJCE, entre cortes nacionais, etc.”<sup>146</sup>

O conceito de diferenciação funcional em Luhmann,<sup>147</sup> com forte importância na teoria de Neves,<sup>148</sup> representa o momento a partir do qual a sociedade pode ser observada por meio de diferentes sistemas, cada qual com sua função específica (diferenciação funcional), somando-se à função comum, reduzir complexidade.

Ao lado do conceito de diferenciação funcional, outra categoria importante é a de acoplamento estrutural, o que possibilita, na teoria de Luhmann,<sup>149</sup> uma ponte de ligação entre diferentes sistemas. Entre política e Direito, por exemplo, forma-se a Constituição a partir de um acoplamento estrutural.

Na teoria de Neves,<sup>150</sup> a partir da identificação de problemas comuns na ordem mundial, seria possível um diálogo transversal entre diversas ordens para a solução do referido problema. Tal proposta dar-se-ia não mais nos limites da diferenciação funcional ou do acoplamento estrutural (proposta de Luhmann<sup>151</sup>), mas a partir da formação de uma racionalidade transversal entre as diversas ordens.

Mas quais seriam esses problemas comuns na ordem internacional? E como se formariam as racionalidades transversais?

Em resposta a essas perguntas, Neves<sup>152</sup> cita alguns exemplos de problemas comuns na ordem internacional: “[...] danos ambientais, a violações dos direitos humanos ou fundamentais, a efeitos do comércio e finanças internacionais, à criminalidade transnacional, entre outras questões [...]”. São problemas que confrontam intensamente as ordens supranacionais.

---

<sup>145</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>146</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117.

<sup>147</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>148</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>149</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>150</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>151</sup> LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.

<sup>152</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

Nos referidos casos, as decisões tomadas por um dos subsistemas ou organizações dos sistemas da política e do Direito em algum dos âmbitos da sociedade mundial pouca ou nenhuma relevância possuem, afinal, são problemas que ultrapassam a fronteira dos Estados Nacionais. Isso forma o que Neves<sup>153</sup> chama de transnacionalidade.<sup>154</sup>

A proposta de Neves<sup>155</sup> também busca dar uma contribuição a outras perspectivas em matéria de transversalidade. Para tal, cita os elementos materiais positivados na ordem internacional: “[...] tratados e convenções sobre os direitos humanos (CEDH), e o direito econômico internacional, com ênfase na OMC”. A partir dessa exposição, menciona os fatores que contribuem para a não efetivação dos modelos de constituições supranacionais, citando principalmente o papel das grandes potências em negar a aplicabilidade de referidos elementos materiais e a ausência de sanção na ordem internacional.

Ultrapassando as perspectivas anteriores, surge a proposta de formação de uma racionalidade transversal entre diferentes ordens jurídicas, formada a partir de influências (irritações) recíprocas entre os sistemas da política e do Direito.<sup>156</sup>

Em aspectos práticos, Neves<sup>157</sup> propõe que, a partir da identificação do problema comum entre diferentes ordens, cada uma das ordens envolvidas pode considerar elementos materiais de uma ordem diversa. A partir desse diálogo, constroem-se as normas jurídicas e de decisão para a resolução do caso comum. Tal perspectiva possibilita a incorporação do programa normativo, total ou parcial, de outras ordens na resolução do problema que as comunica.

Referida proposta possui como premissa a máxima de Luhmann,<sup>158</sup> segundo a qual o fechamento do sistema a partir de seu código binário (Direito/não Direito no sistema do Direito) é condição para a sua abertura. Assim, haveria um elemento comum (o mesmo código binário) a partir do qual seriam considerados os elementos materiais e conteúdos programáticos de ordens diversas. Na proposta de Neves:<sup>159</sup>

O fechamento normativo refere-se originariamente à atribuição da norma a texto(s) ou enunciado(s) normativo(s) da própria ordem. A

---

<sup>153</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

<sup>154</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 84.

<sup>155</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 90.

<sup>156</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 62.

<sup>157</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 126.

<sup>158</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 51-164.

<sup>159</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 127.

questão da abertura normativa refere-se originariamente à comunidade do caso-problema a resolver em uma sociedade mundial policêntrica.

Para desenvolver, portanto, a racionalidade transversal a partir de uma proposta que envolve aprendizado recíproco entre diversas ordens por meio de casos que possuem relevância em cenários que ultrapassam os limites do Estado Nacional, parte-se simultaneamente de textos normativos e casos comuns para a construção de novas normas com vistas à efetividade em relação a problemas comuns que também envolvem outra ordem, não mais em rota de colisão, mas sim de diálogo transversal.<sup>160</sup>

Nesse contexto de diálogo transversal, Neves<sup>161</sup> destaca a predominância da conversação a partir de decisões de outras ordens, envolvendo principalmente tribunais (organização de centro do sistema do Direito) e seus juízes; todavia, sem exclusão do diálogo entre normas de diferentes subsistemas.

Em relação ao diálogo constitucional, Neves destaca a importância da influência de outras ordens na formação da *ratio decidendi* e não somente como *obiter dicta* na construção das decisões.<sup>162</sup>

Passadas essas questões, há de se destacar os critérios para enquadrar os problemas comuns na situação de Direito/não Direito. Segundo Luhmann,<sup>163</sup> o Direito é majoritariamente guiado pela programação condicional baseada na condição *se/então*. Neves<sup>164</sup> elabora outro critério para o transconstitucionalismo.

Segundo Neves,<sup>165</sup> sua proposta exige uma postura indutiva na seleção de problemas comuns que motivam o diálogo sistêmico a partir da racionalidade transversal.

A partir dessa postura indutiva, segundo Neves,<sup>166</sup> faz-se possível a identificação de problemas comuns e da construção de soluções de problemas de natureza jurídico-constitucional a partir de uma conversação constitucional. Trata-se de uma postura de alteridade diante da nova ordem mundial.<sup>167</sup> Essa postura de diálogo constitucional para o enfrentamento do atual cenário da teoria constitucional é o que Neves<sup>168</sup> denomina transconstitucionalismo.

---

<sup>160</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 127.

<sup>161</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 117.

<sup>162</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 262.

<sup>163</sup> LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 219-284.

<sup>164</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

<sup>165</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

<sup>166</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 129.

<sup>167</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 45.

<sup>168</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

## CONCLUSÃO

Como se viu ao longo do trabalho, para apresentar cenários atuais da teoria constitucional, ambos os autores trabalhados (Teubner<sup>169</sup> e Neves<sup>170</sup>) afirmam a insuficiência da teoria tradicional do constitucionalismo para o enfrentamento dos novos problemas da ordem mundial.

Para constatar o deslocamento dos centros de tomada de decisão dos Estados Nacionais para a mão de atores privados e organizações que atuam no plano global, são de suma importância os estudos voltados à sociologia do constitucionalismo.

Há de se destacar, neste ponto, a divisão entre as perspectivas normativista e sociológica para a análise da teoria constitucional,<sup>171</sup> conforme demonstrado no início do presente trabalho.

Nesse ramo de estudos, voltados à perspectiva sociológica da teoria constitucional, evidenciando a necessária transição para um ponto de observação a partir da matriz pragmático-sistêmica da teoria jurídica, estão Teubner<sup>172</sup> e Neves.<sup>173</sup>

Teubner<sup>174</sup> apresenta a formação de subsistemas autopoieticos em escala global, formando, a partir de uma racionalidade própria, o que chama de constituições. Nesse cenário, que envolve o surgimento de novos atores na sociedade mundial, passa-se de um contexto anterior de normativismo galgado na figura do Estado Nacional para uma perspectiva de fragmentação constitucional, em que a teoria anterior, com ênfase na política e no Direito como sistemas centrais na tomada de decisões, perde seu valor tradicional.

Como resposta ao problema, propõe a formação de um constitucionalismo híbrido, não ignorando a formação de constituições autônomas com base em atores privados, mas apostando em uma possível irritação advinda de meios de comunicação de massa, discussões públicas, movimentos de protestos, de intelectuais, movimentos sociais, ONGs, sindicatos e organizações de profissões, forças capazes de gerar um aprendizado recíproco entre sistemas a partir de uma possível tradução de impulsos externos em incentivos internos no âmbito de cada constituição civil,<sup>175</sup> Ao mesmo tempo, Teubner<sup>176</sup> retoma a concepção de Cons-

---

<sup>169</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>170</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>171</sup> Thornhill, Chris. *A sociology of constitutions*. Constitutions and state legitimacy in historical-sociological perspective. New York: Cambridge University Press, 2011. p. 164.

<sup>172</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>173</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>174</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

<sup>175</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 161.

tituição a partir de um acoplamento estrutural possibilitado entre os sistemas da política e do Direito, fundamental para a possível formação de um metacódigo capaz de conduzir a formação de constituições globais por meio de normas secundárias.

Neves,<sup>177</sup> por sua vez, evidencia a existência de organizações que atuam em escala global, bem como de problemas comuns entre as diversas ordens jurídicas, a exemplo de danos ambientais, violações de direitos humanos, comércio e finanças internacionais, criminalidade transnacional.

A partir dessa constatação, propõe um diálogo entre diferentes ordens jurídicas a partir da confirmação da existência de referidas organizações, a exemplo da Al-Qaeda, e de problemas comuns a serem enfrentados.

Tal diálogo constitucional, o que denomina transconstitucionalismo, parte da perspectiva sociológico-sistêmica da existência de uma sociedade mundial e, conseqüentemente, de sistemas do Direito e da política em escala global.

Por meio dessa concepção, é possível, para Neves,<sup>178</sup> conceber cada Estado Nacional como um subsistema dos sistemas do Direito e da política, considerados sistemas da sociedade mundial.

Assim, a partir da identificação de problemas comuns na sociedade mundial por meio de qualquer um dos subsistemas divididos territorialmente, é possível, para Neves,<sup>179</sup> promover o diálogo com os demais subsistemas, representados por tribunais ou Estados, enquanto organizações dos referidos subsistemas, para a resolução do problema comum.

O diálogo destacado por Neves<sup>180</sup> ocorre majoritariamente a partir de tribunais, envolvendo comunicação entre decisões de diferentes Cortes abrangendo os problemas comuns. Apesar disso, o diálogo normativo entre ordens jurídicas também é possível.

Com essa resposta à problemática, Neves<sup>181</sup> pretende solucionar o *status* de fragmentação constitucional existente no atual cenário da teoria constitucional. Para tal, pressupõe que o diálogo constitucional (transconstitucionalismo) é capaz de reativar o papel de centralidade dos sistemas do Direito e da política em um contexto de sociedade mundial.

Como se viu, portanto, ambos os autores apresentados mencionam novos cenários da teoria constitucional, com ênfase à atual fragmentação constitucional

---

<sup>176</sup> TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 195.

<sup>177</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 128.

<sup>178</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>179</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>180</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

<sup>181</sup> NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

e à superação de um modelo de constitucionalismo clássico com centralidade nos Estados Nacionais. Em resposta aos problemas apresentados, além de constatarem a necessária transição entre perspectivas teóricas no atual cenário, propõem, seja a partir da formação de uma constituição híbrida ou da elaboração de um transconstitucionalismo, alternativas ao novo cenário da teoria constitucional.

## REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaria Versiani. São Paulo: Manole, 2007.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo e sociedade: por uma teoria geral da política*. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra: 1987.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: 2003
- ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. México: fondo de cultura económica, 1999.
- FEBBRAJO, Alberto. *Sociologia do constitucionalismo: constituição e teoria dos sistemas*. Tradução de Sandra Regina Martini. Curitiba: Juruá, 2017.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2015.
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de La sociedad*. Traducción de Javier Torres Nafarrate. México: Herder, 2007.
- LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes: 2016.
- LUHMANN, Niklas. *Organización y decisión: autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. Santiago: Universidad Iberoamericana, 2005.
- LUHMANN, Niklas. *Poder*. Tradução de Martine Creuset de Rezende Martins. 2. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1992.
- LUHMANN, Niklas. *Sistemas sociales: lineamientos para una teoría general*. Barcelona: Anthropos, 1998.
- LUHMANN, Niklas. *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*. Introducción e traducción de Ignacio Izuzquiza. Barcelona: Paidós, 1990.
- MASCAREÑO, Aldo. *Diferenciación y contingencia en América Latina*. Ediciones Universidad Alberto Hurtado: Santiago de Chile, 2010.
- MATURANA ROMESÍN, Humberto; VARELA GARCIA, Francisco J. *El árbol Del conocimiento: Las bases biológicas del conocimiento humano*. Madrid: Debate, 1996.
- NAFARRATE, Javier Torres. *Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann*. Lua Nova, n. 51, p. 144-161, 2000.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- ROCHA, Leonel Severo. *Epistemologia jurídica e democracia*. 2. ed. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

ROCHA, Leonel Severo. Epistemologia jurídica: revisitando as três matrizes. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo, RS, v.5, n.2, jul./dez, 2013. Disponível em:< <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2013.52.06>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

TEUBNER, Gunther. *Fragmentos constitucionais: constitucionalismo social na globalização*. São Paulo: Saraiva, 2016.

THORNHILL, Chris. A Sociology of Constitutions. *Constitutions and State Legitimacy in Historical-Sociological Perspective*. New York: Cambridge University Press, 2011.

Data de recebimento: 13/10/17

Data de aprovação: 22/12/17

# GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO: SITUAÇÃO FÁTICA E LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO

## SURROGACY IN THE INFORMATION SOCIETY: FACTUAL AND A LEGAL SITUATION IN BRAZILIAN LAW

Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti\*  
Germano Schwartz\*\*

### RESUMO

O objetivo da presente pesquisa é analisar a situação fática e legal da gestação de substituição no Brasil. A gestação de substituição é mecanismo de reprodução humana artificial que possibilita a procriação para quem não pode, por motivos físicos e médicos, ter seus filhos de forma natural. A técnica tem sido utilizada cada vez mais, porém, a falta de legislação sobre o assunto causa situações de conflitos e incertezas. O procedimento utiliza terceira pessoa (*gestatriz*) para gestar um filho que não é seu e depende de vários requisitos impostos pelo Conselho Federal de Medicina, sendo a técnica somente admitida no Brasil se feita de forma gratuita e solidária. No aspecto jurídico, percebe-se que vários são os questionamentos, contudo, verificar-se-á que são questões de extrema importância a obrigatoriedade de os planos de saúde arcarem com os custos do tratamento como forma de respeito ao direito de planejamento familiar e direito à saúde e, também, a facilitação do registro de nascimento dos filhos nascidos por meio desta técnica, como forma de assegurar à família os direitos inerentes ao parentesco. Finalizando, percebe-se,

---

\* Mestre e doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professora da graduação, pós-graduação e mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Advogada e membro da Comissão de Biotecnologia e Biodireito da OAB/SP. E-mail: E-mail aelwc@terra.com.br.

\*\* Coordenador do mestrado em Direito do Unilasalle. Diretor executivo acadêmico da Escola de Direito e professor do mestrado em Direito e Sociedade da Informação na Escola de Direito do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU). Secretário do Research Committee on Sociology of Law (RCSL) da International Sociological Association (ISA). Bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq (Nível 2). E-mail: germano.schwartz@unilasalle.edu.br.

ainda, que a sociedade da informação tem importância significativa na divulgação e incentivo ao uso da técnica da gestação de substituição.

**Palavras-chave:** Direito brasileiro; Gestação de substituição; Planejamento familiar; Sociedade da Informação.

#### ABSTRACT

The objective of the present research is to analyze the legal and factual situation of the Surrogacy in Brazil. Surrogacy is an artificial human reproduction mechanism that enables procreation for those who cannot, for physical and medical reasons, have their children naturally. The technique has been used more and more, but the lack of legislation on the subject causes situations of conflicts and uncertainties. The procedure uses third person (*gestatriz*) to gestate a child that is not his and depends on several requirements imposed by the Federal Council of Medicine, being the technique only admitted in Brazil if made free of charge and in solidarity. On the legal side, it is noticed that several are the questions, however, it will be verified that it is extremely important issues the obligation of the Health Plans to bear the costs of the treatment as a form of respect for the right to family planning and right to health and also the facilitation of birth registration of children born through this technique, as a way of assuring the family the inherent rights of kinship. Finally, it can be seen that the information society has significant importance in the dissemination and incentive to use the technique of surrogacy.

**Keywords:** Brazilian law surrogacy; Family planning; Information Society.

## INTRODUÇÃO

O objetivo deste artigo é oferecer uma visão jurídica e fática a respeito da gestação de substituição no Brasil, demonstrando que a ausência de legislação específica sobre o assunto possibilita que questões éticas e jurídicas sejam levantadas.

As modificações tecnológicas modernas, o progresso da ciência e o uso de biotecnologias, em especial, das tecnologias ligadas à genética humana, permitem que a procriação humana pudesse acontecer sem o contato físico. A técnica da reprodução artificial pela “proveta” é, hoje, a saída para que muitos casais ou mesmo pessoas solteiras possam procriar e planejar sua família.

O fato de alguém não conseguir ter seus filhos naturalmente e ter a disposição técnica que possibilitem atingir o desejo de ser mãe ou pai é, sem dúvida nenhuma, uma questão atual e que atinge outras sociedades, além da brasileira. Muitos países já se posicionaram sobre a questão da gestação de substituição. Alguns simplesmente vedam, outros ainda estão silentes e, em outra direção, alguns permitem não só a forma gratuita, mas também a forma onerosa da gestação de substituição.

No Brasil, não existe ainda legislação específica regulamentando a reprodução assistida e, da mesma forma, não temos legislação que regulamente a gestação de substituição. O Conselho Federal de Medicina (CFM) determinou, contudo, por meio de resoluções, algumas normas deontológicas para que os profissionais da área da Medicina possam agir de forma ética e adequada aos ditames do Conselho. Nesse sentido, tem-se permitido no Brasil, seguindo-se orientação da nossa Constituição Federal, a gestação de substituição solidária, gratuita e, preferencialmente, entre pessoas com alguma relação de parentesco com o pai ou mãe biológicos. Está vedado no Brasil, portanto, o procedimento de “barriga de aluguel”, ou seja, da gestação de substituição onerosa, com finalidade econômica. A questão envolve o direito à saúde e o direito ao planejamento familiar. Direitos reconhecidos pela legislação pátria vigente. Mas, não se pode dizer que, apesar de não ser permitida a gestação de substituição com caráter econômico, estas situações não ocorram.

O procedimento de reprodução humana assistida e, por consequência a gestação de substituição é cada vez mais rotineiro no Brasil.<sup>1</sup> Basta dizer que a Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ), em 14 de março de 2016, emitiu Provimento de n. 52 determinando que os Cartórios de Registro Civil do Brasil emitam a certidão de nascimento de filhos cujos pais optaram pela gestação de substituição, sem qualquer óbice. Ora, se o CNJ se preocupou com a questão, significa que não existe um ou outro caso de gestação de substituição. A verdade é que inúmeros casos chegaram ao Judiciário<sup>2</sup> para o reconhecimento de paternidade

---

<sup>1</sup> Não existe um número exato de quantos procedimentos de gestação de substituição são realizados por ano no Brasil. Contudo, segundo o Conselho Regional de Medicina de São Paulo (Cremesp), existem 106 clínicas de reprodução assistida no Brasil. Elas realizaram, em 2014, mais de 60 mil transferências de embriões em pacientes submetidas a técnicas de fertilização *in vitro*. Ao longo de 2014, foram registrados 27.871 ciclos de fertilização. Em 2013, foram mais de 52 mil transferências de embriões e aproximadamente 24 mil ciclos de fertilização. Em 2013, foram congelados 47.812 embriões nas clínicas de reprodução assistida. Desse total, 68% estão em bancos da região sudeste; 12% na região sul; 12% no nordeste e 8% no centro-oeste, sendo que na região norte o congelamento não chegou a 1%. Foram doados para pesquisa com células-tronco 1.110 embriões. Dados disponíveis em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=3790>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

<sup>2</sup> Em São Paulo podem ser citados como exemplos os seguintes julgados: Processo 1047574-08.2014.8.26.0100 (6ª Vara da Família e Sucessões do Fórum João Mendes) em que WFCN, HJ e KFM intentaram, em face do Hospital e Maternidade Pro Matre Paulista, ação de jurisdição voluntária com antecipação de tutela para que a Declaração de Nascimento Vivo fosse emitida já em nome da mãe biológica que não foi responsável pelo nascimento do filho. Ainda em decisões favoráveis ao registro em nome dos pais biológicos, citam-se os processos TJSP 2009/00104323 de 19/03/2010, Juiz José Marcelo Tossi Silva, à época Juiz auxiliar da Corregedoria, em parecer aprovado pelo Des. Antonio Carlos Munhoz Soares, Corregedor Geral de Justiça e do Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de providências – Registro Civil das Pessoas Naturais. Além disso, outras decisões sobre casos semelhantes podem ser encontradas, por exemplo, no Mato Grosso, em Ação reivindicatória de paternidade e maternidade

ou maternidade nos casos de gestação de substituição e, por conta disso, passou a ser necessária a uniformização dessas decisões judiciais, bem como o reconhecimento de que o registro de nascimento é um direito tanto da criança que nasce desta técnica como também dos genitores que a utilizam.

Apenas à guisa de informação, os Conselhos Regionais de Medicina têm permitido, com uma certa frequência, que procedimentos de gestação de substituição sejam realizados entre pessoas que não tenham qualquer vínculo de parentesco, desde que o procedimento seja gratuito e, portanto, solidário. O fato de vários casos serem levados ao Conselho para autorização demonstra a preocupação de alguns médicos e clínicas que trabalham com a Reprodução Humana Assistida, em fazer algo dentro da legalidade e dos conceitos éticos. Mas sabe-se, também, que acontecem muitos casos clandestinos. Nesse aspecto, a internet oferece ferramentas facilitadoras a pessoas que persigam seus objetivos, no caso, pagar pelo serviço de gestação de substituição. Com muita facilidade, encontram-se na internet redes sociais e sites destinados a esse fim,<sup>3</sup> bem como informações e propagandas sobre a “barriga de aluguel”. Assim, o fato de não existir uma lei específica, no Brasil, sobre o assunto abre espaço para todas essas questões, que vão tomando vulto ainda maior com a atual sociedade informatizada e globalizada em que se vive.

No presente texto, serão abordados o conceito e a terminologia da gestação de substituição em seu primeiro item. Em seguida, na segunda parte, será abordado o direito à procriação, mesmo que na forma artificial, como direito à

---

com pedido de antecipação de tutela – sentença proferida pelo Juiz da 4ª Vara da Família e Sucessões de Cuiabá, Dr. Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto em julho de 2012 em ação reivindicatória de paternidade e maternidade (TJMT) entre R. D. A e T. R. S. D. A; no Paraná na Comarca de Passo Fundo, pelo Juiz da 2ª Vara Cível de Família e Sucessões – Dr. Luís Christiano Enger Aires em 13 de junho de 2014, no processo 021/1.14.0005837-8; em Pernambuco, onde foi reconhecida a dupla paternidade de dois homens que vivem em união homoafetiva e que se utilizaram da gestação de substituição pelo Juiz 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clicério Bezerra e Silva em 28 de fevereiro de 2012, por meio de ação para indicação de paternidade tendo por requerentes M. A. A. e W. A. A.; e, de Santa Catarina em decisão proferida pelo Juiz da Vara de Registros Públicos Dr. Gerson Cherem II, em 13 de agosto de 2010 e em 2014 pelo Juiz Luís Claudío Broering em ação de reconhecimento de paternidade em relação a um casal homoafetivo.

<sup>3</sup> O principal é o site <[www.surrogatefinder.com](http://www.surrogatefinder.com)>. Acesso em: 29 out. 2017. Ali se apresenta uma lista de brasileiras que se oferecem para doar óvulos ou para servirem de útero de substituição. Nessa lista consta a foto da mulher, sua idade, suas características físicas e suas informações educacionais e profissionais. Também é possível encontrar páginas no Facebook com perfis de pessoas que se oferecem para tal fim ([www.facebook.com/barriga.de.aluguel](http://www.facebook.com/barriga.de.aluguel)). Acesso em: 29 out. 2017) e sites de classificados gratuitos que publicam anúncios de qualquer tipo. Fora do Brasil, são muitos os sites que trazem informações sobre o procedimento, os custos e a legislação a respeito da barriga de aluguel no exterior. Disponível em: <[www.barrigadealuguelnobrasil.wordpress.com](http://www.barrigadealuguelnobrasil.wordpress.com)>; <[www.tammuz.com/por/](http://www.tammuz.com/por/)>; <[www.surrogacysolutionsinc.com](http://www.surrogacysolutionsinc.com)>. Acesso em: 29 out. 2017.

saúde e como forma de concretizar o direito ao planejamento familiar, devendo a técnica ser suportada pelo SUS e pelos planos de saúde. A terceira etapa destina-se a analisar a questão legal da gestação de substituição no Brasil. Complementando a questão jurídica, o item 4 é direcionado à análise do direito à maternidade e à questão do registro de nascimento nos casos de gestação de substituição. Por fim, o capítulo 5 traça um paralelo da questão fática do procedimento com a sociedade atual, a sociedade da informação e contemporânea e de que forma a nossa sociedade fomenta ou não o crescimento de situações à margem do Direito.

## GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO: CONCEITO E TERMINOLOGIA

A reprodução humana artificial consiste numa realidade que vem tomando espaço cada vez maior nas famílias modernas. Seja pelo fato de as partes envolvidas não terem condições físicas ou genéticas para terem seus filhos naturalmente, seja por conta das novas modalidades de família, que podem se formar por pessoas do mesmo sexo.<sup>4</sup> Se antes a reprodução humana artificial era utilizada apenas para o caso de casais inférteis, estéreis<sup>5</sup> ou com alguma dificuldade física para a reprodução natural, hoje, a técnica é utilizada não só por pessoas que se encontram nessas situações, mas também por quem se relaciona com pessoa do mesmo sexo. A técnica também tem sido utilizada cada vez mais por pessoas solteiras que desejam ter filhos sem constituir, necessariamente, uma relação familiar com outra pessoa, formando as chamadas famílias monoparentais (constituídas por um dos genitores ou ascendente e seus descendentes), conforme reconhece o art. 226, § 4º da Constituição Federal de 1988.

Por sua vez, a reprodução humana assistida (RHA) pode ser considerada como a intervenção médica no processo de procriação natural e divide-se em homóloga e heteróloga.<sup>6</sup> A homóloga se caracteriza pela técnica que utiliza o material genético do próprio casal, enquanto a heteróloga é aquela que utiliza material genético de terceiro (seja por doação de sêmen, óvulo ou mesmo embrião já congelado).

Já a gestação de substituição denota uma situação peculiar na reprodução humana artificial e não se encaixa efetivamente na reprodução heteróloga e nem

---

<sup>4</sup> Após julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277, em 2011, favorável ao reconhecimento, como união estável, das relações estabelecidas entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar.

<sup>5</sup> Infertilidade e esterilidade não são sinônimos. *A esterilidade é a incapacidade para criar gametas e a infertilidade é a incapacidade para conceber*. MADALENO, Rolf. Curso de Direito de Família. São Paulo: Grupo Gen. p. 522.

<sup>6</sup> OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999. p. 16.

mesmo na homóloga. Isso porque, nesse caso, uma mulher gesta o filho biológico de outra mulher ou de outro casal. Assim, a mulher que está gestando a criança que nascerá dela não é a mãe biológica. Tal técnica somente foi possível com a evolução da medicina e com os conhecimentos da fertilização *in vitro*. Ou seja, para que a técnica seja viável, o profissional e técnico na área da reprodução humana assistida realizará a fertilização do embrião em laboratório (proveta), utilizando-se de material genético diverso da mulher que carregará o embrião em seu ventre. Portanto, primeiro, o embrião é fertilizado em laboratório e, somente depois, será transferido para o útero da mulher que será responsável pela gestação do embrião e do posterior nascimento. No caso, a mulher que dá à luz não é a mãe biológica e deverá entregar o recém-nascido à mãe biológica ou a quem terá direito de filiação.

Em relação à terminologia, importante ressaltar que o termo “barriga de aluguel”, como é mais conhecida a técnica, não é a mais apropriada para o nosso ordenamento jurídico, uma vez que a utilização desse termo leva à ideia de onerosidade. Ou seja, utilizar o termo “barriga de aluguel” nos remete à possibilidade de alguém alugar a barriga, ou melhor, o útero, para gerar o filho de outrem mediante pagamento. No Brasil, não é permitida qualquer comercialização de parte do corpo humano (art. 199, § 4º, da CF).

Muitos foram os termos adotados até agora para descrever técnica, dentre elas: “doação temporária de útero”, “cessão temporária de útero”, “gestação de substituição”. O termo “doação temporária de útero” surgiu justamente para retirar o termo “aluguel” mostrando que, no território nacional, não é permitido o pagamento ou o aluguel do útero para gerar o filho de outrem. Porém, tecnicamente, o termo “doação” também não é o termo mais acertado, justamente porque, no contrato de doação, há a transferência gratuita de um bem, de uma pessoa para outra, de forma definitiva. E o mesmo acontece para o termo “cessão”. Realmente, nenhuma das terminologias apontadas é adequada. Ultimamente tem sido utilizado de forma mais frequente o termo “gestação de substituição”.

Em particular, acredita-se que esse seja, por ora, o termo mais adequado, levando-se em consideração que a terminologia indica que alguém está naquele momento substituindo outrem para a gestação. Entretanto, a única questão que poderia suscitar alguma discussão, nesse caso, é referir-se ao argumento de que o termo não indica a proibição da onerosidade. Entende-se desnecessário que tal informação conste da terminologia, mas, sim, de dispositivos legais e de normas que regulamentem a técnica.

No presente artigo, será utilizado o termo “gestação de substituição” para se referir à técnica em que uma mulher é responsável pela gestação de um embrião que não é compatível geneticamente com ela.

## DIREITO AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E ÀS TÉCNICAS DE REPRODUÇÃO HUMANA ASSISTIDA COMO DIREITO À SAÚDE.

O planejamento familiar é um direito de todo cidadão e está regulamentado na Lei n. 9.263 de 1996. O art. 226, § 7º da Constituição Federal expressamente reconhece o direito de uma pessoa ter ou não filhos, entendendo que se trata de decisão livre do indivíduo ou do casal, gerando, entretanto, a maternidade ou a paternidade responsável.<sup>7</sup> A Lei n. 9.263 de 1996 conceitua planejamento familiar como sendo “o conjunto de ações para a regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento de prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal”. E ainda completa que “é proibida a utilização das ações a que se refere o *caput* para qualquer tipo de controle demográfico” (art. 2º, parágrafo único). Além disso, a mencionada lei, no seu art. 3º, reconhece que o planejamento familiar faz parte do atendimento global e integral à saúde. Assim, entendemos que o planejamento familiar no Brasil faz parte do direito à saúde e deve ser um direito do cidadão,<sup>8</sup> seja no aspecto da saúde pública (Sistema Único de Saúde) como no da saúde complementar (planos e seguros de saúde).

A afirmação retrorreferida é deduzida do próprio plexo constitucional a respeito do direito à saúde. Nesse aspecto, saúde é promoção, prevenção e qualidade de vida.<sup>9</sup> É cristalino que a gestação de substituição resta conectada ao aspecto promocional da saúde. Nessa mesma linha, o disposto no art. 198, combinado com seu artigo subsequente e com o art. 196, todos da Constituição Federal, deixam claro que cabe ao Sistema Único de Saúde – composto, também, pela saúde suplementar – proporcionar àqueles que necessitam o acesso à gestação de substituição.

As técnicas que permitem a reprodução humana assistida tiveram início substancial na década de 1970. Atualmente, diz-se que essas técnicas podem ser

---

<sup>7</sup> Art. 226 § 7º “Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.”

<sup>8</sup> Nesse sentido foi o entendimento da Apelação n. 0009908-342012.8.26.0302, cuja decisão foi proferida em 16 de abril de 2013 pelo Desembargador Piva Rodrigues do Tribunal de Justiça de São Paulo e da Apelação n. 0106401-09.2012.8.26.0000, com teor exarado em 14 de agosto de 2012 pelo Desembargador Cesar Ciampolini, também do Tribunal de Justiça de São Paulo. Entendendo ser obrigatória a cobertura de procedimentos que busquem concretizar o planejamento familiar. No mesmo sentido, a Apelação de n. 032.2009.922.237-7, de decisão proferida em 25 de outubro de 2011 pela 5ª Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Ceará, que condenou a operadora do plano de saúde Hapvida Assistência Médica Ltda. a realizar procedimento de inseminação artificial em benefício de dois segurados.

<sup>9</sup> SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 15-45.

de alta complexidade (fertilização *in vitro*) como de baixa complexidade (inseminação *in vivo*). E, além de questões éticas e econômicas, as técnicas de reprodução humana assistida, muitas vezes, geram nos casais fases e momentos de reflexão, discussão e decepções, sendo um procedimento complicado e penoso. Além de ser muito custoso economicamente,<sup>10</sup> gera também um custo emocional. Nem sempre o casal engravida na primeira tentativa,<sup>11</sup> muitas vezes, na maioria, aliás, são necessárias várias tentativas para conseguir a gravidez, o que pode desgastar a harmonia do casal e, até mesmo, ocasionar abalos psicológicos em quem aposta todas as suas expectativas no procedimento, além dos efeitos colaterais que podem advir do uso de certos medicamentos com elevadas doses de hormônios.

Os questionamentos éticos e jurídicos decorrentes do uso das técnicas de reprodução humana assistida são muitos.<sup>12</sup> Não é raro encontrar alguém defendendo a tese de que o casal que, por algum motivo médico, não consegue gerar seu próprio filho, poderia resolver sua questão de planejamento familiar por meio da adoção.<sup>13</sup> Para essa corrente, não existe direito à procriação artificial. Contudo, respeitando a posição de quem pensa dessa forma, entendemos que negar o direito a uma pessoa de utilizar técnicas de reprodução assistida, alegando que a pessoa pode utilizar-se da adoção para ter filhos, viola, em especial, o direito à intimidade, liberdade, direito à saúde e princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>14</sup> Uma pessoa deve ter o direito de optar, de forma consciente, se a adoção é a solução para o seu planejamento familiar ou se a reprodução assistida constitui o mecanismo mais adequado para a concretização dos seus direitos. Assim, a autonomia da vontade deve ser levada em consideração, mesmo porque não há proibição legal para o uso das técnicas de reprodução assistida no direito brasileiro.

---

<sup>10</sup> Estima-se que, no Brasil (2016) um tratamento dessa natureza gire em torno de 10 a 20 mil reais.

<sup>11</sup> Estima-se que o sucesso da gravidez com as técnicas de Reprodução Assistida diminua com a idade da mulher. Em mulher de até 30 anos a taxa fica em torno dos 45%; acima de 30 até 35 anos, a taxa cai para 35%; de 35 a 40 anos, a probabilidade diminui para 25% a 30% e, acima de 40, a chance é de até 20%. PESSINI, Leo; BARICFONTAINE, Christina de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2008. p. 398.

<sup>12</sup> LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995. p. 69.

<sup>13</sup> De acordo com a Igreja Católica, a utilização de técnicas de reprodução artificial, em especial as heterólogas (uso de material genético de terceiros), é gravemente desonesta e moralmente inaceitável, uma vez que dissociam o ato sexual do ato procriador. Pode-se verificar tal posicionamento nas Instruções *Donum Vitae* de 1987 e *Dignitas Personae* de 2008 emitidas pelo próprio Vaticano e disponíveis no site <[www.vatican.va/roma\\_curia/congregations/cfaith/documents](http://www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>14</sup> JORDANA, José Luiz Velásquez. Dignidade, direitos humanos e bioética. In. María Casado (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013. p. 115.

Sabe-se que, de acordo com dados da OMS, 8 a 15% da população mundial em idade fértil, tem dificuldades para gerar filhos.<sup>15</sup> E como já se viu, de acordo com a legislação brasileira, ninguém, nem mesmo o Estado, pode interferir na vontade de as pessoas terem filhos, no número de filhos ou quando tê-los. No entanto, o Poder Público é encarregado pela informação adequada aos cidadãos a respeito de formas e de acesso aos meios, métodos e técnicas que possibilitem o planejamento familiar com responsabilidade (art. 4º da lei de planejamento familiar). E o direito ao planejamento familiar envolve tanto a informação em relação aos métodos contraceptivos como os métodos de concepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas envolvidas (art. 9º da lei de planejamento familiar), gerando, portanto, a possibilidade de acesso às técnicas que permitam a procriação, seja de forma natural, seja de forma assistida.<sup>16</sup>

Como o direito à procriação é uma decorrência do planejamento familiar e como o planejamento familiar é um direito garantidor também do direito à saúde, o Ministério da Saúde, por meio da Portaria GM 426 de 22 de março de 2005, regulamentou a Política Nacional de Atenção Integral e Reprodução Humana Assistida. Na referida portaria, consta que o tratamento para infertilidade deve ser oferecido pelo SUS. Posteriormente, o mesmo Ministério determinou (Portaria n. 3.149 de 2012), a distribuição dos recursos financeiros, entre os Estados, para os tratamentos de infertilidade. Segundo consta,<sup>17</sup> todavia, não são todas as capitais que possuem o serviço grátis. Entre os seguintes núcleos de atendimento favorecidos estão: o Hospital Pérola Byington em São Paulo, o Hospital da Universidade Federal de São Paulo (Unifesp), o Hospital das Clínicas de Porto Alegre, o Hospital Materno Infantil de Brasília, o Hospital Materno Infantil de Pernambuco (Imipe) em Recife e o Hospital Universitário de Ribeirão Preto – USP.

No âmbito da saúde suplementar, a lei de planos de saúde (Lei n. 9.656 de 1998) previu a exclusão de cobertura dos planos de saúde, os casos de inseminação artificial (art. 10 com redação dada pela Medida Provisória n. 2.177 de 2001). Em 2009, a Lei n. 11.935 acrescentou o art. 35-C à lei de planos de saúde, incluindo, no seu rol de cobertura, o planejamento familiar. Ocorre que, após modificação da Lei dos Planos de Saúde, com a inclusão do planeja-

---

<sup>15</sup> De acordo com o site <[www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar](http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

<sup>16</sup> A Lei de Planejamento Familiar trata também da esterilização voluntária como forma de planejamento familiar e, estabelece os requisitos legais que permitem ao médico realizar a cirurgia de esterilização de homens e mulheres que não desejam ter mais filhos (art. 10).

<sup>17</sup> Disponível em: <[www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar](http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar)>. Acesso em: 12 maio 2016.

mento familiar, a Agência Nacional de Saúde (ANS) editou resoluções que expressamente excluíram a cobertura das técnicas de Reprodução Humana Assistida. Foi assim com a Resolução Normativa n. 192 de 2009 e, posteriormente, com as Resoluções Normativas n. 211 de 2010 e n. 338 de 2013. Elas consideraram não fazer parte do planejamento familiar tais técnicas. Com isso, as empresas prestadoras de serviços de saúde complementar têm entendido que não cabe ao segurado requerer a cobertura das técnicas de reprodução humana assistida.

Afirmar, portanto, que a lei é silente sobre o assunto e que o rol de procedimentos obrigatórios para os planos de saúde é expresso e taxativo como quer fazer crer as empresas que oferecem esse serviço, não afasta a possibilidade de as partes interessadas verem seu direito resguardado em juízo. Certo é que o planejamento familiar está inserido expressamente na Lei n. 11.935 de 2009 e quem, de forma indevida, resolveu não considerar as técnicas de reprodução assistida foi a ANS que, por sua vez, interpretou de forma errônea o termo “planejamento familiar”.<sup>18</sup> Indubitavelmente, o uso de técnicas de reprodução assistida é meio para se atingir e garantir o planejamento familiar, o direito à procriação e a realização plena do indivíduo, respeitando-se, assim, o princípio da dignidade da pessoa humana.<sup>19</sup>

Além disso, tanto a infertilidade masculina como a infertilidade feminina são consideradas como doença e, como tal, aparecem no CID n. 10 (Classificação Internacional de Doenças).<sup>20</sup> Em assim sendo, somente o fato de ser considerada doença já geraria a obrigatoriedade de cobertura pelos planos de saúde. Ainda nesse sentido, tais técnicas fazem parte do conceito atual de planejamento familiar. Tanto é assim, que o Ministério da Saúde reconheceu o oferecimento obrigatório e gratuito dos procedimentos de inseminação e de fertilização artificial por parte do SUS. Ora, para o SUS, planejamento familiar engloba reprodução assistida e para os planos de saúde, não? O custo alto desses procedimentos assusta as Empresas que prestam serviços de saúde suplementar. Contudo, não pode afastar a cobertura, pelos planos de saúde das técnicas de reprodução assistida, sob o risco de violação ao direito do planejamento familiar e ao direito à saúde, ambos previstos na Constituição Federal.

Importante também ressaltar que a questão relativa à cobertura ou não das técnicas de reprodução humana assistida nos contratos de saúde complementar já está sendo decidida em juízo. Assim, podemos encontrar algumas decisões

---

<sup>18</sup> Importante dizer e lembrar que a Lei que regulamenta o planejamento familiar, como já se viu anteriormente, não trata apenas de meios contraceptivos, mas também de mecanismos que permitem a concepção de pessoas ou casais inférteis ou estéreis.

<sup>19</sup> GUTIERREZ, Ignacio Gutierrez. *Dignidade de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005. p. 29.

<sup>20</sup> Para a infertilidade masculina, CID n. 46; para a feminina, CID n. 97.

reconhecendo a obrigação dos planos de saúde em arcar com os custos de tratamentos de reprodução humana assistida, cujo objetivo principal é o exercício do direito à procriação e ao planejamento familiar.<sup>21-22</sup>

De todo o exposto, nesse item, percebe-se que a gestação de substituição é, portanto, além de um direito, um dever do Poder Público por meio de seu Sistema Único de Saúde, sendo que, da mesma forma, configura-se como obrigação dos planos de saúde. Passa-se, agora, a abordar a regulamentação da gestação de substituição no Brasil, com o intuito de reforçar os argumentos trazidos até o presente momento.

## REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

O direito brasileiro sempre se pautou na presunção originária do Direito Romano de que *mater*<sup>23</sup> *semper certa est*, ou seja, a mãe é sempre certa. Nesse sentido, seguindo-se este raciocínio, a mãe é aquela que dá à luz uma criança; se nasceu dela, ela é a mãe. Tal conceito foi considerado absoluto enquanto não existia o conhecimento das técnicas de reprodução assistida. Com a evolução

---

<sup>21</sup> TJSP Apelação com Revisão n. 0012087-34.2012.8.26.0562. Comarca: Santos. Ação: Plano de Saúde – Obrigação de Fazer. 03.02.2015. PLANO DE SAÚDE – Exclusão contratual da fertilização “*in vitro*” – Abusividade – Violação à Lei n. 9.656/98, que expressamente estabelece a obrigatoriedade de cobertura do atendimento nos casos de planejamento familiar – Patologia, ademais, prevista na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde – Ação procedente – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO. O acórdão está fundado em duas premissas bastante sólidas: (a) a infertilidade feminina é patologia reconhecida pela OMS sendo, portanto, coberta e (b) A derrogação do antigo óbice legal à cobertura dos procedimentos de reprodução assistida, pelo artigo 35-C da Lei n. 9.656/98 [...].

<sup>22</sup> TJRJ – APELACAO 0002218-83.2014.8.19.0073 – Ementa DES. FERNANDO CERQUEIRA – Julgamento: 24/02/2016 – DÉCIMA PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. FERTILIZAÇÃO *In vitro*. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. A autora, por ser portadora de endometriose infiltrativa profunda, depende da reprodução assistida para engravidar, não podendo arcar com o tratamento de fertilização *in vitro* por falta de recursos financeiros. Não há dúvidas quanto ao dever constitucional dos réus de contribuírem para a preservação da saúde e da vida dos cidadãos, e do direito fundamental destes ao acesso universal e igualitário às ações e aos serviços destinados a garantir-lhes tal condição – arts. 196 e 198, ambos da CF, e art. 292 da Carta Estadual. O direito à saúde da mulher engloba também as suas funções reprodutivas, principalmente, em hipóteses como a presente, na qual a infertilidade da autora, ora apelante, decorre de uma patologia. O direito da autora está consagrado também no art. 226, § 7º, da Constituição Federal, como direito ao planejamento familiar, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana [...] Negar o procedimento requerido é, na verdade, negar a ela o direito de ser mãe, o que, de certo, causará um enorme abalo psicológico na autora. Pleito autoral que envolve não só o direito à saúde, como também o direito à família e, principalmente, o princípio da dignidade da pessoa humana. RECURSO PROVIDO PARA DETERMINAR QUE OS RÉUS CUSTEIEM O TRATAMENTO REQUERIDO NA INICIAL, BEM COMO OS MEDICAMENTOS SOLICITADOS PELO MÉDICO ESPECIALISTA.

<sup>23</sup> *Mater* para o latim significa mulher que deu à luz, vida.

dessas técnicas e com a possibilidade de fertilização do embrião em laboratório, passou a ser viável que a mulher que está gestando o embrião (*gestatriz*), não seja a mãe biológica do mesmo (*genetrix*).

Em tempos antigos, apesar de ainda não ser possível que uma mulher gestasse o filho de outra, já aconteciam casos de mães substitutas. De acordo com a Bíblia, Sara solicitou a Abraão que tivesse um filho com sua escrava Agar (Genesis 16:1). Da mesma forma, Raquel, esposa de Jacob, pediu que o marido concebesse um filho com sua escrava Bilha (Genesis 30:3). Os romanos, inclusive, poderiam ceder a própria mulher a um amigo que havia casado com uma mulher estéril para que assegurasse ao homem a sua descendência.<sup>24</sup>

A questão é tão instigante que já foi, inclusive, tema de novela na televisão brasileira nos anos 1990.<sup>25</sup> O grande drama da novela se deu justamente pelo fato de a mulher que era considerada “mãe de aluguel” não querer entregar a criança para os pais biológicos. Aliás, esta é uma das principais preocupações com o procedimento.

Não existe, no Brasil, legislação específica sobre a reprodução assistida e, tão pouco, lei que regulamente a gestação de substituição. O que há são resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que estabelecem normas deontológicas para que os profissionais médicos possam agir, de forma ética, e de acordo com as diretrizes do Conselho. A primeira resolução que tratou da reprodução humana assistida no Brasil é datada de 1992. Trata-se da Resolução CFM 1.358. Nessa resolução, a gestação de substituição<sup>26</sup> foi reconhecida e permitida apenas quando a *gestatriz* fosse parente até o segundo grau da *genetrix*, devendo ficar a cargo da decisão do CRM (Conselho Regional de Medicina) os casos que não se enquadrassem neste requisito do parentesco, ressaltando-se não permitir a forma remunerada para a prática. Posteriormente, essa Resolução foi revogada pela n. 1.957 de 2010, mantendo, em relação à forma de reprodução assistida, as mesmas orientações anteriores, sem qualquer mudança. Em 2013 (Resolução n. 2.013/2013), o Conselho alterou novamente as diretrizes para a reprodução assistida, produzindo uma resolução mais detalhada no que se refere à gestação de substituição, determinando que o procedimento poderia ser realizado quando a doadora temporária do útero fosse parente consanguínea até o 4º grau<sup>27</sup> e não

---

<sup>24</sup> CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Fernandes. Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 313.

<sup>25</sup> A novela foi veiculada pela Rede Globo de televisão entre agosto de 1990 a maio de 1990.

<sup>26</sup> As resoluções do CFM se referem à técnica como Gestação de substituição e também como doação temporária de útero.

<sup>27</sup> De acordo com a resolução, estariam incluídos aqui as ascendentes como, por exemplo, mãe e avós, bem como as irmãs (colaterais de 2º grau); tias (colaterais de 3º grau); e primas (colaterais de 4º grau).

mais apenas até o 2º grau<sup>28</sup> como determinavam as resoluções anteriores. E, ainda nesse sentido, o parentesco não se limitava apenas à mãe genética, mas estendia-se ao pai genético, ou seja, parentesco consanguíneo dos “pais biológicos”. Em qualquer situação, a “doadora temporária de útero” deveria ter, no máximo, 50 (cinquenta) anos de idade. E, finalmente, determinou que as clínicas de reprodução deveriam providenciar documentos como: 1) Termo de Consentimento Informado assinado pelos pais genéticos e pela doadora temporária de útero. E, no caso de estar vivendo em situação de casamento ou união estável, assinatura também do seu cônjuge ou companheiro; 2) relatório médico atestando a condição física e psíquica da doadora temporária de útero; 3) relatório do médico atestando o seu conhecimento técnico das técnicas que seriam utilizadas; 4) contrato entre as partes envolvidas deixando claro questões como: aspectos médicos, éticos, jurídicos e econômicos do procedimento; esclarecimentos sobre a filiação da criança; riscos inerentes ao procedimento; impossibilidade da interrupção da gestação após iniciado o processo gestacional, salvo nos casos previstos em lei; garantia de acompanhamento médico para a doadora temporária de útero durante a gestação até o puerpério.<sup>29</sup>

A última alteração nas regras do CFM a respeito da reprodução assistida ocorreu em 2015 com a Resolução n. 2.121, que regulamentou a técnica da gestação de substituição com mudanças significativas em relação à Resolução de 2013, como veremos a seguir: 1) permite o uso da técnica para uniões homoafetivas; 2) incluiu a orientação de que se a doadora temporária de útero não for parente consanguínea de uma das partes (“pais genéticos”), a gestação de substituição não está proibida, devendo, entretanto, o CRM avaliar e autorizar o procedimento; 3) retirou o limite de idade da doadora temporária de útero que, antes, deveria ter, no máximo, 50 (cinquenta) anos; 4) não mais se refere a Contrato de Gestação de Substituição, mas limita-se a dizer “Termo de Compromisso” entre os pacientes, estabelecendo claramente a questão da filiação da criança. Como essas questões são de grande relevância, alguns comentários sobre tais modificações tornam-se, aqui, pertinentes.

Nesse sentido, estabelecer expressamente a legitimidade do CRM em decidir sobre os casos em que a “doadora temporária de útero”, como diz a resolução, não tem parentesco com qualquer um dos pais genéticos, foi uma medida muito importante, uma vez que põe fim às dúvidas em relação ao tema e coloca nas mãos do CRM uma decisão mais fácil, posto que a resolução embasa e permite expressamente que o CRM tome tal decisão. O CRM de São Paulo, por exemplo,

---

<sup>28</sup> A resolução contemplava as ascendentes e as colaterais de segundo grau (irmãs).

<sup>29</sup> **Puerpério** é o período que ocorre logo após o parto, também denominado de **pós-parto**. Nessa fase, o corpo da mulher está em processo de **recuperação da gravidez**, sofrendo uma série de **modificações físicas e psicológicas**.

já autoriza pedidos para essa situação desde 2001,<sup>30</sup> levando-se em consideração o fato de que muitos casais não possuem parentes (mulheres) que possam ou desejem passar por este procedimento.

Ressalta-se que tanto a Resolução n. 1.358 de 1992 como a Resolução n. 1.957 de 2010, falavam na possibilidade de o CRM se posicionar sobre casos em que a mulher “doadora temporária de útero” não era parente da mãe genética. Já a Resolução n. 2.013 de 2013 não previu essa possibilidade, deixando apenas ao final do texto a indicação de que qualquer caso omissivo a respeito das técnicas de reprodução assistida previstas na Resolução deveria ser analisada pelo Conselho Federal de Medicina. Esse fato gerou uma onda de dúvidas no mundo jurídico a respeito da possibilidade ou não de o CRM aceitar e autorizar tais casos. Apesar disso, os conselhos continuavam a autorizar os procedimentos sem a relação de parentesco consanguíneo, entendendo, em sua grande maioria, que decidir diferentemente seria um retrocesso e que a gestação, dessa forma, estaria, dentro dos preceitos éticos e profissionais. Afinal de contas, mesmo que não estivesse prevista a interferência do CRM nos casos especificamente de gestação de substituição, tal indicação constava da Resolução em cláusula genérica ao final da sua redação. Uma afirmação que não se pode dizer é que somente mulheres que tenham parentesco com os pais biológicos apresentam condições psicológicas para passar pelo procedimento ou mesmo dizer que o fato de a mulher “doadora temporária de útero” ser parente dos “pais biológicos” evita 100% a chance de problemas nesses casos. Cabe ao órgão responsável analisar a situação de caso concreto e verificar qual é a intenção da mulher que se coloca à disposição para ser a *gestatriz*. Aceitar gestar o filho de outrem deve ser um ato de amor, altruísmo e solidariedade, um ato que permite a uma pessoa ou a um casal realizar seu sonho de ter filhos.

Quando o pedido é feito no CRM para procedimento de gestação de substituição em que a “doadora temporária de útero” não é parente dos “pais genéticos”, a atual resolução determina que as partes envolvidas devem apresentar: 1) Termo de Consentimento Informado, redigido em linguagem acessível e clara, com todas as informações necessárias sobre o procedimento médico, riscos e obrigações das partes; 2) Termo de Compromisso, onde as partes reconhecem

---

<sup>30</sup> Há precedentes baseados nos seguintes documentos do Cremesp: Consulta n. 43.765/2001, aprovada em reunião plenária em 31 de agosto de 2001, que autorizou a transferência de embriões para uma terceira pessoa sem vínculo familiar; Consulta n. 126.750/2005 aprovada em reunião plenária realizada em 4 de abril de 2006 que se posicionou favorável ao procedimento entre pessoas sem vínculo de parentesco, seguindo a orientação da decisão de 2001 acima citada; Consulta n. 133.827/2010 aprovada em reunião plenária realizada em 13 de maio de 2011, que resolveu que não há impedimento ético para a utilização da técnica entre mulheres tidas como irmãs de criação; Consulta n. 45.510/2013 aprovada em reunião plenária realizada em aprovada em reunião da câmara de consultas realizada em 12 de abril de 2013, que permitiu o procedimento entre casais estrangeiros. Todos os documentos podem ser encontrados no portal do Cremesp. Disponível em: <[www.cremesp.org.br/modulos/legislação/pareceres](http://www.cremesp.org.br/modulos/legislação/pareceres)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

que a “doadora temporária de útero” não tem direitos sobre a criança resultante do procedimento e que ela dará à luz a criança e a entregará para os pais biológicos, logo após o nascimento dela.

Pode-se notar que a Resolução de 2015 não usa mais o termo “Contrato de Gestação de Substituição”, mas sim “Termo de Compromisso”. É uma questão que, provavelmente, tenha relação com questões jurídicas. É possível um contrato para esses casos? As principais indagações a respeito: 1) Um contrato pode ter como objeto a gestação de um embrião humano? 2) O “contrato” gera obrigações? De que tipo? Seria uma obrigação de fazer ou obrigação de dar? 3) Se algo acontecer ao feto durante a gestação, a “doadora temporária de útero” teria obrigação de indenizar?

Não é possível que o objeto de um contrato seja uma pessoa ou um embrião humano (Código Civil art. 104 II). Nesse aspecto, alguns doutrinadores<sup>31</sup> defendem que não tem validade o “Contrato de Gestação de Substituição” uma vez que ilícito seria o seu objeto. No entanto, mesmo que se considere o contrato nulo, o fato é que as gestações têm acontecido. A relação pactuada aqui não seria uma relação meramente obrigacional no sentido de estabelecer obrigações e responsabilidades pelo descumprimento do contrato em si.

Desse modo, o “Contrato de Gestação de Substituição” seria um contrato *sui generis* com características muito diferentes dos contratos comuns, posto que não pode ter como objeto a própria gestação ou o feto, não seria um contrato para estabelecer uma obrigação de dar ou fazer e nem poderia ter características econômicas, mas sim um pacto que permitiria às partes apenas e tão somente reconhecer e estabelecer intenções sobre a filiação.<sup>32</sup> É certo que não seriam aceitos ajustamentos contrários ao que permite a legislação. Mas, nesses casos, se não há proibição expressa a respeito desse tipo de reprodução assistida, nada obsta às partes poderem se utilizar desse mecanismo. Seria, portanto, o documento que confirmaria realmente que aquela que a tem intenção de ser mãe é quem fornece o material genético, ou, no caso das relações homoafetivas, daqueles declarantes pelo interesse na reprodução humana assistida, diferentemente daquela que gesta, a qual, apesar de ser a futura responsável pela gestação e pelo nascimento da criança, não é (ou não deve ser) considerada a mãe. Portanto, a mudança da terminologia de “Contrato” para “Termo de Compromisso” foi muito interessante tanto no aspecto ético como no jurídico, mas não acaba com a discussão técnica a respeito da validade desse tipo de negócio jurídico.

---

<sup>31</sup> LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 1995. p. 140 e segs.

<sup>32</sup> FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009. p. 58 e segs.

Outra alteração interessante realizada pela Resolução n. 2.121 de 2015 do CFM foi a retirada da idade limite da “doadora temporária de útero”. Na Resolução n. 2.013 de 2013, a mulher não poderia ter mais do que 50 (cinquenta) anos. Na verdade, a Resolução de 2015 colocou no seu preâmbulo que a idade adequada deve ser de até 50 (cinquenta) anos para qualquer mulher passar por um procedimento de reprodução assistida, mas que caberá ao médico verificar o caso concreto e apresentar às partes interessadas os riscos e os insucessos possíveis da realização do procedimento com mulheres cuja idade seja superior aos 50 (cinquenta) anos. Portanto, agora, o médico poderá realizar o procedimento em mulher nessa faixa etária, se achar conveniente.

Não menos importante é a condição de que a gestação de substituição não pode ter caráter econômico. Ou seja, a técnica deve ser livre de pagamentos, onerosidade e contraprestações. Trata-se de ato solidário, altruísta. O termo “barriga solidária” passa a ser utilizado a partir dessa concepção. E o CRM, ao permitir que alguém que não seja parente sirva de “doadora temporária de útero”, deve verificar com cuidado se é caso de “barriga de aluguel”, havendo contraprestação, ou se é caso de solidariedade.<sup>33</sup> Lembre-se ainda que a Constituição Federal, no seu art. 199, § 4º, determina que: “A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização”. Portanto, está expressamente proibido o uso de qualquer parte do corpo humano de forma onerosa e isso, sem dúvida, serve também para a gestação de substituição.

## **DIREITO À MATERNIDADE E REGISTRO DE NASCIMENTO NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO**

As transformações sociais no mundo globalizado e o conhecimento de técnicas de reprodução assistida permitem ao leitor repensar nas relações familiares e, por consequência, no conceito de filiação. A ideia é que cada um possa ter liberdade e o direito de planejar e executar seu projeto pessoal de família, mas sempre se pautando pelos estandartes éticos e morais. Assim, a verdade afetiva deve bastar para a filiação, em especial quando falamos da filiação decorrente de técnicas de reprodução assistida. A maternidade, no caso de gestação de substituição, deve ser atribuída à pessoa que teve a vontade de ter o filho e que assu-

---

<sup>33</sup> Nas lições de Maria de Fátima Freire de Sá e Ana Carolina Brochado Teixeira. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005, p. 67: “A solidariedade vai além da noção de alteridade, para significar ajuda e proteção mútuas, um importar-se com o outro, com o seu desenvolvimento e a busca da felicidade.”

miu a condição de mãe ou de pai, ainda que tenha empregado para a fecundação óvulo alheio (óvulo doado).<sup>34</sup>

Em relação à maternidade, o Direito Brasileiro ainda hoje se serve da presunção *mater semper certa est*, porém, com o advento das técnicas de reprodução assistida não é mais possível considerar essa presunção absoluta. Percebe-se que o Direito Brasileiro, bem como o ordenamento jurídico de outros países, entende que a maternidade é definida pelo parto. Assim, mãe é aquela que dá à luz a criança. Tanto é assim que no momento em que uma mulher tem um filho num hospital, essa instituição emite uma Certidão de Nascido Vivo atestando que, daquela mulher, nasceu criança com determinadas características. E, munida dessa certidão, a mulher poderá registrar o filho em seu nome no Cartório do Registro Civil competente.

Mas, como proceder a fim de que o registro de nascimento da criança tenha a informação de que a mãe não é aquela que gerou e que possibilitou o nascimento da criança e sim aquela que cedeu o material genético e que teve realmente vontade da procriação? Qual o procedimento para a mãe biológica, neste caso, seja reconhecidamente a mãe jurídica? No passado, não muito remoto, a mãe biológica precisava ir ao judiciário (ações de jurisdição voluntária, previstas atualmente pelos artigos 719 a 725 do Novo CPC) para requerer que, no Registro Civil, constasse o seu nome como mãe. Na maioria das vezes, o juiz requeria o exame de DNA e tal atuação somente era possível após o nascimento da criança. Até lá as pessoas ficavam apreensivas, sem saber qual seria a decisão judicial sobre o assunto. Em momento posterior, o judiciário começou a permitir que o pedido fosse realizado antes do nascimento da criança<sup>35</sup> e determinava que o hospital deveria emitir a Declaração de Nascido Vivo em nome da mãe biológica e não em nome da doadora temporária de útero. Essa situação gerou um certo desconforto para hospitais e maternidades que tinham de afirmar algo que não era verdade.

Atualmente, existe o Provimento n. 52 da Corregedoria Nacional de Justiça (CNJ) de 14 de março de 2016, que determinou aos Cartórios de Registro Civil do Brasil que emitissem a certidão de nascimento de filhos, cujos pais optaram pela gestação de substituição. Trata-se de um avanço muito importante, primeiro porque permite que o registro seja feito de forma mais fácil, sem a necessidade de ação judicial; segundo porque demonstra que a técnica tem sido utilizada com certa frequência, fazendo, portanto, parte do nosso cotidiano.

O provimento reconheceu também a possibilidade do registro no caso de gestação de substituição entre homoafetivos. Nesse sentido, somente a partir

---

<sup>34</sup> MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*, p. 535-536.

<sup>35</sup> Como é o caso da decisão proferida no Processo n. 1047574-08.2014.8.26.0100, Fórum João Mendes Júnior, 6ª Vara da Família e Sucessões. São Paulo – SP. Outros procedimentos de jurisdição voluntária – Relações de Parentesco – W. F. C. N. e outros.

desse momento faz-se possível constar no registro o nome daquele que realmente teve a intenção na procriação. Para tanto, basta que as partes levem ao Cartório, além da Declaração de Nascido Vivo, os documentos utilizados para fazer o procedimento médico, ou seja: 1) Termo de Consentimento Informado, feito por Instrumento Público, provando que as partes autorizaram o procedimento; 2) Declaração com firma reconhecida do médico responsável (diretor técnico da clínica) que fez o procedimento, atestando a realização da gestação de substituição e quem é, de direito, mãe ou pai da criança nascida; 3) Termo de Compromisso, feito por Instrumento Público, em que a doadora temporária de útero reconhece a condição da filiação em relação aos pais biológicos ou ao casal homoafetivo; 4) Certidão de casamento ou reconhecimento da união estável do casal que pretende registrar a criança. E mais: caso a doadora temporária de útero seja casada ou mantenha união estável, deve constar no documento também a autorização do seu cônjuge ou companheiro para o registro.

## A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO CONTEMPORÂNEA

Apesar da proibição de onerosidade na gestação de substituição, é cada vez mais fácil encontrar, no ambiente informacional, em especial, na internet e nas redes sociais, como o Facebook, mulheres que se colocam à disposição para servir de “barriga de aluguel”. Tanto mulheres que já tiveram filhos como aquelas que ainda não tiveram buscam casais ou pessoas desesperadas e que fariam qualquer coisa para terem filhos. Pesquisas simples na internet demonstram a existência de vários sites direcionados para o aluguel de útero e “doação” de óvulos.<sup>36</sup> Nesses sites são encontrados perfis de mulheres informando, inclusive, quanto pretendem receber pelo serviço. Nesse caso, a internet ajudou e muito a movimentação desse “comércio” ilegal de aluguel de útero para procriação. No entanto, não se pode dizer que sem a internet os casos não aconteceriam, mas, certamente, ficariam limitados a um número menor.

A internet acelera a comunicação, movimentando as informações de forma extremamente rápida, e o fato de se ter um número cada vez maior de pessoas acessando a rede possibilita que uma informação atinja pessoas que, de outra forma, não teriam esse acesso facilitado. A informação, neste ambiente, gira o mundo em segundos e isso tem dado suporte, também, para o crescimento de casos de “barriga de aluguel” no Brasil e em todo o sistema social global.

---

<sup>36</sup> Apenas a título exemplificativo, veja-se o site: <[www.surrogatefinder.com](http://www.surrogatefinder.com)>. Há outros sites que trabalham com a intermediação de barriga de aluguel no exterior. Disponível em: <<https://barrigadealuguelnobrasil.worldpress.com>>; <<http://www.canadiansurrogacyoptions.com>>; <<https://surrogacy.ca>>; <<http://www.britishtsurrogacycentre.com/surrogacy-in-brazil/>>. Acesso em: 29 out. 2017.

Em alguns países, o comércio do útero de substituição não é ilegal como no Brasil. É o caso da Índia, da Ucrânia e de alguns estados dos Estados Unidos como a Califórnia. O mercado movimenta hoje milhões de dólares por ano. A Índia é um dos destinos mais procurados. A Tailândia e o Nepal já foram o destino de muitos casais, inclusive brasileiros, para a concretização do sonho de ter filhos, mas, atualmente, os dois países resolveram proibir a técnica para estrangeiros. A Índia também estuda a possibilidade de proibir o comércio da “barriga de aluguel”, uma vez que parte da população indiana é contra o procedimento.

Para as agências de “barriga de aluguel” que lucram com o negócio, a proposta é humanizar esse procedimento, possibilitando que várias pessoas possam realizar seus sonhos de paternidade ou de maternidade. Ocorre que utilizar esse procedimento onerosamente, envolvendo tantas questões éticas, jurídicas e sociais com mulheres desprovidas cultural e economicamente, como acontece na Índia, por exemplo, pode ser entendida como uma forma de exploração da miséria alheia. Tais mulheres, em sua grande maioria, dizem que só aceitaram ser “barriga de aluguel” para dar uma condição boa de vida para seus filhos, proporcionando-lhes estudos ou meios para que possam viver melhor e que, se não fosse a necessidade financeira, não aceitariam a proposta.

Como já foi dito anteriormente, o Brasil não permite a “barriga de aluguel”, uma vez que a Constituição Federal no art. 199, § 4º proíbe o comércio de partes do corpo humano. Apesar disso, é possível encontrar sites nacionais e estrangeiros que publicam perfis de mulheres brasileiras e de outras nacionalidades que se oferecem para servir de “barriga de aluguel” ou para vender seus óvulos no Brasil. Não se tem conhecimento nem comprovação de que esses casos tenham realmente acontecido, embora não possamos negar que eles podem existir. Lembre-se de que não há legislação específica sobre o assunto, apenas uma Resolução do Conselho Federal de Medicina. Apesar disso, alguns defendem que, para o caso, caberia a aplicação do art. 15 da Lei de Transplantes de Órgãos e Tecidos Humanos – Lei n. 9.434 de 1997,<sup>37</sup> que considera crime quem compra ou quem vende parte do corpo humano. A aplicação desse artigo encontra um impasse que se dá na seguinte questão: Na “barriga de aluguel”, não há a venda do útero, mas tão somente o seu aluguel! Isso demonstra a importância da regulamentação das práticas de reprodução humana assistida, em especial, da gestação de substituição no Brasil, para que se possa ter, de forma mais clara, quais são as consequências pelo uso indevido dessas técnicas.

---

<sup>37</sup> Art. 15. Comprar ou vender tecidos, órgãos ou partes do corpo humano: Pena: Reclusão de 3 a 8 anos e multa de 200 a 360 dias-multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem promove, intermedeia, facilita ou aufere qualquer vantagem com a transação. Sobre o assunto, verificar o texto de Nena Sales Pinheiro publicado no site: <http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>. Acesso em: 20 ago. 2016.

As resoluções do CFM foram e são importantes, mas eliminam outras necessidades. Nesse sentido, tramitam na Câmara dos Deputados vários projetos de lei,<sup>38</sup> alguns que, inclusive, proíbem a gestação de substituição, o que não é aconselhável, uma vez que a prática do procedimento na forma não onerosa, além de já ser uma realidade em nossa sociedade atual, contribui, como já verificamos neste trabalho, para o exercício do direito ao planejamento familiar.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade global contemporânea, a saúde não pode ser encarada apenas como ausência de doenças, mas sim como o produto de condições que permitem uma existência digna e saudável. Promover a saúde, nesse sentido, é também agir para diminuir as desigualdades sociais.<sup>39</sup> Ora, se o homem ou a mulher tem alguma dificuldade na procriação natural e se a ciência oferece métodos confiáveis para a procriação de forma assistida, é seguro dizer que o direito ao uso das técnicas de reprodução assistida consiste um direito de qualquer pessoa. Cabe ao Poder Público a obrigação de arcar com os custos desses procedimentos via Sistema Único de Saúde (SUS). É, também, obrigação dos planos de saúde, que devem suportar estes tratamentos para os seus segurados.

Seguindo-se esse raciocínio, negar a uma pessoa o direito de ter filhos, dificultando-lhe ou impossibilitando-lhe o uso de técnicas de reprodução assistida é uma violação efetiva ao direito fundamental à saúde (art. 196 a Constituição Federal).

No Brasil, o fato de o Conselho Federal de Medicina ter tratado, em resolução, sobre a reprodução humana assistida, em especial, o uso da técnica da gestação de substituição como forma de planejamento familiar, possibilitou que muitas famílias pudessem ser formadas e que muitas pessoas pudessem se realizar e atingir a felicidade. Além disso, permitir a gestação de substituição não onerosa, solidária e altruísta entre pessoas que não tenham relação de parentesco respeita os direitos fundamentais e o princípio da dignidade da pessoa humana. Porém, a ausência de legislação específica sobre o assunto deixa a questão passível de discussões e, portanto, faz-se necessária a regulamentação legal da matéria.

É justamente pelo fato de não existir legislação sobre o assunto no Brasil que algumas situações ocorrem de maneira mais frequente. Muito se fala do comércio de “útero”, “óvulos” e “embriões” e, com o advento da sociedade contemporânea, calcada no ambiente informacional, percebe-se um aumento significativo desse “mercado”. Isso não quer dizer que a internet não tenha seu lado positivo

---

<sup>38</sup> Os principais projetos atualmente são os de n. 1.184 de 2003, n. 5.730/2009, n. 4.292/2012 e n. 115/2015. Disponível em: <[www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br)>. Acesso em: 29 out. 2017.

<sup>39</sup> PESSINI, Leo; BARICHFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. p. 195.

em relação ao tema. Com a informação mais fácil, muitas pessoas conseguiram tratamento gratuito no SUS e outras tiveram informação para o seu planejamento familiar. É possível encontrarem-se no Facebook, por exemplo, páginas dedicadas a divulgar o procedimento da “barriga solidária” ou gestação de substituição com relatos emocionantes e que mostram o quanto o procedimento pode mudar vidas, desde que seja um ato gratuito, altruísta e de solidariedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal de Justiça do Ceará. Quinta Turma Recursal determina que Hapvida realize reprodução assistida para casal infértil. Notícia publicada em 25 de outubro de 2011. Disponível em: <<http://www.tjce.jus.br/noticias/5a-turma-recursal-determina-que-hapvida-realize-reproducao-assistida-para-casal-infertil/>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Mato Grosso. Ação Reivindicatória de paternidade e maternidade. Decisão proferida pelo juiz de Direito Auxiliar da Quarta Vara Especializada da Família e Sucessões da Comarca da Capital, Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto, que determinou à maternidade (Clínica Femina ou outra unidade hospitalar) a expedição da Declaração de Nascido Vivo da criança que está sendo gerada por E.C.D.A.R. em nome dos pais biológicos R.D.A. e T.R.S.D.A. Julho de 2012. Disponível em: <<http://www.inrpublicacoes.com.br/boletimnoticias.asp?id=5048#3>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Paraná. Processo 021/1.14.0005837-8. Comarca de Passo Fundo, Juiz da 2ª Vara Cível de Família e Sucessões – Dr. Luís Christiano Enger Aires. 13 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.ajuris.org.br/sitenovo/wp-content/uploads/2014/12/FERTILIZACAO-IN-VITRO-UTERO-DE-SBSTITUICAO-LUIS-CHRISTIANO-ENGER-AIRES.pdf>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Pernambuco. Reconhecimento de dupla paternidade de dois homens que vivem em união homoafetiva e que se utilizaram da gestação de substituição. Juiz 1ª Vara da Família e Registro Civil da Comarca de Recife, Dr. Clicério Bezerra e Silva em 28 de fevereiro de 2012. Disponível em: <[http://www.tjpe.jus.br/noticias\\_ascomSY/arquivos/2012\\_03\\_05\\_sentenca\\_dupla\\_paternidade.pdf](http://www.tjpe.jus.br/noticias_ascomSY/arquivos/2012_03_05_sentenca_dupla_paternidade.pdf)>. Acesso em: 10 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Bebê será registrado com nome de dois pais em caso de gestação por substituição. Decisão proferida pelo Juiz Luiz Claudio Broering. Disponível em: <[http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/noticias/visualizar/-/asset\\_publisher/122DU7evsBM8/content/bebe-sera-registrado-com-nomes-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao;jsessionid=F7CD945BF4634E93F38B4B1ABCE3B197](http://portal.tjsc.jus.br/web/sala-de-imprensa/noticias/visualizar/-/asset_publisher/122DU7evsBM8/content/bebe-sera-registrado-com-nomes-de-dois-pais-em-caso-de-gestacao-por-substituicao;jsessionid=F7CD945BF4634E93F38B4B1ABCE3B197)>. Acesso em: 27 ago. 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Processo 1047574-08.2014.8.26.0100. 6ª Vara da Família e Sucessões do Fórum João Mendes. WFCN, HJ e KFM contra Hospital e Maternidade Pro Matre Paulista. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/122256845/processo-n-1047574-0820148260100-da-comarca-de-sao-paulo>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Processo 2009/00104323 de 19/03/2010, Juiz José Marcelo Tossi Silva. Disponível em: <<http://www.tjsp.jus.br/cc0/obterArquivo.do?cdParecer=1672>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Processo 1028191-10.2015.8.26.0100 – Pedido de providências – Registro Civil das Pessoas Naturais. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/207529775/andamento-do-processo-n-1028191-1020158260100-pedido-de-providencias-registro-civil-das-pessoas-naturais-13-07-2015-do-tjsp>>. Acesso em: 25 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Apelação cível n. 0009908-342012.8.26.0302, Relator Des. Piva Rodrigues, da 9ª Câmara de Direito Privado, julgado em 16 de abril de 2013. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6673122&cdForo=0&v1Captcha=rtcsu>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. Apelação cível n. 0106401-09.2012.8.26.0000, Relator Des. Cesar Ciampolini, da 1ª Câmara de Direito Privado, julgado em 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=6116853&cdForo=0>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

CASABONA, Carlos Maria Romeo; QUEIROZ, Juliane Ferandes. *Biotecnologia e suas implicações ético-jurídicas*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

CASADO, María (Org.) *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre. Edipucrs. 2013.

COMPARATO, Fabio Konder. *Ética*. São Paulo: Companhia das Letras. 2016.

CREMESP. Conselho Regional de Medicina de São Paulo. Reprodução Assistida. *Nova resolução atualiza normas para uso de técnicas para mulheres com mais de 50 anos e casais homoafetivos*. Notícia de 22.09.2015. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=NoticiasC&id=3790>>. Acesso em: 10 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Consultas e pareceres*. Disponível em: <[www.cremesp.org.br/modulos/legislacao/pareceres](http://www.cremesp.org.br/modulos/legislacao/pareceres)>. Acessado em: 10 ago. 2016.

FAMÁ, María Victoria. *La filiación, régimen constitucional, civil y procesal*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2009.

FREIRE DE SÁ, Maria de Fátima; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. *Filiação e biotecnologia*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

GUTIERREZ, Ignacio Gutierrez. *Dignidade de la persona y derechos fundamentales*. Marcial Pons. Madrid/Barcelona, 2005.

IBDFAM. *Útero de substituição e as novas repercussões jurídicas*. Entrevista. Notícia publicada em 10 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibdfam.org.br/noticias/4897/novosite>>. Acesso em: 20 ago. 2016.

JORDANA, José Luiz Velásquez. Dignidade, direitos humanos e bioética. In: CASADO, María (Org.). *Sobre a dignidade e os princípios*. Porto Alegre: Edipucrs, 2013.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Procriações artificiais e o direito: aspectos médicos, religiosos, psicológicos, éticos e jurídicos*. São Paulo: RT, 1995.

LIMA NETO, Francisco Vieira. A maternidade de substituição e o contrato de gestação por outrem. In: SANTOS, Maria Celeste Cordeiro Leite (Org.). *Biodireito: ciência da vida, os novos desafios*. São Paulo: RT, 1995.

MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. São Paulo: Grupo Gen, 2013.

OLIVEIRA, Guilherme de. *Temas de direito da medicina*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

PESSINI, Leo; BARICFONTAINE, Christian de Paul de. *Problemas atuais de bioética*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

PORTAL BRASI. *Planejamento familiar*. Notícia divulgada em 06 de setembro de 2011. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/saude/2011/09/planejamento-familiar>>. Acesso em: 15 ago. 2016.

SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VATICANO. *Instruções Donum Vitae de 1987*. Disponível em: <[www.vatican.va/roma\\_curia/congregations/cfaith/documents](http://www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents)>. Acesso em: 15 ago. 2016.

\_\_\_\_\_. *Instruções dignitas personae de 2008*. Disponível em: <[www.vatican.va/roma\\_curia/congregations/cfaith/documents](http://www.vatican.va/roma_curia/congregations/cfaith/documents)>. Acessado em: 15 ago. 2016.

*Data de recebimento: 24/04/17*

*Data de aprovação: 04/05/17*

# INTELIGÊNCIA HUMILHADA OU AUTONOMIA DA RAZÃO? ENTRE O INTELLECTO E A GRAÇA

## HUMBLLED INTELLIGENCE OR AUTONOMY OF REASON? BETWEEN INTELLECT AND GRACE

*Henrique Garbellini Carnio\**  
*Josué Ricardo Menossi de Freitas\*\**

### RESUMO

---

O presente artigo pretende tratar sobre a ideia de autonomia da razão em São Tomás de Aquino e, para tanto, parte do princípio tomista do humano racional que traduz, desdobra e sedimenta ideias aristotélicas. Para dar formatação ao desenvolvimento do texto, pontua-se a herança de seu pensamento até mesmo em Agostinho, bem como as divergências cruciais que tencionam esses dois grandes pensadores, uma delas, que contribui para a conclusão do texto, seria, a saber, a do livre-arbítrio e reflexão sobre a soberania e a graça. Por fim, ressalta-se como o pensamento tomista pode ser base para algumas práticas da Igreja, porém, em essência e em seu tempo, também é um grande obstáculo para a Inquisição, pois o exercício do julgamento é legítimo de quem possui tal atribuição por investidura e, quem é investido, não pode, portanto, ter a reta razão pervertida, o que afasta a justiça e aproxima a injustiça.

**Palavras-chave:** São Tomás de Aquino; Autonomia da razão; Livre-arbítrio, Santo Agostinho; Graça.

### ABSTRACT

---

This article intends to deal with the idea of autonomy of reason in St. Thomas Aquinas and, for that, use the Thomistic rational human principle that translates, deploys and sediments Aristotelian ideas. In order

---

\* Doutor e mestre em *Filosofia do direito* e teoria do estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Pós-doutor em filosofia pela Unicamp. Professor permanente do programa de mestrado e doutorado em direito da Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp. E-mail: henriquemarbellini@hotmail.com.br.

\*\* Mestre em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – Fadisp (Bolsa Capes – Ministério da Educação do Brasil). Especialista em Direito Público pelo Complexo Jurídico Damásio de Jesus. Graduado em Direito pela FMU. Advogado. E-mail: josuemfreitas@hotmail.com.

to give shape to the development of the text, the inheritance of his thought is even punctuated in Augustine, as well as the crucial divergences which these two great thinkers intend, one of which contributes to the conclusion of the text of the free-will and reflection on sovereignty and grace. Finally, it is emphasized how Thomistic thought can be the basis for some practices of the Church, but in essence and in its time, it is also a great obstacle for the Inquisition, because the exercise of the judgment is legitimate of who has such attribution by and whoever is invested can not therefore have right reason perverted, which removes justice and brings closer injustice.

**Keywords:** St. Thomas Aquinas; Autonomy of reason; Free will, St. Augustine; Grace.

## INTRODUÇÃO

Na linha da filosofia aristotélica, Tomás de Aquino vê no homem um ser naturalmente político, destinado a viver em sociedade. A vida em sociedade, ou melhor, em suas próprias palavras, *in multitudine*, é um imperativo da própria conservação do homem. A sociabilidade humana é uma exigência biológica. Paradoxalmente, o homem só pode realizar suas finalidades pessoais imerso no universo comunitário. Não podendo dela apartar-se, e muito embora seja sempre suscetível por si só de juízo moral, o homem pertence, ainda que parcialmente, à sociedade, que lhe pode exigir todos os atos necessários à sua conservação. Nessa medida que o bem do indivíduo não pode ir de encontro ao bem da coletividade, o que, em última análise, seria antitético, porque contrariaria os próprios interesses do indivíduo e cuja subsistência depende da manutenção de uma sociedade sã em que os direitos individuais devem ser entendidos como “funções sociais”, métodos eficazes de organização da coletividade.<sup>1</sup>

Assim é que pode-se falar em Tomás de Aquino que, com seu princípio do humano racional, traduz, desdobra e sedimenta ideias aristotélicas. É de se frisar que sua atuação não se deu *ex nihilo*, mas, claramente, observa-se sua herança até mesmo em Agostinho, bem como as divergências cruciais que tencionam esses dois pensadores.

Pensamentos que se alternam e se enfrentam, com mesma base, porém em rumos diferentes por influências que se manifestaram em tempos remotos, a saber: Platão exercendo influência sobre o pensamento de Agostinho e Aristóteles sobre Aquino.

Conhecimento dado ou adquirido, justiça revelada ou desenvolvida, justo ou injusto, inteligência humilhada ou autonomia da razão: são aspectos que se

---

<sup>1</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: RT, 2015. p. 78.

confrontam e, por vezes, se relacionam, mas em momento algum conseguem chegar a um ponto puramente comum (apesar de algumas convergências em certas feições).

Daí, partimos e desenvolvemos alguns aspectos que dialogam entre a transição da predominância, no espaço/tempo, de uma para outra corrente, o que precede e sucede, concorda e traz o contraponto, promove e enfraquece tais pensamentos por meio de seus principais expoentes, não para exaltar ou desprestigiar, mas para destrinchar a autonomia da razão, seus aspectos quanto à justiça e alguns pontos que lhe são peculiares.

### FOMENTO DO PENSAMENTO TOMISTA

Em primeiro lugar, é correto definir alguns pilares, de modo que se tenha o fundamento do pensamento tomista. Nada mais lógico que se falar no pensamento clássico que se desenvolveu desde os antigos até parte da Idade Média. No jusnaturalismo que, de certa forma, privilegiava o transcendente, dando, no conceito clássico, ao cosmos, e, no medievo, a Deus, o posicionamento que regulava e regia a ordem de todas as coisas.<sup>2</sup>

Na Idade Média, portanto, aproximando-se de Aquino, verifica-se a focalização do transcendente, do celestial, tirando a realidade de foco, sacralizando os termos e elementos do período, afetando, inclusive, a expressão artística, que, de fato, é grande influência para a época e um dos retratos mais claros que se tem de determinado tempo.<sup>3</sup>

Ainda, como base para o pensamento tomista, mas com suas divergências pontuais e geradoras de um pensamento totalmente distinto, há a escola agostiniana. Santo Agostinho, influenciado pelo platonismo, apesar de tratar de aspectos próximos ao pensamento tomista como o livre-arbítrio, traz, substancialmente em discurso a ideia de uma razão limitada e decaída, enclausurada pelo pecado. Seu pensamento se assemelha ao de Platão, no sentido da necessidade da libertação tão indispensável ao homem, tendo em vista o seu estado de humilhação e aprisionamento em si mesmo. No pensamento platônico, a “Alegoria da Caverna” é o que melhor representa tal aprisionamento humano, sendo necessário que haja uma libertação rumo ao conhecimento (e pelo conhecimento). Tal livramento se dá pelo agir humano. Já, apesar da influência, mas em distanciamento do platonismo, tal libertação, no conceito agostiniano, se dá pela atuação divina, pelo conhecimento do transcendente, lançando luz sobre o imanente (de

<sup>2</sup> CARNIO, Henrique Garbellini; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz De. *Introdução à teoria e à Filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015. p. 74.

<sup>3</sup> SCHAEFFER, Francis. *A morte da razão*. 2 ed. São Paulo: Editora FIEL/Aliança Bíblica Universitária, 1977. p. 8.

forma parcial, mas libertadora). Há, portanto, nessa ideia, a conceituação do que se denomina “Inteligência Humilhada”.<sup>4</sup>

O livre-arbítrio, portanto, em Agostinho, possui uma carga não mais livre, de fato, e, sim, baseada em uma condição de iluminação divina, clareando, trazendo a libertação (presente no platonismo) tão necessária aos aspectos mais simples da existência humana. Isso implica até mesmo no Direito, propondo ao jusnaturalismo um conceito de direito dado ao homem pela autoridade divina, mostrando a deficiência humana na formulação, por si só, de leis que sejam de fato justas, dada a condição decaída da humanidade, necessitando, portanto, do parâmetro das leis eternas, aplicadas ao coração do homem como forma de apresentar limites à sua vontade, sendo um arbítrio restrito, uma razão viciada e obscurecida em si mesma, aprisionada e carente do conhecimento de Deus para sua libertação e conseqüente autoconhecimento (interessante notar que justamente aqui é que se identifica a resposta cristã ao platonismo).

Como se nota, a ligação do pensamento de Agostinho com o de Platão pode ser explorada sob claros pontos de aproximação entre ambos, mas também, de críticas. Uma crítica de Agostinho a Platão é verificada na substituição da doutrina platônica da anamnese ou reminiscência pela doutrina da iluminação. Reformando Platão, Agostinho faz das Ideias os pensamentos de Deus. No fundo, a doutrina agostiniana é a doutrina platônica transformada com base no criacionismo e a similitude da luz é aquela usada por Platão em seu “A República”, conjugada com a da luz de que falam as Sagradas Escrituras, “da mesma forma que Deus, que é puro Ser, com a criação transmite às mentes a capacidade de conhecer a Verdade, produzindo uma metafísica marcada pela própria Verdade nas mentes. Deus nos cria como Ser, nos ilumina como Verdade, nos atrai e nos dá a paz como Amor”.<sup>5</sup>

Nessa típica reflexão agostiniana temos uma significante aproximação que se remete à sua contraposição entre “Cidade Terrena” e a “Cidade Divina”. Segundo ele, dois amores diversos geram as duas cidades; o amor a si mesmo, levado até o desprezo por Deus, gerou a Cidade terrena e o amor a Deus, levado até o desprezo por si, gerou a cidade celeste. A primeira vangloria-se de si mesma, já a segunda, de Deus. Enquanto a cidade terrena é a cidade daqueles que vivem

---

<sup>4</sup> O filósofo e teólogo Jonas Madureira desenvolveu o termo “Inteligência Humilhada” baseando-se em uma tradição cristã que aborda, dentre outros, Agostinho, Anselmo, Calvino e Pascal. É, portanto, um termo cunhado pelo estudioso, porém sintetizado na história cristã, em pensamentos combinados. Palestras proferidas: O Deus que se Revela – 1 e O Deus que se revela – 2, Conferência FIEL – Águas de Lindóia – SP: Editora Fiel, entre os dias 7 e 11 de outubro de 2013 [DVD]. De forma mais ampla e, também, mais profunda: MADUREIRA, Jonas. *Inteligência humilhada*. São Paulo: Vida Nova, 2017.

<sup>5</sup> REALE, Giovanni. *História da filosofia: patrística e escolástica*, v. 2. São Paulo: Paulus, 2003. p. 91.

segundo o homem; a divina é a daqueles que vivem segundo Deus. Ambas as cidades possuem correspondentes no céu, correspondente aos anjos rebeldes e a dos que permaneceram fiéis a Deus. Na terra, essa correspondência revela-se na diferença entre Caim e Abel.

De modo geral, a história é vista por Agostinho como o resultado do pecado original de Adão e Eva, que se transferiu a todos os homens. Aqueles que neles persistem constroem a cidade humana, ou terrena, onde são permanentemente castigados; já os eleitos pela graça divina edificam a Cidade Celeste, de Deus, e vivem em bem-aventurança eterna. A criação da Cidade de Deus é a grande obra começada depois da criação e incessantemente continuada. Caim, o dilúvio, a servidão dos hebreus aos egípcios, os impérios assírio e romano são expressões da cidade terrena; já Abel, o episódio da Arca de Noé, Abraão, Moisés e, sobretudo, a vinda de Jesus, são manifestações da Cidade de Deus.

A teoria da criação do mundo de Agostinho manifesta claramente a originalidade do pensamento cristão diante da filosofia helênica. A concepção de mundo dos gregos o concebe como eterno e Deus, nele, seria o artífice que trabalha um material incriado e é capaz de dar forma ao que sempre existiu e sempre existirá. Deus, assim, criaria a ordem, transformando em cosmo o caos originário. Em Agostinho, Deus, por Sua própria essência trina, é criador de todos os seres, a partir de nada além dEle e, como consequência, apenas de Seu amor infinito. Deus não é um artista que dá forma a uma certa matéria; Ele é o criador de todas as formas e de todas as matérias.<sup>6</sup> A este amor de Deus está ligada a caridade intra-mundana e é explorando esta perspectiva que Hannah Arendt, a partir de Santo Agostinho, em sua tese de doutoramento, apresenta uma reflexão vigorosa sobre o conceito de vida em sociedade (*vita socialis*).

Por óbvio, esse penetrante agir divino tudo conhece (onisciência), estando o indivíduo totalmente transparente na presença de Deus, mesmo que a si mesmo não conheça plenamente, mas essa plenitude se apresenta *coram Deo*. É nesse sentido que a vontade, o querer humano já se mune do pecado antes mesmo da ação.<sup>7</sup> É o suficiente para a condenação.

É provável que o conceito agostiniano tenha perdido o seu sentido original no decorrer dos séculos até chegar a Tomás de Aquino que, de certo modo, adotou alguns pensamentos de seu precursor, mas não em sua totalidade, buscando embasar seu discurso no que lhe era adequado. Entre os dois pensadores é certo que o jusnaturalismo imperou com mais vigor, sendo, exatamente com o apare-

---

<sup>6</sup> PESSANHA, José Américo Motta. Santo Agostinho: vida e obra. In: *Os pensadores (col.)*. São Paulo: Abril Cultural, 1980. p. XIX.

<sup>7</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do direito*: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 109.

cimento de Tomás de Aquino que o Renascimento Humanista obteve maior destaque. Não que, necessariamente, o maior representante da Escolástica tenha exercido uma influência determinante de forma imediata na Igreja, mas sua herança se perpetuou e ganhou força na história até os dias atuais, alcançando, com toda certeza, a Filosofia, a Teologia e o Direito, dentre outros ramos do saber.

O domínio comum das coisas é de direito natural, não porque o direito natural preceitue que todas as coisas devam ser de titularidade de todos e que nada seja de propriedade de uma só pessoa. Na verdade, como no direito natural não existe distinção entre as propriedades, isso ocorre pela convenção dos homens, sendo matéria de direito positivo, como dito acima (q. 57 a 2.3), do que se conclui que a propriedade privada não é contra o direito natural, mas, sim, que ao direito natural é acrescido pela indústria humana. Constrangidos os homens a *conviver*, é indispensável que se estabeleçam regras disciplinando os limites da liberdade de cada um dentro da comunidade, observada a natureza ontológica desta e na medida do bem comum. Para a realização desta tarefa é que surge a figura da autoridade. Do contrário, cada homem, tendendo ao seu fim como bem lhe aprouvesse, entraria sempre em conflito com o seu semelhante. Havendo duas ou mais pessoas lado a lado, a litigiosidade é inevitável, o que reclama o pronto estabelecimento de regras de convivência. Daí nasce a atividade política, como um segundo momento da natureza das coisas. O governo é o princípio unificador da multidão. Cabe a ele, ordená-la ao seu fim reto, qual seja, o bem comum, elegendo, para tanto, os meios necessários. Na linha de Platão e Aristóteles, e ao contrário do que diria mais tarde Maquiavel, Tomás de Aquino diz que é melhor para o rei ser amado que temido, e que não há tirano que se sustente no poder por muito tempo, sem que o povo, insurrecto, o derrube. O rei deve ser amigo do povo e este do rei, ainda que não uma amizade entre iguais, porque este recebe o título de *pai do povo*.<sup>8</sup>

Apesar da relação estreita entre os períodos, há sutilezas que, ao se distanciarem no espaço e no tempo, tomam rumos totalmente distintos, ficando cada vez mais distantes, definidas e diferentes como linhas que assim caminham partindo do mesmo ponto, mas para direções diversas. É nesse sentido que Tomás de Aquino parte do mesmo princípio bíblico de Agostinho, mas desenvolve uma teologia filosófica que se destina a outro objetivo, como se demonstrará mais adiante.

---

<sup>8</sup> GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*, p. 78-79.

Em choque com o pensamento tomista, há que se dizer que, tendo em vista a proximidade temporal e cultural da Patrística em relação aos escritores bíblicos (em especial os neotestamentários), invoca-se uma legitimidade aos Pais da Igreja em seus escritos.<sup>9</sup>

## SÃO TOMÁS DE AQUINO E A AUTONOMIA DA RAZÃO

O pensamento que se desenvolveu por intermédio de Aquino nos traz algumas inferências quanto à razão e sua autodeterminação. É de se observar, não diferente de seus precursores, que Tomás de Aquino previa a vontade humana como viciada pelo pecado original, ou seja, estava depravada, porém, para ele, como parametrizador das ações humanas, o intelecto possuía autonomia.<sup>10</sup>

Daí, há muito mais forte que assuntos como a Predestinação, por exemplo, a autonomia da razão em Aquino. Seu pensamento, fortemente influenciado por Aristóteles, traz a razão, o racional como grande “inovação” para o pensamento de sua época.<sup>11</sup>

O aquinatense considera que o bem deve ser buscado e atingido por meio do agir humano, pela *práxis*, pela escolha, *liberum arbitrium*, norteada pela razão, para que se eleja o que, de fato, é um bem, distinguindo o que é justo e o que é injusto,<sup>12</sup> ou seja, dá ao humano uma condição totalmente desvinculada de sua natureza decaída quanto à vontade: põe à salvo o intelecto.

Nesse sentido, dá-se a proposição que caracteriza o arbítrio humano como livre, uma peculiaridade de sua humanidade, diferenciando-o de outros seres. É possível que o *Doctor Angelicus*, baseando-se no pensamento clássico, invocou a natureza (o *cosmos*), associado ao governo divino (vinculação de seu pensamento cristão), como ponto de partida da constituição humana e, depois de sua formação, o desenvolvimento do intelecto. É, então, o marco responsável por uma transição de pensamento (mesmo que se admita que o jusnaturalismo, de certo modo, abranja o pensamento tomista<sup>13</sup>), e é influenciador do Renascimento Humanista.

A Humanidade adquiriu grandes ganhos com esse pensamento, a razão foi enaltecida, o pensar lógico associado à fé deu um novo rumo à História do Pen-

---

<sup>9</sup> BENOIT, André. *A atualidade dos pais da igreja*. Tradução de Dirson Glênio Vergara dos Santos. São Paulo: Associação dos Seminários Teológicos Evangélicos, 1966. p. 69-70.

<sup>10</sup> SCHAEFFER, Francis. *A morte da razão*, p. 9.

<sup>11</sup> Então dizemos que os pensamentos “vêm e vão”, na Introdução, dado o caráter inovador de uma determinada ideia, mesmo que não nova, mas, associada a outros pensamentos e à circunstância, está munida de potencial revolucionário.

<sup>12</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 255.

<sup>13</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*, p. 270.

samento, ganhando expressão na literatura medieval, em suas formas artísticas, religiosidade, direito etc.

É nesse sentido que as ações do homem ganham destaque, sua ética é reformulada, sua responsabilidade conferida com maior grau e sua justiça avaliada. Com o escopo racional, o desenvolvimento de leis ganhou destaque, ou seja, o bem comum é atingido através do agir, e esse agir deve ser ético, pautado pelo bem. A atividade judicial também é contemplada pela razão, uma vez que a designação de justo pode ser conferida ao que o intelecto, por meio de leis, diz que assim é, e a aplicação justa se dá pelo juiz, desde que respeite tais leis.

Nota-se, portanto, que o pensamento tomista pode ser base para algumas práticas da Igreja, porém, em essência e em seu tempo, o pensamento de São Tomás é um grande obstáculo para a Inquisição, pois o exercício do julgamento é legítimo de quem possui tal atribuição por investidura e, quem é investido, não pode, portanto, ter a reta razão pervertida, o que afasta a justiça e aproxima a injustiça.<sup>14</sup> Porém, com a adoção de suas ideias pela Igreja, é, de fato, clara a utilização da criação de leis que tentam justificar a atuação injusta dos clérigos, como justa, dando a eles o poder de legislar e julgar.<sup>15</sup> É natural que as atitudes limitadas por leis e seu cumprimento estrito deem a impressão de justiça ou, na tentativa de retidão, a ideia de justificação.<sup>16</sup>

Claramente, o livre-arbítrio emitido pela razão já não é mais tão livre assim, uma vez que a normatização ganha o rótulo de “justa”, ou seja, o arbítrio é reduzido a preceitos da razão vinculada à lei (esse pensamento influi, inclusive, na ideia de salvação e julgamento eterno). A lógica é, então, (como não poderia deixar de ser) programada de acordo com os elementos que se apresentam ao indivíduo, gerando um pensamento comum. Tal discussão sobre o livre-arbítrio é figurada pelos mais novos expoentes da ideia agostiniana, mostrando mais uma vez a alternância de ideais dominantes, como se verá a seguir.

<sup>14</sup> BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*, p. 266-267.

<sup>15</sup> Mais uma vez a ideia não é nova: no Evangelho de Mateus (23.1-36), Jesus confronta o legalismo dos escribas e fariseus e suas ações. As obras, aqui, são supervalorizadas, tirando a intenção pura da discussão, ou seja, a razão busca o resultado, mas não considera e nem permite ao indivíduo que reflita sobre a motivação, a não ser que seja, em última instância, a salvação de sua alma (o que repercute nas situações mais corriqueiras da vida individual e coletiva). Jesus utiliza a razão como cativa à inteligibilidade das ações e intenções relacionadas, conforme prescreve no “Sermão do Monte” em Mateus 5: 21-48, 6:1-8 e 6:16-18. Ainda, as ações não são salvíficas, mas consequências, sendo apenas a Graça, instrumentalizada pela Fé, digna de conferir salvação (Efésios 2:8:10).

<sup>16</sup> FREITAS, Josué Ricardo Menossi de; ROMEIRO, Marcio Anatole de Sousa. Reforma e protestantismo: a gênese de uma nova ideia de justiça. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico – RPJ, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/45>>, p. 193-208. Acesso em: 27/09/2016.

## QUANTO AO LIVRE-ARBÍTRIO: ENFRENTAMENTO

Com todo o exposto, é fácil perceber que a dinâmica parte de um enfrentamento que pretendemos apresentar.

Mais adiante ao tempo de Aquino, temos o resplandecer da corrente agostiniana por meio da Reforma religiosa do século XVI. Os chamados pré-reformadores (citamos alguns: John Huss, John Wycliffe e Jerônimo Savonarola) já prepararam, ao longo dos séculos, o ambiente propício para a Reforma. Então, no século XVI, há o surgimento de ícones que lideram, em diversas partes da Europa, um crescer do pensamento agostiniano. Dentre os assuntos em pauta no período, destaca-se o “livre-arbítrio”. Obviamente, questões como a “justiça” são diretamente afetadas, uma vez que se debate a justiça humana e a divina, como sendo similares ou diversas.

Pensadores como Martinho Lutero<sup>17</sup> e João Calvino<sup>18</sup> tratam do tema da liberdade de escolha de forma a trazer outros conceitos que vinculam o princípio. Como premissa, o atributo divino da Soberania é colocado em jogo: é um conceito em que não há relativização no pensamento da Reforma, uma vez que, deixando, a soberania, qualquer elemento fora de seu controle, tal conceito se dissolveria, justamente pelo absoluto que se faz necessário à manutenção do que é soberano.

Nesse sentido, até a história da Humanidade, em seus mínimos detalhes, e a unificação do indivíduo, estão debaixo do conceito de soberania. A responsabilidade humana existe, porém, de uma forma ou de outra, cumpre um propósito superior, mesmo que aja no sentido do perverso, há a conversão do destino.<sup>19</sup>

Da mesma forma, a ação divina age na salvação do ser humano, escolhendo, de acordo com o seu conselho, aqueles a quem quer conferir Graça (*Sola Gratia*) e doar Fé (*Sola Fide*),<sup>20</sup> não por merecimento, mas por decisão absoluta (soberania) de conferir misericórdia, de modo que, mais uma vez, haja só um propósito: *Soli Deo Gloria*.

---

<sup>17</sup> Lutero, em suas 95 Teses contra as Indulgências, contesta o pagamento de tais exigências à Igreja, excluindo das obras (pagamento de indulgências) qualquer reivindicação de remissão de pecados. O professor Ricardo Castilhos faz uma sucinta explanação do confronto Luterano e Católico. CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 76-78.

<sup>18</sup> Seu pensamento teológico e filosófico é enaltecido pelo professor Alysso Leandro Mascaro. MASCARO, Alysso Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010. p. 124.

<sup>19</sup> Aqui não se fala de um destino bom ou ruim para o indivíduo em si, mas do atendimento ao propósito que a Reforma Protestante cristalizou em um de seus princípios, qual seja: *Soli Deo Gloria*. Quer dizer que, seja como for, no final redundará para a glória de Deus, para o cumprimento de Seus eternos propósitos.

<sup>20</sup> Romanos 3:27-31.

Pode-se, portanto, entender como aconteceu o enfrentamento de ideias da Igreja, até então regente, e dos reformadores: se a razão, para Aquino, era suficiente para estipular justiça, para os reformadores, embasados em uma teologia bíblica na visão agostiniana, a justiça humana era carente do divino e, portanto, injusta por si só.

Ainda, a respeito da responsabilidade humana, deve-se dizer que não há uma liberdade em seu arbítrio, mas uma tendência corrompida, uma vez que, no pensamento reformado, há uma depravação total do indivíduo, resultado do pecado original, da queda da Humanidade, comprometendo, inclusive, o intelecto. Calvino é um ferrenho defensor da natureza humana totalmente corrompida e, além de alegações próprias, recorre também a Agostinho.<sup>21</sup>

O livre-arbítrio, então, é colocado em “xeque”, uma vez que a razão é corrompida, a vontade viciada e as escolhas, então, não tendem ao bem, mesmo que assim se pense, se queira acreditar.

A lei, portanto, só é imaculada, se for a divina, pois a humana está fadada ao insucesso quanto ao atingimento do bem, a não ser que haja uma humilhação da razão, recebimento do que é dado de graça por Deus e reconhecimento de que a justiça humana é “trapo de imundícia”<sup>22</sup> e a justiça de Deus é boa, pura, reta e leva o homem ao estado de necessária humildade para que dependa da luz divina (é a aplicação do pensamento agostiniano) clareando a condição humana de pecado para que se socorra da Graça.<sup>23</sup> Os preceitos da lei divina (*Sola Scriptura*) reforçam a impossibilidade do homem de cumprir plenamente o bem, pois não atingem o elevado nível de tais normas, não alcançando, portanto, o bem plenamente.<sup>24</sup>

Mas o que dizer quanto à razão? A razão, apesar de decaída, após iluminada, pode atuar agenciando-se, buscando o que é bom, haja vista que, mesmo que, antes da iluminação divina, queira (na verdade não quer), não tem clareza, não pode discernir plenamente, o que, mesmo com iluminação, dada a soberania, é feita de forma parcial e de acordo com o parecer divino, ou seja, mesmo assim não há um livre-arbítrio, mas uma condição mais elevada que a primeira, ao ponto de poder discernir de acordo com o direcionamento de Deus rumo ao Bem

<sup>21</sup> Calvino trata, no capítulo III do segundo volume de suas Institutas, do tema “Da Corrompida Natureza do Homem nada Procede senão o Condenável”, destacando que até mesmo as boas obras não suscitam merecimento, pois são consequência da atuação da Graça divina. No capítulo V, apresenta a “Refutação das Objeções que se Costumam Interpor em Defesa do Livre Arbítrio”. CALVINO, João. *As institutas ou tratado da religião cristã*. v. 2. Tradução de Waldyr Carvalho Luz. São Paulo: Casa Editora Presbiteriana, 1985.

<sup>22</sup> Isaías 64:6.

<sup>23</sup> BÍBLIA. *Bíblia de estudo de Genebra*. Nota Teológica: Os três Propósitos da Lei. São Paulo e Barueri: Editora Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999. p. 217.

<sup>24</sup> Tiago 2:10.

Supremo (o próprio Deus), havendo, então, atuação justa do homem, sem mérito em si mesma, mas na concepção *Soli Deo Gloria*.<sup>25</sup>

Então, para o pensamento desta corrente, Deus, uma vez que tem em seus atributos o absoluto, um conhecimento e poder plenos, submete todas as coisas ao Seu senhorio, fazendo com que as ações humanas estejam condicionadas à soberania. O arbítrio humano é escravo do pecado, uma vez que, obscurecido por ele, não quer o bem por si só e não tem o conhecimento pleno de todas as coisas para escolher o melhor possível (na conjuntura humana, esse melhor é o impossível) e nem mesmo quer (não há querer, vontade).<sup>26</sup>

As ações em busca do bem, então, são geradas pela atuação divina, sua geração se dá pela iluminação do intelecto (lança-se luz para que veja, entenda, escolha o melhor necessariamente) e pela estruturação de condições para que aconteçam,<sup>27</sup> sendo o fim último dos que são predestinados pela eleição divina, a salvação, sem mérito próprio,<sup>28</sup> mas pelo enaltecimento da atuação divina na vida do ser humano. O mérito, de fato, existe, mas, de todo modo, enaltece o próprio Deus, ao passo que há merecimento nos atos de Jesus (cumprimento positivo e negativo da Lei, o que se chama na Teologia de obediência ativa e passiva) (*Solus Christus*).

Em confronto ao pensamento maciço da Reforma, o Arminianismo (Jacob Armínio) foi a principal voz, rápida e crescente, que munuiu de certa liberdade o arbítrio humano.

## REFERÊNCIAS

BENOIT, André. *A atualidade dos pais da igreja*. Tradução de Dirson Glênio Vergara dos Santos. São Paulo: Associação dos Seminários Teológicos Evangélicos, 1966.

BÍBLIA. *Bíblia de estudo de Genebra*. São Paulo e Barueri: Editora Cultura Cristã e Sociedade Bíblica do Brasil, 1999.

---

<sup>25</sup> Na própria concepção da educação dos países reformados, há a necessidade da glorificação do divino, o que é levado por toda vida e refletido em todos os sentidos da vida religiosa ou secular (Romanos 11:36), conforme FREITAS, Josué Ricardo Menossi de; CASTILHO, Ricardo. A função social do direito à educação e sua influência por meio da reforma do século XVI. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico – RPJ, v. 8, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/27>>. Acesso em: 6/11/2017.

<sup>26</sup> Charles Haddon Spurgeon trata, em um de seus sermões, sobre a improcedência do “livre-arbítrio”. SPURGEON, Charles Haddon. Livre-arbítrio: um escravo. Sermão proferido em 2 de dezembro de 1855, na Capela de New Park Street, Londres. Editora PES (Publicações Evangélicas Seleccionadas).

<sup>27</sup> João 15:5; Filipenses 2:13.

<sup>28</sup> Efésios 2:8-10.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do direito*. 10. ed. revista e aumentada. São Paulo: Atlas, 2012.

CALVINO, João. *As institutas ou tratado da religião cristã v. 2*. Tradução de Waldyr Carvalho Luz. São Paulo: Casa Editora Presbiteriana, 1985.

CARNIO, Henrique Garbellini; ABOUD, Georges; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *Introdução à teoria e à Filosofia do direito*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2015.

CASTILHO, Ricardo. *Filosofia do direito*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Estudos de Filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, Josué Ricardo Menossi de; CASTILHO, Ricardo. *A função social do direito à educação e sua influência por meio da reforma do século XVI*. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico – RPJ, v. 8, n. 2, 2015. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/27>>. Acesso em: 06/11/2017.

\_\_\_\_\_; ROMEIRO, Marcio Anatole de Sousa. *Reforma e protestantismo: a gênese de uma nova ideia de justiça*. São Paulo: Revista Pensamento Jurídico – RPJ, v. 9, n. 1, 2016. Disponível em: <<http://revistapensamentojuridico.fadisp.com.br/ojs/index.php/pensamentojuridico/article/view/45>>, p. 193-208. Acesso em: 27/09/2016.

GUERRA FILHO, Willis Santiago; CARNIO, Henrique Garbellini. *Introdução à sociologia do direito*. São Paulo: RT, 2015.

MADUREIRA, Jonas. *Inteligência humilhada*. São Paulo: Vida Nova, 2017.

\_\_\_\_\_. Palestras proferidas: *O Deus que se revela – 1 e O Deus que se revela – 2*, Conferência FIEL – Águas de Lindóia: Editora FIEL, entre os dias 07 e 11 de outubro de 2013 [DVD].

MASCARO, Alysson Leandro. *Filosofia do direito*. São Paulo: Atlas, 2010.

REALE, Giovanni. *História da filosofia: patrística e escolástica*, v. 2. São Paulo: Paulus, 2003.

SCHAEFFER, Francis. *A morte da razão*. 2. ed. São Paulo: Editora FIEL/Aliança Bíblica Universitária, 1977.

SPURGEON, Charles Haddon. *Livre-arbítrio: um escravo*. Sermão proferido em 2 de dezembro de 1855, na Capela de New Park Street, Londres. Editora PES (Publicações Evangélicas Seleccionadas).

Data de recebimento: 18/09/17

Data de aprovação: 04/10/17

# O COMPONENTE ESPELEOLÓGICO NO LICENCIAMENTO AMBIENTAL

## THE SPELEOLOGICAL COMPONENT IN ENVIRONMENTAL LICENSING

*Gabriel Luis Bonora Vidrih Ferreira\**

### RESUMO

---

Em decorrência da promulgação do Decreto Federal n. 6.640/2008, instalou-se no Brasil uma nova forma de tratamento ambiental das cavidades naturais subterrâneas, passando a se definir a especificidade de seu regime jurídico ambiental em razão do grau de sua relevância. Neste contexto, o presente trabalho tem como objetivo apresentar um panorama a respeito da forma de tratamento do componente espeleológico no âmbito do licenciamento ambiental, enfocando questões relacionadas à inserção do estudo de classificação do grau de relevância das cavernas neste procedimento, bem como apontando diretrizes a respeito da relação deste estudo com a avaliação de impacto ambiental, da competência para o licenciamento e da proteção à área de influência das cavidades naturais subterrâneas.

**Palavras-chave:** Cavidades naturais subterrâneas; Licenciamento ambiental; Patrimônio espeleológico.

### ABSTRACT

---

As a result of the promulgation of Federal Decree n. 6.640/2008, a new form of environmental treatment of the underground natural cavities was installed in Brazil, defining the specificity of its environmental legal regime due to the degree of its relevance. In this context, the present work aims to present an overview of the treatment of the speleological component in environmental licensing, focusing on issues related to the inclusion of the study of classification of the degree of relevance of caves in this procedure, as well as pointing guidelines Regarding the relation of this study with the

---

\* Doutor em Direito pela PUC-SP no Projeto Temático Direito Minerário Ambiental (Convênio com a VALE S.A.). Mestre em Direito Ambiental pela UEA – Universidade do Estado do Amazonas. Especialista em Direito Ambiental pela PUCPR – Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor da UEMS – Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Líder dos Grupos de Pesquisa “Legislação, gestão ambiental e desenvolvimento sustentável” e “Direitos humanos e desenvolvimento sustentável”, cadastrados junto ao CNPq. E-mail: gvidrih@uol.com.br.

environmental impact assessment, the competence for the licensing and the protection to the area of influence of the underground natural cavities.

**Keywords:** Underground natural cavities; Environmental licensing; Caving heritage.

## INTRODUÇÃO

Dotado de uma extensão continental, o Brasil apresenta condições bastante favoráveis à ocorrência de cavidades naturais subterrâneas em seu território. Embora 90% das cavernas conhecidas no mundo tenham o seu desenvolvimento estabelecido em regiões com rochas carbonáticas, observa-se, no Brasil, a existência de cavidades subterrâneas em variados tipos de litologias.<sup>1</sup>

Segundo a Base de Dados do Cecav (Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas), o Brasil conta atualmente com 14.198 registros de cavidades naturais subterrâneas.<sup>2</sup> No entanto, reconhece-se que o potencial nacional se situa num panorama muito superior a este.

Considerando que Itália e França, países mais avançados nas pesquisas espeleológicas e com dimensão territorial aproximadamente equivalente ao Estado de Minas Gerais, possuem, cada uma, mais de 40 mil cavernas catalogadas, estima-se que o contingente de cavidades naturais subterrâneas em nosso país pode se situar em algo superior a cem mil unidades.<sup>3</sup>

Em decorrência do advento da Resolução Conama n. 347/2004 e, posteriormente, do Decreto Federal n. 6.640/2008, que ofereceu nova redação ao Decreto n. 99.556/1990, instalou-se no Brasil uma nova forma de tratamento ambiental das cavidades, passando a se definir a especificidade de seu regime jurídico em razão da “classificação do grau de relevância” da caverna, executada no âmbito do licenciamento ambiental, sendo sua conclusão determinante para a orientação quanto à forma de abordagem da legislação em relação à possibilidade e extensão dos impactos ambientais provocados no ambiente cavernícola.

Neste contexto de mudança de rumos da legislação ambiental, o licenciamento ambiental passou a adquirir certas peculiaridades quando presente a imposição de impacto ambiental às cavidades naturais subterrâneas, tornando-se um instrumento ainda mais relevante no que se refere ao processo de governança do patrimônio espeleológico nacional.

---

<sup>1</sup> AULER, A.; PILÓ, L. B. Introdução à espeleologia. In: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Curso de Espeleologia e licenciamento ambiental*. Brasília, p. 7-23, 2010. p. 9.

<sup>2</sup> JANSEN, Débora Campos; PEREIRA, Karolina do Nascimento. Distribuição e caracterização das cavernas brasileiras segundo a base de dados do CECAV. *Revista Brasileira de Espeleologia*, v. 2, n. 4, p. 47-70, 2014. p. 47.

<sup>3</sup> AULER, Augusto. Cavernas. In: CAMPANILI, Maura; RICARDO, Carlos Alberto (Org.). *Almanaque Brasil socioambiental*. São Paulo: ISA, 2007. p. 266.

Diante deste cenário, o presente trabalho se destina a analisar a forma com que o componente espeleológico se manifesta no âmbito do procedimento de licenciamento ambiental destacando as especificidades existentes no processo de apropriação dos recursos naturais subterrâneos.

Inicialmente, apresenta-se a evolução da legislação espeleológica e a afirmação do instrumento da classificação do grau de relevância como mecanismo de intervenção do Estado utilizado para viabilizar o uso racional das cavernas exigido pela premissa do desenvolvimento sustentável. A classificação do grau de relevância é destacada como estudo ambiental que proporciona a conciliação da dupla dimensão incidente sobre o microbem ambiental cavernícola, revelando a maneira como este recurso natural se relaciona com o equilíbrio ecológico.

Por conseguinte, apresenta-se um panorama a respeito do modo de tratamento do componente espeleológico no licenciamento ambiental, enfocando questões relacionadas à inserção do estudo de classificação do grau de relevância das cavernas neste procedimento, bem como apontando diretrizes a respeito da relação deste estudo com a avaliação de impacto ambiental, da competência para o licenciamento e da proteção à área de influência das cavidades naturais subterrâneas.

Embora a regra da unidade do licenciamento seja uma das bases prescritas na Lei Complementar n. 140/2011, canais de cooperação também constam previstos na referida norma se mostrando como um mecanismo de extrema valia para as situações envolvendo cavidades naturais subterrâneas em razão do nível de especialização do conhecimento neste ramo e como forma de se garantir a uniformidade da política ambiental na tutela do patrimônio espeleológico nacional.

## **EVOLUÇÃO DA LEGISLAÇÃO DE INTERESSE ESPELEOLÓGICO**

Na década de 1980 se constata a primeira exposição oficial de preocupação do poder público quanto à conservação do ambiente cavernícola com a publicação da resolução Conama n. 9, de 24 de janeiro de 1986, que instituiu uma Comissão Especial destinada a tratar assuntos relativos às questões de preservação do Patrimônio Espeleológico no Brasil.

Considerando a importância de se organizar a exploração e preservação do patrimônio espeleológico nacional frente à inexistência de uma legislação específica, o Conama editou a resolução n. 5, de 6 de agosto de 1987, que continha o “Programa Nacional de Proteção ao Patrimônio Espeleológico” materializado por meio da prescrição de uma série de recomendações.

Fruto de articulações provenientes da Sociedade Brasileira de Espeleologia, ainda na década de 1980, políticos e cientistas se manifestavam no sentido de incluir

as cavernas sob o domínio público.<sup>4</sup> Como resultado deste movimento, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, as cavidades naturais subterrâneas passaram a ser integrantes dos bens da União, nos termos do art. 20, X.

Na década de 1990, a edição da portaria Ibama n. 887, de 15 de junho de 1990, inaugura uma etapa de ações mais incisivas do poder público no que se refere ao resguardo das cavidades naturais subterrâneas no Brasil, estatuinto as primeiras disposições que passariam a disciplinar a gestão das cavernas presentes no território nacional.

O principal aspecto a se ressaltar na referida norma, consiste na expressa limitação de uso das cavidades naturais subterrâneas direcionadas apenas a estudos de ordem técnico-científica ou atividades espeleológicas, étnicas-culturais, turísticas, recreativas ou educativas.

Pouco tempo depois, em 1º de outubro de 1990, foi sancionado o Decreto Federal n. 99.556, dispondo sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional e outras providências. O referido Decreto reafirma variadas disposições prescritas na portaria Ibama n. 887, em especial, a necessidade de Estudo de Impacto Ambiental como forma de se prevenir a lesão a áreas de ocorrência de cavidades naturais subterrâneas ou de potencial espeleológico (art. 3º).

Do mesmo modo, o referido diploma prescrevia que as cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional se constituíam como patrimônio cultural brasileiro, devendo ser preservadas e conservadas, de modo a permitir estudos e pesquisas de ordem técnico-científica, bem como atividades de cunho espeleológico, étnico-cultural, turístico, recreativo e educativo.

Em 2004, o Conama editou a Resolução n. 347 que representou uma espécie de “divisão de águas” na disciplina das cavidades naturais subterrâneas no Brasil, considerando que houve a transição de um modelo generalista para um sistema que levava em consideração certos atributos das cavernas que poderiam revelar sua relevância para fins de anuência do Ibama no processo de licenciamento.

A Resolução Conama n. 347/2004 surgiu com o propósito de aprimorar o Programa Nacional de Proteção ao Patrimônio Espeleológico e de incorporar ao sistema de licenciamento ambiental os instrumentos de gestão ambiental do patrimônio espeleológico.

Nos termos do art. 4º da referida resolução, a “localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades”

---

<sup>4</sup> AULER, Augusto. *Relevância de cavidades naturais subterrâneas: contextualização, impactos ambientais e aspectos jurídicos*. Projeto Bra/01/039. Relatório 1. Apoio à reestruturação do Setor Energético. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Ministério de Minas e Energia – MME, 2006.

que possam afetar o patrimônio espeleológico ou sua área de influência dependerão de prévio licenciamento pelo órgão ambiental competente.

A inovação trazida pela resolução n. 347 (art. 2º, II) diante do cenário anterior consistia na definição de “cavidade natural subterrânea relevante para fins de anuência do Ibama”, compreendida como aquela que durante o processo de licenciamento ambiental no órgão competente apresentasse “significativos atributos ecológicos, ambientais, cênicos, científicos, culturais ou socioeconômicos, no contexto local ou regional”.

Caberia, então, ao órgão licenciador, nos termos do parágrafo único do art. 5º da resolução, analisar o grau de impacto ao patrimônio espeleológico e, uma vez identificadas cavidades naturais subterrâneas que apresentassem significativa relevância diante de certos atributos, as mesmas ficariam com seu licenciamento ambiental na dependência da prévia anuência do Ibama.

Com a fixação deste tratamento, que esboçou atenção diante dos diferentes atributos que poderiam denotar a importância de determinadas cavidades naturais subterrâneas, a Resolução Conama n. 347/2004 abriu as portas para a consolidação de um sistema que fundamentasse a proteção ambiental tendo por base a classificação do grau de relevância das cavernas.

Como consequência desta trajetória da legislação de interesse espeleológico, a publicação do Decreto Federal n. 6.640, de 7 de novembro de 2008, trouxe significativas alterações quanto à disciplina jurídica de proteção às cavernas, visando consolidar um panorama que propiciasse a conciliação entre o desenvolvimento econômico e a necessidade de proteção deste patrimônio ambiental.

Por meio do referido Decreto, ofertou-se nova redação aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º do Decreto n. 99.556/1990, além de acrescentar os arts. 5-A e 5-B.

Diante das alterações impostas, instalou-se, em nosso país, uma nova forma de tratamento ambiental das cavidades, passando a se definir a especificidade de seu regime jurídico em razão da “classificação do grau de relevância” da caverna, executada no âmbito do licenciamento ambiental, sendo sua conclusão determinante para a orientação quanto à forma de tratamento da legislação em relação à possibilidade e extensão dos impactos ambientais provocados no ambiente cavernícola.

## **CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE RELEVÂNCIA DAS CAVIDADES NATURAIS SUBTERRÂNEAS**

Caracterizando-se como uma espécie de estudo ambiental destinado a gerar subsídios para o procedimento de licenciamento ambiental, a classificação do grau de relevância consiste em instrumento que analisa as características de cada uma das cavidades naturais subterrâneas, disciplinando em que medida as mesmas passam a poder sofrer impactos advindos das atividades produtivas.

Ao instituir a classificação do grau de relevância das cavidades, o ordenamento jurídico brasileiro segue a compreensão de busca pela integração e realização conjunta das variáveis econômica e ecológica, viabilizando o exercício da livre iniciativa desde que respeitados os atributos ambientais relevantes do acervo espeleológico nacional.

Conforme enfatiza Derani, do mesmo modo que as relações produtivas encontram sua base nos recursos naturais fornecidos pela natureza, a natureza deve ser compreendida como elemento integrante das relações humanas, sendo tarefa do ordenamento jurídico representar este relacionamento.<sup>5</sup>

Levando em conta que tanto o processo produtivo quanto a política ambiental apresentam como objetivo o resguardo ou a manutenção da qualidade de vida, a tônica que deve reger este relacionamento deve basear-se no postulado da compatibilização.<sup>6</sup>

Do mesmo modo, a definição de critérios para o acesso às cavidades naturais subterrâneas pode ser compreendida como um mecanismo de intervenção do Estado, que por meio da regulação direta “procura disciplinar o comportamento dos agentes econômicos, impondo ou proibindo determinadas condutas e estabelecendo níveis máximos para o uso dos recursos naturais”.<sup>7</sup>

No contexto do desenvolvimento sustentável, afirma-se ainda o entendimento de que a implementação de atividades impactantes não se mostra possível, a não ser que acompanhadas de medidas compensatórias e ou mitigadoras das transformações impostas ao meio ambiente.<sup>8</sup>

A operacionalidade do sistema trazido pela classificação do grau de relevância das cavernas pode ser dividida em dois efeitos distintos, mas vinculados. Num primeiro momento, a veiculação da classificação reconhecerá a possibilidade, ou não, de impacto sobre as cavidades subterrâneas. Em seguida, de acordo com o grau de classificação, são prescritos os critérios necessários para a melhor adequação da compensação ambiental.

Neste sentido, no âmbito das ações de desenvolvimento do procedimento de licenciamento ambiental o órgão ambiental competente estará vinculado à realização da classificação do grau de relevância das cavernas visando obter o respaldo normativo acerca do tratamento a ser oferecido às cavidades subterrâneas.

---

<sup>5</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 187.

<sup>6</sup> DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*, p. 82

<sup>7</sup> CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p. 74.

<sup>8</sup> RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 137.

Somente ultrapassada a etapa de classificação do grau de relevância de uma caverna, ou seja, somente após análise técnica de suas características ambientais, é que se abre, ou não, a possibilidade de produção de impactos.

Da mesma forma, questões relativas à natureza difusa do meio ambiente irradiam efeitos em relação à sua abordagem global/unitária (macrobem), como também quanto os recursos ambientais que o compõem (microbens).

Em decorrência desta dupla dimensão do bem ambiental, tem-se também uma complexa duplicidade no que se refere ao regime jurídico de proteção aos microbens ambientais (onde se situam as cavidades naturais subterrâneas) traduzida por uma “superposição em um mesmo espaço de várias prerrogativas distintas relacionadas com usos e titularidades diferentes”<sup>9</sup>.

Conforme indica D’Isep, os microbens ambientais são geridos de maneira vertical recebendo tratamento jurídico setorial visando contemplar as peculiaridades individualizadas de cada bem. Já o macrobem, que representa o conjunto integrado dos elementos do meio ambiente, é administrado de forma horizontal baseado em uma perspectiva holística e que lhe oferece unidade. Nesta dinâmica, as políticas públicas ambientais refletirão esta realidade normativa (vertical e horizontal), com o intuito de assegurar uma disciplina sistêmica ao meio ambiente.<sup>10</sup>

Diante deste quadro, o instrumento da classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas pode ser retratado como mecanismo que proporciona a conciliação da dupla dimensão incidente sobre o microbem ambiental cavernícola. Em outras palavras, a classificação de relevância é a engrenagem utilizada para se estatuir o uso racional das cavernas exigido pelo princípio da sustentabilidade.

Por meio da classificação do grau de relevância cada cavidade natural subterrânea passará por uma leitura técnica visando detectar em que medida ocorre a sua contribuição para o equilíbrio ecológico que grava o macrobem ambiental. Quanto menor for esta participação, maiores serão as possibilidades de geração de impacto sobre este bem. Ou seja, é a classificação do grau de relevância que ditará em que medida a vertente sistêmica do meio ambiente afetará o uso privativo das cavernas.

---

<sup>9</sup> BENATTI, José Heder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio V. Veiga; IRIGARAY, Carlos T.H. (Org.). *O Direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora Petrópolis, p. 205-243, 2005. p. 211.

<sup>10</sup> D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Políticas públicas ambientais: da definição à busca de um sistema integrado de gestão ambiental*. In: D’ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: RT, p. 156-171, 2009. p. 160-161.

Considerando que a tutela do meio ambiente se erige tendo por base o resguardo do macrobem, serão protegidos e conservados pelo ordenamento aqueles microbens cuja atuação/existência apresente determinada contribuição ao equilíbrio ecológico. Assim, a cavidade natural subterrânea que não apresentar relevância em qualquer das suas potenciais vertentes de funcionalidade poderá sofrer impacto ambiental irreversível com a respectiva compensação adequada aos seus traços de representatividade.

### **CRITÉRIOS APLICÁVEIS À CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE RELEVÂNCIA**

Os critérios que orientam a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas encontram-se dispostos no Decreto n. 99.556/1990 (com nova redação oferecida pelo Decreto n. 6.640/2008) e na Instrução Normativa n. 2/2009 do Ministério do Meio Ambiente, que detalha a metodologia aplicável por este instrumento.

De acordo com a sistemática trazida pela legislação, foram definidas quatro classes de grau de relevância para as cavernas (máximo, alto, médio, baixo), determinadas por meio da análise de variados atributos, como ecológico, biológico, geológico, hidrológico, paleontológico, cênico, histórico-cultural e socioeconômico.

As cavidades naturais subterrâneas enquadradas com grau de relevância máximo, assim como sua área de influência, são passíveis apenas de utilização dentro de condições que assegurem a integridade física e equilíbrio ecológico, não havendo possibilidade de impacto ambiental irreversível.

Quanto às cavernas enquadradas com grau de relevância alto, médio ou baixo, a legislação passa a prever a possibilidade de incidência de impactos ambientais irreversíveis, inclusive a sua supressão, por meio do licenciamento ambiental e conforme critérios específicos e gradativos, expressos para cada uma destas classes.

Conforme ressalta Berbert-Born, a sistemática da classificação do grau de relevância se fundamenta no reconhecimento do nível de importância de determinado elemento do meio ambiente, denominado atributo, frente a um contexto espacial especificamente delimitado (local e regional).<sup>11</sup>

Ao todo, a definição do grau de relevância de uma cavidade natural subterrânea será estabelecida por meio da apreciação de 45 atributos de ordem biológica, física e sociocultural onde se busca identificar situações que revelem “notoriedade, singularidade, expressividade, representatividade e significância, que

---

<sup>11</sup> BERBERT-BORN, Mylène. Instrução Normativa MMA 02/09: método de classificação do grau relevância de cavernas aplicado ao licenciamento ambiental: uma prática possível? *EspeleoTema*, v. 21, n. 1, p. 67-103, 2010. p. 68.

traduzam valores ecológicos, científicos e culturais a serem preservados ou compensados”.<sup>12</sup>

A metodologia consagrada pelo Decreto e pela Instrução Normativa se constitui pela análise individualizada de cada um dos possíveis atributos relativos às cavernas. Nesta toada, cada atributo objetivamente considerado é enquadrado em variáveis estatuídas pela legislação visando detectar o seu nível de importância em cada cenário territorial.

De um modo geral, as variáveis definidas se direcionam a caracterizar a presença ou não do atributo (critério da presença ou ausência) ou a qualificá-lo diante de certos parâmetros baseados em considerações do tipo “baixo/médio/alto”, “significativo/não significativo”, “muitos/poucos”, “constante/periódico/esporádico”.<sup>13</sup>

O nível de importância é considerado sob dois recortes territoriais prescritos pela norma ambiental, que se baseia na representatividade do atributo relativo ao contexto do local onde está a cavidade (enfoque local) e em um cenário mais amplo envolvendo a região da cavidade como um todo (enfoque regional).<sup>14</sup>

Enquanto o enfoque local é delimitado tendo por base a unidade geomorfológica, compreendida como aquela que apresente continuidade espacial e que contemple pelo menos a área de influência da cavidade (§ 2º, art. 14, da Instrução Normativa n. 2/2009 do Ministério do Meio Ambiente), o enfoque regional se direciona à análise da unidade espeleológica, considerada como a área dotada de homogeneidade fisiográfica que pode combinar diversas formas do relevo cárstico e pseudocárstico, sendo delimitada por um conjunto de fatores ambientais específicos para a sua formação (§ 3º, art. 14, Instrução Normativa n. 2/2009 do Ministério do Meio Ambiente).

A sistemática estabelecida pela legislação preconiza que a classificação do grau de relevância correrá sob as expensas do empreendedor ou interessado e será efetivada perante o órgão ambiental competente no âmbito do procedimento do licenciamento ambiental.

Além de indicar que os estudos espeleológicos devem ser realizados por equipes multidisciplinares, a Instrução Normativa n. 02/2009 do Ministério do Meio Ambiente (art. 15) fixa também um conjunto mínimo de ações que deverão nortear a classificação, envolvendo pelo menos: a) levantamento bibliográfico e cartográfico; b) coleta e análise de dados de campo multitemporais; c) análise de laboratório; d)

---

<sup>12</sup> BERBERT-BORN, Mylène. Instrução Normativa MMA 02/09: método de classificação do grau relevância de cavernas aplicado ao licenciamento ambiental: uma prática possível? p. 67.

<sup>13</sup> BERBERT-BORN, Mylène. Instrução Normativa MMA 02/09: método de classificação do grau relevância de cavernas aplicado ao licenciamento ambiental: uma prática possível? p. 68.

<sup>14</sup> BERBERT-BORN, Mylène. Instrução Normativa MMA 02/09: método de classificação do grau relevância de cavernas aplicado ao licenciamento ambiental: uma prática possível? p. 70.

processamento e integração de dados e informações; e e) consulta a especialistas, comunidades locais, comunidade espeleológica e instituições de ensino e pesquisa.

Como regra, a legislação fixa a compreensão do ecossistema cavernícola como condicionante para aprovação do estudo espeleológico de maneira que se remete ao empreendedor ou interessado a tarefa de viabilizar o desenvolvimento de trabalhos que se mostrem suficientes para embasar a classificação em graus de relevância das cavidades naturais.

## LICENCIAMENTO AMBIENTAL E A CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE RELEVÂNCIA

Na dinâmica trazida pelo sistema de classificação do grau de relevâncias das cavidades naturais subterrâneas, a análise particularizada destes elementos do acervo espeleológico brasileiro se manifesta de forma atrelada à aplicação do licenciamento ambiental.

Conforme adverte Pedro Campany Ferraz, não apresenta sentido a exigência de classificação de relevância de uma cavidade em decorrência de sua mera existência:

Caso houvesse a necessidade de se classificar todas as cavidades existentes no Brasil, caberia ao Poder Público realizar ou exigir de que todos os proprietários de imóveis detentores de cavidades devessem realizar tais estudos.<sup>15</sup>

Como instrumento técnico-legal a serviço da avaliação de impactos ambientais, a classificação do grau de relevância é regida pelas normas de licenciamento ambiental sendo um estudo exigível para aquelas situações que apresentem potencial impacto ao patrimônio espeleológico e sua área de influência.<sup>16</sup>

Materializando a vertente preventiva do direito ao meio ambiente, o licenciamento ambiental acaba assumindo relevante valor no que se refere à dinâmica do regime de proteção do patrimônio espeleológico brasileiro, já que é em seu interior onde se produzirá a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas concluindo-se sobre a possibilidade e respectivas condições da licença.

Conforme adverte Paulo de Bessa Antunes, as intervenções humanas sobre o meio ambiente se submetem ao controle do Poder Público, consistindo o licenciamento ambiental em um dos mais importantes instrumentos neste sentido, visando estabelecer as premissas que orientarão as atividades utilizadoras de recursos ambientais.<sup>17</sup>

<sup>15</sup> FERRAZ, Pedro Campany. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis? In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JR, José Ângelo. *Direito Minerário e Direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 342.

<sup>16</sup> FERRAZ, Pedro Campany. *Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis?* p. 343.

<sup>17</sup> ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 103-104.

O licenciamento ambiental refere-se a procedimento administrativo “que tramita perante órgãos ambientais, e que tem por objeto estabelecer as condições e os requisitos para o exercício de uma atividade ou empreendimento” que, de alguma maneira, possa acarretar algum tipo de degradação ambiental.<sup>18</sup>

Considerado como um dos instrumentos da PNMA (Art. 9º, IV), o licenciamento ambiental é conceituado pela resolução Conama n. 237/97, inc. I do art. 1º, nos seguintes termos:

(...) procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Consistindo em uma “sucessão de atos concatenados com o objetivo de alcançar uma decisão final”,<sup>19</sup> o licenciamento ambiental representa a forma de acompanhamento da Administração pública sobre as interferências no meio ambiente, de modo a compatibilizar o desenvolvimento econômico com a preservação do equilíbrio ecológico.<sup>20</sup>

Trata-se, na realidade, de instrumento com viés plurifuncional que, amparando-se no princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tem como escopo não só controlar eventuais prejuízos ambientais, mas também fixar medidas de cunho mitigatório ou compensatório diante da perda da qualidade ambiental que será produzida por atividade ou empreendimento.<sup>21</sup>

No caso de atividades que possam afetar as cavidades naturais subterrâneas, as disposições legais e normas específicas aplicáveis consistem naquelas que delinham a classificação do grau de relevância como mecanismo a revelar a possibilidade de impacto quanto a cada elemento do acervo espeleológico nacional.

Levando em conta que pela sistemática do regime jurídico ambiental objeto deste estudo, não existe caverna sem relevância, toda e qualquer conduta que possa ser considerada efetiva ou potencialmente poluidora deste bem ambiental ensejará a aplicação do licenciamento ambiental por parte do órgão competente.<sup>22</sup>

<sup>18</sup> DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004. p. 83.

<sup>19</sup> SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 223.

<sup>20</sup> MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 511.

<sup>21</sup> MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Silvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007. p. 57-59.

<sup>22</sup> Art. 5º-A. A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empre-

No âmbito do procedimento de licenciamento ambiental, o órgão competente expedirá, isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza da atividade, a Licença Prévia, a Licença de Instalação e a Licença de Operação (Decreto n. 99.274/1990, art. 19 e resolução Conama n. 237/97, art. 8º).

Enquanto a Licença Prévia é concedida na fase preliminar de planejamento do empreendimento ou atividade, a Licença de Instalação autoriza o início da implantação da atividade em consonância com os critérios exigidos e a Licença de Operação autoriza o início do funcionamento da atividade licenciada conforme medidas de controle exigidas.

De acordo com Luís B. Piló e Augusto Auler, é na etapa relacionada à expedição da Licença Prévia onde serão desenvolvidos os estudos relacionados ao potencial espeleológico e respectiva prospecção espeleológica, análise da topografia das cavernas, estudos geoespeleológicos, estudos bioespeleológicos, estudos socioeconômicos, históricos culturais que serão utilizadas para a definição da análise relevância de cada uma das cavidades naturais subterrâneas.<sup>23</sup>

Por se relacionar à licença ambiental que avalia eminentemente a viabilidade ambiental da atividade descrevendo os requisitos básicos e condicionantes para o seu exercício, a Licença Prévia depende das conclusões advindas da classificação do grau de relevância para ser expedida em conformidade com a possibilidade e magnitude de impactos passíveis de serem sofridos pelas cavidades naturais subterrâneas analisadas.

## CAVIDADES NATURAIS SUBTERRÂNEAS E A COMPETÊNCIA PARA O LICENCIAMENTO AMBIENTAL

No que se refere à competência para o licenciamento ambiental, o fato do art. 23, VI, da Constituição Federal<sup>24</sup> estabelecer a proteção do meio ambiente e o combate à poluição como matéria comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios sempre ensejou a importância de critérios que pudessem especificar da maneira como essa aplicação ocorreria no caso concreto. Por este motivo, o parágrafo único do art. 23 trouxe a previsão de que Lei Complementar seria responsável pela fixação de normas para a cooperação neste sentido.

Durante o tempo em que não existiu a referida Lei Complementar, os órgãos públicos vinculados ao licenciamento ambiental se utilizaram dos princípios constitucionais e normas infraconstitucionais, em especial, a Lei de PNMA, além

---

endimentos e atividades, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadores de cavidades naturais subterrâneas, bem como de sua área de influência, dependerão de prévio licenciamento pelo órgão ambiental competente.

<sup>23</sup> AULER, A.; PILÓ, L. B. *Introdução à espeleologia*, p. 22.

<sup>24</sup> Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. VI – proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

de atos normativos infra-legais relacionados ao tema, como forma para se solucionar as questões de distribuição de competências materiais.<sup>25</sup>

Em razão da necessidade de definição de parâmetro orientador para o exercício da competência para o licenciamento ambiental, a resolução Conana n. 237/1997 (arts. 4º, 5º e 6º), passou a regulamentar a atuação dos membros do Sistema na execução da PNMA, dispondo sobre os critérios a este respeito, de modo a viabilizar uma integração na atuação dos órgãos competentes e baseando a repartição de atribuições na concepção da “predominância do interesse” com fundamento nos impactos ambientais decorrentes da atividade ou empreendimento.<sup>26</sup>

A partir de 8 de dezembro de 2011, com a publicação da Lei Complementar n. 140, as ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum estatuídas no art. 23 da Constituição Federal passaram a dispor de um regime próprio em que a competência para o licenciamento ambiental foi entregue, em sua maior parte, aos órgãos estaduais.

Conforme o art. 8º, XIV, da Lei Complementar n. 140/2011, cabe ao órgão ambiental estadual a promoção do licenciamento ambiental de “atividades ou empreendimentos utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental” As exceções a esta regra estão previstas nos arts. 7º, XIV,<sup>27</sup> e 9º, XIV,<sup>28</sup> em que são

---

<sup>25</sup> AGU. Orientação Jurídica Normativa n. 43/2012/PFE/Ibama, 2012.

<sup>26</sup> MMA. Parecer n. 312/Conjur/MMA, 2004.

<sup>27</sup> Art. 7º São ações administrativas da União:

XIV – promover o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades:

- a) localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil e em país limítrofe;
- b) localizados ou desenvolvidos no mar territorial, na plataforma continental ou na zona econômica exclusiva;
- c) localizados ou desenvolvidos em terras indígenas;
- d) localizados ou desenvolvidos em unidades de conservação instituídas pela União, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs);
- e) localizados ou desenvolvidos em 2 (dois) ou mais Estados;
- f) de caráter militar, excetuando-se do licenciamento ambiental, nos termos de ato do Poder Executivo, aqueles previstos no preparo e emprego das Forças Armadas, conforme disposto na Lei Complementar n. 97, de 9 de junho de 1999;
- g) destinados a pesquisar, lavrar, produzir, beneficiar, transportar, armazenar e dispor material radioativo, em qualquer estágio, ou que utilizem energia nuclear em qualquer de suas formas e aplicações, mediante parecer da Comissão Nacional de Energia Nuclear (Cnen); ou
- h) que atendam tipologia estabelecida por ato do Poder Executivo, a partir de proposição da Comissão Tripartite Nacional, assegurada a participação de um membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama), e considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade ou empreendimento.

<sup>28</sup> Art. 9º São ações administrativas dos Municípios:

XIV – observadas as atribuições dos demais entes federativos previstas nesta Lei Complementar, promover o licenciamento ambiental das atividades ou empreendimentos:

descritos os casos que irão ensejar a competência da União, para situações com características peculiares baseadas na localização do empreendimento ou no caráter da atividade, ou de municípios, nas situações de impactos de âmbito local.

Em atenção ao disposto no art. 7º, XIV, “h”, e parágrafo único, da Lei Complementar n. 140/2011, o Decreto n. 8.437/2015 estabelece algumas tipologias de empreendimentos e atividades, cujo licenciamento ambiental será de competência da União, situando-se neste contexto as rodovias, ferrovias e hidrovias federais, além de instalações portuárias com grande movimentação de carga, sistemas de geração e transmissão de energia, e atividades de exploração e produção de petróleo, gás natural e outros hidrocarbonetos fluidos.

Diante dos termos vigentes na legislação ambiental brasileira, a existência de potencial impacto em relação às cavidades naturais subterrâneas não se estabelece, por si só, como critério definidor de competência.

Deste modo, quando o Decreto n. 99.556/1990, art. 5º-A, menciona a necessidade de licenciamento ambiental para atividades efetiva ou potencialmente poluidoras das cavernas ou sua área de influência, o ente estatal é quem, via de regra, inexistindo as situações previstas nos arts. 7º, XIV, e 9º, XIV da Lei Complementar n. 140/2011, afirma-se como o órgão ambiental competente. O fato das cavidades naturais subterrâneas se estabelecerem como bem da União em nada altera este cenário.

Conforme reconhecido pela Consultoria Jurídica do Ministério do Meio Ambiente, por meio do Parecer n. 1.853/Conjur/MMA/98, verificou-se que não haveria contradição entre o regime jurídico dos bens da União e a realização de licenciamento ambiental por meio de órgão estadual ou municipal em razão do direito de propriedade da União sobre os bens de seu domínio não se estabelecer como no caso do particular, tratando-se de bens de uso comum do povo e retraindo patrimônio de toda população.<sup>29</sup>

O referido parecer conclui o seguinte:

O critério utilizado pela lei para efeito de fixação das competências não decorre do regime constitucional dos bens da União, pois a licença é um instrumento administrativo de gestão ambiental. A competência administrativa em matéria ambiental é repartida politicamente para os três níveis de governo por força do texto constitucional. O critério adotado

---

a) que causem ou possam causar impacto ambiental de âmbito local, conforme tipologia definida pelos respectivos Conselhos Estaduais de Meio Ambiente, considerados os critérios de porte, potencial poluidor e natureza da atividade; ou

b) localizados em unidades de conservação instituídas pelo Município, exceto em Áreas de Proteção Ambiental (APAs).

<sup>29</sup> MMA. Parecer n. 1.853/CONJUR/MMA, 1998.

pelo legislador na Lei n. 6.938/81, para efeito de divisão das competências é o do dano e não do bem ou localização da atividade ou empreendimento. O conceito de domínio, administração e utilização dos bens públicos, não se vincula com o instituto do licenciamento ambiental, eis que são institutos distintos e por conseguinte tratados em legislação própria. Por fim, o licenciamento ambiental de uma atividade não implica no uso ou alteração de regime do bem público.<sup>30</sup>

Assim, o licenciamento ambiental condiz a instrumento que se vincula, essencialmente, ao interesse público e não à dominialidade do bem, adotando-se o critério da titularidade do bem passível de impacto ambiental apenas para situações expressamente previstas na legislação, como nos casos dos arts. 7º, XIV, b, c, d; 8º, XV; e 9º, XIV, b.

Dentro deste contexto de discussão a respeito das competências envolvidas no licenciamento ambiental de atividades que possam ocasionar impacto frente às cavidades naturais subterrâneas, a resolução Conama n. 347/2004,<sup>31</sup> ao trazer a concepção de relevância para os elementos do acervo espeleológico nacional atrelou este conceito à manifestação de anuência prévia do Ibama.

Anson<sup>32</sup> revela que naquele momento, havia forte pressão, por parte do Ibama e Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas (Cecav), pela competência federal para o licenciamento ambiental, prevalecendo, no entanto, o entendimento a respeito da aplicação da mencionada anuência prévia, nos moldes do art. 4º, § 1º da resolução Conama n. 347/2004.<sup>33</sup>

---

<sup>30</sup> MMA. Parecer n. 1.853/CONJUR/MMA, 1998.

<sup>31</sup> Art. 2º Para efeito desta Resolução ficam estabelecidas as seguintes definições:

II – cavidade natural subterrânea relevante para fins de anuência pelo Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis-Ibama no processo de licenciamento – aquela que apresente significativos atributos ecológicos, ambientais, cênicos, científicos, culturais ou socioeconômicos, no contexto local ou regional em razão, entre outras, das seguintes características: a) dimensão, morfologia ou valores paisagísticos; b) peculiaridades geológicas, geomorfológicas ou mineralógicas; c) vestígios arqueológicos ou paleontológicos; d) recursos hídricos significativos; e) ecossistemas frágeis; espécies endêmicas, raras ou ameaçadas de extinção; f) diversidade biológica; ou g) relevância histórico-cultural ou socioeconômica na região.

<sup>32</sup> ANSON, Carolina. Cavidades naturais subterrâneas, patrimônio espeleológico e ambiente cárstico: proteção e implicações jurídicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006. p. 175.

<sup>33</sup> Art. 4º A localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades, considerados efetiva ou potencialmente poluidores ou degradadores do patrimônio espeleológico ou de sua área de influência, dependerão de prévio licenciamento pelo órgão ambiental competente, nos termos da legislação vigente.

§ 1º As autorizações ou licenças ambientais, na hipótese de cavidade natural subterrânea relevante ou de sua área de influência, na forma do art. 2º inciso II, dependerão, no processo de licenciamento, de anuência prévia do Ibama, que deverá se manifestar no prazo máximo de noventa dias, sem prejuízo de outras manifestações exigíveis.

A exigência de anuência a prévia do Ibama se manifestava em um cenário no qual a legislação havia recentemente consagrado a construção da ideia de cavidade relevante, sem descrever ou apontar os critérios que se aplicariam para a consecução desta finalidade.

Com a alteração deste panorama e fixação de metodologia e elementos específicos para a classificação do grau de relevância das cavernas, os dispositivos que tratavam da obrigatoriedade de consentimento do Ibama (o inciso II do art. 2º e o § 1º do art. 4º da Resolução Conama 347/2004) foram revogados pela resolução Conama n. 428/2010.

A compreensão decorrente desta revogação é a de que a intervenção federal a respeito das cavernas se circunscreve à definição prévia dos preceitos objetivos que permitiam efetuar a qualificação ambiental deste bem, havendo a definição do ente competente segundo as diretrizes gerais do licenciamento ambiental.

Em recente decisão, a Justiça Federal de Minas Gerais se pronunciou diante da demanda apresentada pelo Ministério Público Federal e pelo Ministério Público de Minas Gerais que visavam obrigar Ibama e ICMBIO a se manifestarem em processos de licenciamento de atividades com potencial impacto às cavidades naturais subterrâneas ou sua área de influência.<sup>34</sup>

Conforme manifestação do Juízo da 20ª Vara da Seção Judiciária Federal de Minas Gerais, o pedido foi julgado improcedente, reconhecendo que a assunção da competência licenciadora pelo Estado-membro expressa o claro favorecimento à descentralização em combate à cultura de concentração de poderes unicamente nas mãos da União. Do mesmo modo, reconhece-se que o poder de polícia ambiental se mostra diluído entre os entes da Federação permitindo a vigilância da União, por meio de seus órgãos, a respeito das condutas causadoras de impacto ambiental em áreas carvenícolas.<sup>35</sup>

Da mesma forma, a revogação da previsão de anuência prévia do Ibama também se mostra em consonância com os critérios trazidos pela Lei Complementar n. 140/2011.

Calcada no objetivo harmonizar a competência ambiental comum, garantir uma atuação administrativa eficiente, evitar a sobreposição de atuações e conflitos de atribuições (art. 3º, III), o referido diploma normativo consagra em seu art. 13 a regra da unicidade do licenciamento ambiental, que deverá ser posto em prática por um único ente federativo, em conformidade com as regras de repartição de competência já destacadas (arts. 8º, XIV; 7º, XIV e 9º, XIV).

---

<sup>34</sup> AGU. PF/MG, PFE/Ibama e PFE/ICMBio: Procuradorias fazem prevalecer tese de que é supletiva a competência dos órgãos ambientais federais no licenciamento de atividades que envolvem patrimônio espeleológico, 2012.

<sup>35</sup> BRASIL. Justiça Federal de Minas Gerais. Ação Civil Pública n. 37381-40.2011.4.01.3800.

Conforme defende Fortunato Bim, não faz sentido a duplicação ou triplificação de esforços para licenciamento de uma mesma atividade, ensejando o comprometimento ou desperdício de recursos humanos e materiais públicos que se mostram escassos.<sup>36</sup>

Nesta toada, o fato dos interesses ambientais estarem submetidos a sistema de administração pública que engloba União, Estados, Municípios e Distrito Federal não implica a aceitação de superposição de poderes, pois, dentro de um cenário onde a segurança jurídica se revela como objetivo da ordem constitucional, não são desejáveis manifestações conflitantes ou contraditórias de diferentes pessoas políticas em face de um mesmo assunto.<sup>37</sup>

De fato, a proteção ambiental efetivada em várias frentes pode acarretar a desvantagem de se constituir o cerne de conflitos e acumulação de jurisdições, competências e atribuições com potencial para onerar, retardar, dificultar ou mesmo inviabilizar o resguardo ao equilíbrio ecológico.<sup>38</sup>

Por este motivo, Barroso destaca que o dever compartilhado de cuidado ao meio ambiente no sistema federativo não significa que o propósito constitucional se manifeste no sentido de todos os entes possuírem competência irrestrita em relação a todas as questões, de forma que a divisão de competências ambientais se efetiva dentro de uma perspectiva de respeito à autonomia federativa e para assegurar a efetiva tutela do meio ambiente.<sup>39</sup>

No entanto, em que pese a Lei Complementar n. 140/2011 apregoar a regra da unicidade do licenciamento ambiental, tal premissa não significa o isolamento do órgão competente ou ausência de canais para interveniência de outros órgãos públicos, razão pela qual a ideia de cooperação também se consagra como dos elementos basilares da norma mencionada.

Neste sentido, conforme Marrara, a cooperação interadministrativa “consiste no apoio recíproco de natureza interinstitucional, ou seja, aquele que envolve duas ou mais instituições públicas de uma ou mais esferas da Federação”, sendo seu fundamento maior encontrado justamente nas previsões do art. 23 da Constituição Federal.<sup>40</sup>

---

<sup>36</sup> BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Lumen Juris, 2015. p. 89-90.

<sup>37</sup> FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999. p. 312.

<sup>38</sup> YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competências em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande: Ed. UFMS, p. 219-243, 2010. p. 222.

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. Transporte ferroviário, Federação e competências em matéria ambiental. In: *Temas de Direito Constitucional: tomo IV*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 432-433.

<sup>40</sup> MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: probidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016. p. 116.

Em consonância com este cenário, o art. 13 da Lei Complementar n. 140/2011 permite a manifestação, sem força vinculante, dos demais entes federativos no processo de licenciamento ambiental, observados os prazos aplicáveis.

Em verdade, a complexidade de determinadas situações e a multiplicidade de interesses envolvidos no desencadeamento do licenciamento ambiental acabam por ensejar a participação ou interveniência de outros órgãos públicos com o escopo de resguardar situações relacionadas ao seu objetivo institucional.<sup>41</sup>

Neste contexto, esta abertura para manifestação corresponde a permissão para a ação cooperativa em matéria ambiental, representando potencial colaboração com o objetivo de estabelecer uma espécie de cuidado qualificado diante de determinada situação.<sup>42</sup>

Entretanto, de acordo com Milaré “qualquer pretensão destinada a vincular o exame técnico procedido pelo órgão ambiental licenciador a manifestações de outros órgãos soa desprovida de amparo técnico-jurídico”<sup>43</sup>

Tal fato se justifica, pois eventual exigência de anuências ou autorizações de instituições intervenientes teria o condão de criar uma forma de instância decisória paralela, resultando em um quadro de confusão institucional que acarretaria em maior burocratização e insegurança para o licenciamento ambiental.<sup>44</sup>

Já o art. 16 da Lei Complementar n. 140/2011 consagra que a ação administrativa subsidiária dos entes federativos será efetuada por meio de “apoio técnico, científico, administrativo ou financeiro, sem prejuízo de outras formas de cooperação”.

A atuação subsidiária consiste no elemento provocador da cooperação de outro ente federativo no desenvolvimento do processo de licenciamento ambiental importando no repasse de conhecimento técnico-científico ou fornecimento de estrutura para as ações de controle ambiental.<sup>45</sup>

A ação administrativa subsidiária pressupõe o encontro facultativo de vontade de mais de um ente da federação, devendo ser solicitada pelo detentor original da competência. Neste caso, a competência prescrita quanto ao licencia-

---

<sup>41</sup> CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. A interpretação conforme a Constituição do instituto da autorização para o licenciamento ambiental dos órgãos gestores de unidade de conservação, 2014. p. 80.

<sup>42</sup> CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. A **interpretação conforme a Constituição do instituto da autorização para o licenciamento ambiental dos órgãos gestores de unidade de conservação**. Veredas do Direito. Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 77-111, jul./dez. 2014. p. 96.

<sup>43</sup> MILARÉ, Edis. Direito do ambiente. 8. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013. p. 794-795.

<sup>44</sup> CHIANKA, Maria Helena da Costa. As manifestações de outros órgãos no licenciamento ambiental sob a perspectiva da lei complementar n. 140/2011. XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA. Belo Horizonte, Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II. Florianópolis: Conpedi, p. 487-508, 2015. p. 490.

<sup>45</sup> AGU. Orientação Jurídica Normativa n. 43/2012/PFE/Ibama, 2012.

mento ambiental permanece inalterada, havendo apenas a realização de ações por parte do ente colaborador para que o processo transcorra de forma mais ágil e eficiente.<sup>46</sup>

Neste sentido, tendo em vista o panorama de ajuda mútua que se estabelece como pano de fundo da competência comum prevista no art. 23 da Constituição, a consolidação de um sistema de colaboração e apoio entre os órgãos ambientais no que se refere às análises das cavidades naturais subterrâneas se mostraria condizente ao nível de amadurecimento e profundidade técnica que a proteção do patrimônio espeleológico requer.

Ao abordar as condições e critérios da lei complementar, antes mesmo de sua instituição, Leme Machado indica a colaboração recíproca como elemento inerente à cooperação, a qual permite uma melhor execução da missão do órgão e não retrataria invasão de competência. Nesta ótica, o autor defende a instituição de um sistema permanente de intercâmbio de informações entre os entes envolvidos, englobando o licenciamento ambiental, estudos ambientais, audiências públicas, infrações etc.<sup>47</sup>

A este respeito, observa-se que a legislação ambiental aplicável às cavernas no Brasil consagra a dinâmica da cooperação sob um viés muito acanhado e unidirecional, estritamente baseado na alimentação do Cadastro Nacional de Informações Espeleológicas (Canie), em que os órgãos licenciadores se obrigam a repassar as informações espeleológicas inseridas no processo administrativo.

Trata-se de dispositivo com a única e exclusiva finalidade de constituir um acervo de informações relacionadas ao tema, não gerando qualquer tipo abertura para a efetivação de apoio técnico especializado no campo do conhecimento espeleológico.

O intercâmbio de informações relevante para a adequação dos estudos, envolvendo cavidades naturais subterrâneas, seria aquele de mão dupla, onde especialmente o Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas (Cecav), órgão vinculado ao ICMBIO e responsável pela conservação do patrimônio espeleológico nacional, poderia contribuir no processo de licenciamento orientando e direcionando os estudos para o completo conhecimento do ecossistema cavernícola envolvido.

Tal mecanismo poderia ser utilizado como remédio para algumas das críticas estabelecidas à Instrução Normativa MMA n. 2/2009, principalmente no

---

<sup>46</sup> NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. Competência para o licenciamento ambiental na Lei Complementar n. 140/2011. São Paulo: Atlas, 2015. p. 121.

<sup>47</sup> MACHADO, Paulo Affonso Leme. A competência ambiental na Constituição Federal e uma possível lei complementar, 2009. Disponível em <<http://www.unimep.br/~pamachad/COMPETENCIA%20AMBIENTAL%20E%20O%20ARTIGO%2023.pdf>>. Acesso em: 19/02/2017. p. 11-14.

que se refere à padronização de critérios relacionados à identificação do enfoque local e regional e definição da área de influência.

Destaca-se, neste sentido, que a Lei Complementar n. 140/2011 consagra que as ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão ser desenvolvidas de modo a atingir os objetivos prescritos no art. 3º do diploma legal, o qual envolve (inciso IV), expressamente, a garantia da uniformidade da política ambiental para todo o País.

## **CLASSIFICAÇÃO DO GRAU DE RELEVÂNCIA E AVALIAÇÃO DE IMPACTO AMBIENTAL**

O texto original do Decreto n. 99.556/1990, em seu art. 3º, dispunha a respeito da obrigatoriedade de elaboração de estudo de impacto ambiental (EIA) para ações ou empreendimentos que pudessem, direta ou indiretamente, mostrar-se lesivos às cavidades naturais subterrâneas.

Já a versão atual, trazida pelo Decreto n. 6.640/2008 estabelece que a classificação do grau de relevância se dará mediante o licenciamento ambiental (art. 4º), o qual será previamente aplicado pelo órgão competente para situações de localização, construção, instalação, ampliação, modificação e operação de empreendimentos e atividades, considerados efetiva ou potencialmente poluidores de cavidades naturais subterrâneas ou de sua área de influência (art. 5º-A).

Verifica-se que a exigência expressa a respeito da realização do EIA foi retirada da redação vigente do Decreto n. 99.556/1990. Desse modo, a compreensão da aplicação da classificação do grau de relevância das cavernas no âmbito do licenciamento ambiental passa pela adequada interpretação deste instrumento trazido pela legislação de interesse espeleológico.

Na realidade, a classificação do grau de relevância se caracteriza como um estudo ambiental de natureza *sui generis* vinculado especificamente à proteção dos elementos do acervo espeleológico nacional. Sua única e exclusiva função consiste em caracterizar as cavidades naturais subterrâneas, a fim de identificar as possibilidades de impacto e respectiva compensação.

No âmbito da aplicação do licenciamento ambiental, a classificação do grau de relevância sempre estará presente de maneira conjugada com outros instrumentos de avaliação do impacto ambiental destinados a caracterizar especificamente o empreendimento ou atividade e sua interferência no contexto ambiental de sua localização.

Neste sentido, a Portaria MMA n. 55/2014, que estabelece procedimentos entre o ICMBIO e Ibama em situações de licenciamento ambiental federal, prescreve (art. 11) que nos referidos processos em que se verifique afetação a cavidade natural subterrânea situada em unidade de conservação federal, serão exigidos

os estudos espeleológicos específicos concomitante aos demais estudos ambientais necessários.

Assim, o fato da legislação de interesse espeleológico não dispor expressamente a respeito da exigência do EIA não implica necessariamente na dispensa de mecanismos de avaliação de impacto ambiental.

A presença ou não do EIA seguirá sua dinâmica tradicional de aplicação com suas disposições gerais trazidas pela Resolução Conama n. 1/86 e conforme previsão constitucional (Art. 225, § 1º, IV). Uma vez não constatada a necessidade de exigência do EIA para atividade impactante a elementos do acervo espeleológico, a classificação do grau de relevância passará a ser conjugada com outro tipo de estudo de avaliação de impacto ambiental indicado pelo órgão ambiental competente.

No contexto de evolução da norma ambiental espeleológica, na medida em que se consolidou a figura da classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas, esta passou a ser concebida como o estudo específico exigível para situações de potencial degradação de cavernas, remetendo-se as prescrições referentes à avaliação do impacto para definição, de acordo com a regra aplicável pelos órgãos ambientais.

## **DA ÁREA DE INFLUÊNCIA DAS CAVIDADES NATURAIS SUBTERRÂNEAS**

A preocupação quanto ao entorno das cavidades naturais subterrâneas encontra previsão expressa em nossa legislação desde o advento da Portaria Ibama n. 887/1990 (arts. 5º e 6º).

A Resolução Conama n. 347/2004 (Art. 2º, IV) e a Instrução Normativa MMA n. 2/2009 (Anexo II) também trazem disposições a respeito e expõem um conceito idêntico para a área de influência das cavernas:

(...) área que compreende os elementos bióticos e abióticos, superficiais e subterrâneos, necessários à manutenção do equilíbrio ecológico e da integridade física do ambiente cavernícola.

Conforme adverte Eleonora Trajano, as cavernas constituem-se como “ape- nas a porção acessível aos humanos de um hábitat muito mais extenso, que é o meio subterrâneo”, fato que denota a relevância em se estatuir prescrições que estabeleçam uma proteção à área de influência.<sup>48</sup>

A concepção de área de influência transmite a ideia de interação, conexão, como algo que mutuamente se relaciona neste contexto de integração entre os elementos superficiais e subterrâneos do meio ambiente.

---

<sup>48</sup> TRAJANO, Eleonora. Políticas de conservação e critérios ambientais: princípios, conceitos e protocolos. Estudos Avançados, 2010, v. 24, n. 68. p. 143.

Neste contexto de manutenção do equilíbrio ecológico e da integridade física do ambiente cavernícola, a área de influência não se refere única e exclusivamente ao correspondente territorial por onde se distribuem os espaços cavernícolas, mas, sim, à porção geográfica por onde se espraia sua cadeia de interações bióticas e abióticas.

Baseada na vertente sistêmica do direito ambiental, a área de influência se fundamenta na percepção de unidade ecossistêmica, indicando aquele espaço geográfico que guarda reciprocidade de interações, ou seja, aquele espaço ambiental cuja realidade de conexões faz com que a afetação negativa de uma de suas parcelas reflita em prejuízo ao todo.

Na sistemática da legislação ambiental espeleológica, a manifestação da área de influência acaba se materializando em duas fases. A primeira delas possui caráter provisório e se baseia em regra de dimensão aplicável a todas as cavidades naturais subterrâneas, enquanto a segunda, com conotação específica, amolda sua dimensão à realidade ecossistêmica de cada caverna.

Esta regra é observada nos §§ 2º e 3º do art. 4º da Resolução Conama n. 347/2004 em que se fixa que a definição da área de influência ocorrerá por meio do órgão ambiental competente, escorada em estudos específicos e que, enquanto não houver esta definição, a proteção ao redor da cavidade se baseará na projeção horizontal da caverna acrescida de um entorno de duzentos e cinquenta metros, em forma de polígono convexa.

A área de influência específica tem sua definição introduzida no âmbito do licenciamento ambiental em virtude de se relacionar à análise da viabilidade do empreendimento ou atividade.

Como consequência, este raio de proteção estabelecido no entorno de cada caverna não possui conotação absoluta e aplicação a todo e qualquer tipo de impacto. A área de influência, por sua vinculação à atividade licenciada, não se mostra estanque ou imutável, mas sim adaptável a eventuais alterações nos projetos originais ou para o caso de licenciamento de outros projetos.<sup>49</sup>

Também não há prescrição própria a respeito das restrições a serem estabelecidas à área de influência das cavidades naturais subterrâneas. A este respeito, o Decreto n. 99.556/1990 apenas traz a ressalva de que a cavidade natural subterrânea com grau de relevância máximo e sua área de influência não podem ser objeto de impactos negativos irreversíveis (art. 3º).

Como instrumento acessório, a área de influência das cavernas terá sua dinâmica de proteção baseada na regra de garantia à integridade e equilíbrio do elemento do acervo espeleológico nacional.

---

<sup>49</sup> FERREIRA, Cristiano Fernandes. Análise de impactos ambientais em terrenos cársticos e cavernas. In: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Curso de Espeleologia e licenciamento ambiental*. Brasília, p. 123-148, 2013. p. 145.

Em decorrência disso, a oficina sobre área de influência de cavidades naturais subterrâneas realizada pelo Cecav em 2013, apresentou como conclusão o entendimento de que este espaço ao redor das cavernas não deveria ser compreendido como região em que os impactos não são permitidos, cabendo ao licenciamento ambiental verificar a relação existente entre os impactos do empreendimento e o resguardo ao Patrimônio Espeleológico.<sup>50</sup>

Diante disso, havendo demonstração por parte do empreendedor, mediante estudos técnicos exigidos pelo órgão ambiental, de que a cavidade terá sua integridade e equilíbrio protegidos, não se justifica a proibição de intervenção sobre a respectiva área de influência.<sup>51</sup>

A respeito da incidência da definição específica da área de influência das cavernas, Baleeiro Teixeira<sup>52</sup> e Company Ferraz<sup>53</sup> defendem que ela se aplicaria estritamente às cavidades de relevância máxima, não havendo sua incidência para cavidades de grau de relevância alto, médio e baixo por serem passíveis de impactos irreversíveis.

Company Ferraz sustenta seu posicionamento na análise comparativa dos arts. 3º e 4º do Decreto n. 99.556/1990 onde a menção à proteção da cavidade natural subterrânea com grau de relevância máximo (art. 3º) é acompanhada da referência à sua área de influência, fato que não se repete no texto do artigo seguinte (art. 4º) que trata das demais classes de relevância das cavernas.<sup>54</sup>

Em realidade, associando a disciplina jurídica ambiental das cavernas diante dos ditames gerais que orientam a tutela da qualidade do meio ambiente, percebe-se que a ausência de menção à área de influência no referido art. 4º é insuficiente para se concluir pela inaplicabilidade da proteção ao entorno de cavidades de grau de relevância alto, médio e baixo.

Considera-se que a área de influência é expressamente mencionada na previsão de proteção às cavidades de relevância máxima justamente para que o instrumento acessório de conservação possa seguir a dinâmica de proteção do bem ambiental propriamente resguardado, fixando-se a regra de proibição quanto a impactos negativos irreversíveis.

---

<sup>50</sup> Cecav. Relatório final: oficina sobre área de influência de cavidades naturais subterrâneas. Brasília: Cecav. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/stories/projetos-e-atividades/PAN/PAN\\_Cavernas\\_do\\_SF\\_relatorio\\_final\\_oficina\\_area\\_influencia\\_091013.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/stories/projetos-e-atividades/PAN/PAN_Cavernas_do_SF_relatorio_final_oficina_area_influencia_091013.pdf)>. Acesso em: 19/02/2017. p. 6.

<sup>51</sup> FERRAZ, Pedro Company. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis?

<sup>52</sup> TEIXEIRA, Thales Baleeiro. Cavidades naturais subterrâneas no Brasil: aspectos relevantes na legislação ambiental. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JR, José Ângelo. Direito mineral e *Direito ambiental*: fundamentos e tendências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 427.

<sup>53</sup> FERRAZ, Pedro Company. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis?

<sup>54</sup> FERRAZ, Pedro Company. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis?

Do mesmo modo, observa-se que a definição de área de influência corresponde a critério geral que se incorpora a sistemática de avaliação dos impactos ambientais, visualizada como medida que busca oferecer meios para se viabilizar a salvaguarda dos bens ambientais, motivo pelo qual as demais classes de relevância das cavernas não estariam desprovidas deste instrumento complementar de proteção.

Ilustrando esta questão, nota-se que a definição dos limites geográficos a serem direta e indiretamente afetados por determinado empreendimento ou projeto condiz a diretriz geral especificamente prescrita para os estudos de impacto ambiental, nos termos do art. 5º, III, da Resolução Conama n. 1/1986.

Reforçando este entendimento, a mencionada oficina sobre área de influência de cavidades naturais subterrâneas realizada pelo Cecav indicou que os estudos espeleológicos relacionados à definição da área de influência deverão sempre estar integrados aos demais estudos de impacto ambiental do empreendimento.<sup>55</sup>

Diante da realidade normativa trazida pela norma ambiental cavernícola, a incidência de impactos ambientais em relação aos elementos do acervo espeleológico nacional depende da classificação do grau de relevância da cavidade, com o intuito de se apreciar a possibilidade de impacto irreversível e se instituir medidas compensatórias condizentes ao aspecto ambiental afetado.

De forma semelhante, a definição quanto ao grau de relevância de determinada caverna também possui forte vinculação em relação à apreciação da respectiva área de influência.

O art. 14, § 1º, da Instrução Normativa MMA n. 2/2009, por exemplo, ao fixar algumas premissas a respeito dos estudos espeleológicos, menciona que as análises referentes ao enfoque local terão como delimitação mínima a área de influência, o que pressupõe a sua respectiva definição.

Da mesma forma, o art. 7º, XX, da referida norma, prevê que a presença de inter-relação de uma determinada cavidade com alguma outra de relevância máxima se estatui como critério a ensejar a consideração de importância acen-tuada sob enfoque local e regional. Tal previsão também acarreta a necessidade de se avaliar a sobreposição das áreas de influência das cavidades existentes na área do empreendimento/atividade.<sup>56</sup>

Por estas razões é que não se pode pensar na definição da área de influência específica de uma cavidade natural subterrânea de maneira desvinculada da classificação do grau de relevância.

---

<sup>55</sup> Cecav. Relatório final: oficina sobre área de influência de cavidades naturais subterrâneas, p. 6.

<sup>56</sup> Cecav. Instrução normativa MMA n. 2, de 20 de agosto de 2009: comentada. 2012. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/IN%2002\\_MMA\\_Comentada.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/IN%2002_MMA_Comentada.pdf)>. Acesso em: 27/01/2017.

A análise da significância do impacto ambiental a ser ocasionado em uma caverna depende da fixação do grau de relevância da mesma. Por conseguinte, a referida definição de relevância possui como um de seus alicerces a identificação da área de influência. Logo, licenciamento ambiental, classificação de relevância e definição de área de influência encontram-se estritamente relacionados quanto se avaliam potenciais impactos ao patrimônio espeleológico nacional.

Neste sentido, embora a legislação não especifique objetivamente os estudos técnicos que devam subsidiar a constituição própria da área de influência de determinada caverna, Fernandes Ferreira aponta que estes são (ou deveriam ser) os mesmos estudos levam à caracterização do patrimônio espeleológico e subsidiariam o estabelecimento dos distintos graus de relevância.<sup>57</sup>

### DA POSSIBILIDADE DE REVISÃO DO GRAU DE RELEVÂNCIA

O art. 2º, § 9º, do Decreto n. 99.556/1990, com redação trazida pelo advento do Decreto n. 6.640/2008, fixa a regra de que diante de fatos novos, evidenciados por estudos técnico-científicos, a classificação do grau de relevância de determinada cavidade natural subterrânea poderá ser revista, tanto para nível superior quanto inferior.

Trata-se de dispositivo que, conforme menciona Baleeiro Teixeira, mostra-se coerente diante do estágio ainda incipiente do conhecimento espeleológico no Brasil, permitindo com que a evolução técnico-científica da área possa ter reflexo na dinâmica das análises de cavernas no licenciamento ambiental.<sup>58</sup>

No entanto, a regra da possibilidade de revisão da classificação do grau de relevância fixa o ICMBIO como órgão competente para esta iniciativa, o que acarreta alguns questionamentos a respeito.

Pedro Company Ferraz adverte que em face da Lei Complementar n. 140/2011 a referida previsão se tornou ineficaz, considerando que o preceito da unicidade do licenciamento aponta que o referido processo administrativo será desenvolvido por um único ente federativo. Assim, o órgão ambiental competente para o licenciamento e responsável pela definição do grau de relevância da caverna deverá, conseqüentemente, ser encarregado da reclassificação da mesma na hipótese do art. 2º, § 9º, do Decreto n. 99.556/1990.<sup>59</sup>

O dispositivo também precisa ser analisado com reservas diante do fato do ICMBIO, órgão ambiental de atuação especializada, não possuir atribuições

---

<sup>57</sup> FERREIRA, Cristiano Fernandes. Análise de impactos ambientais em terrenos cársticos e cavernas, p. 145.

<sup>58</sup> TEIXEIRA, Thales Baleeiro. Cavidades naturais subterrâneas no Brasil: aspectos relevantes na legislação ambiental, p. 424.

<sup>59</sup> FERRAZ, Pedro Company. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis? p. 344.

compatíveis com a prerrogativa da reclassificação das cavidades naturais subterrâneas.<sup>60</sup>

A Lei n. 11.516, de 28 de agosto de 2007, que dispõe sobre a criação do ICMBIO expõe as finalidades a serem buscadas pela referida autarquia nos seguintes termos:

Art. 1º Fica criado o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade – Instituto Chico Mendes, autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Meio Ambiente, com a finalidade de:

I – executar ações da política nacional de unidades de conservação da natureza, referentes às atribuições federais relativas à proposição, implantação, gestão, proteção, fiscalização e monitoramento das unidades de conservação instituídas pela União;

II – executar as políticas relativas ao uso sustentável dos recursos naturais renováveis e ao apoio ao extrativismo e às populações tradicionais nas unidades de conservação de uso sustentável instituídas pela União;

III – fomentar e executar programas de pesquisa, proteção, preservação e conservação da biodiversidade e de educação ambiental;

IV – exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União; e

V – promover e executar, em articulação com os demais órgãos e entidades envolvidos, programas recreacionais, de uso público e de ecoturismo nas unidades de conservação, onde estas atividades sejam permitidas.

Tal como exposto por Andrade de Souza,<sup>61</sup> a análise do referido dispositivo denota que a atuação do ICMBIO se direciona, fundamentalmente, em relação à proteção de unidades de conservação federais, não se amoldando a este rol de finalidades a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas, concluindo-se que a atuação revisora da autarquia federal somente ocorrerá em situações relacionadas à unidade de conservação instituída pela União.

Em sintonia com este entendimento, o Parecer n. 116/2010/PFE-ICMBIO/GAB da Procuradoria Federal Especializada junto ao ICMBIO aborda a questão da competência da autarquia federal no que tange ao licenciamento ambiental em áreas de ocorrência do patrimônio espeleológico e reconhece que a atribuição deste órgão ambiental para fomentar e executar programas de pesquisa, proteção,

---

<sup>60</sup> SOUZA, Adriano Andrade de. Tutela do patrimônio ambiental espeleológico no direito material brasileiro. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012. p. 137.

<sup>61</sup> SOUZA, Adriano Andrade de. Tutela do patrimônio ambiental espeleológico no direito material brasileiro, p. 138.

preservação e conservação da biodiversidade (Lei n. 11.516/2007, Art. 1º, III) nunca poderá representar atividades de licenciamento, controle da qualidade ambiental, autorização de uso dos recursos naturais e fiscalização, monitoramento e controle ambiental fora das unidades de conservação, sob pena de invadir as raias da competência de outros órgãos.<sup>62</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a publicação do Decreto Federal n. 6.640/2008, que ofertou nova redação ao Decreto Federal n. 99.556/1990, consolidou-se no Brasil um sistema de tutela ambiental amparado por uma apreciação individualizada das cavidades, tendo por base um instrumento denominado “classificação do grau de relevância”, cuja finalidade consiste em determinar o respectivo nível de tratamento a se oferecer ao elemento espeleológico analisado.

A orientação trazida pelo Decreto Federal n. 6.640/2008 escora-se na consagração de um estudo ambiental *sui generis* que, em função da especificidade do ecossistema cavernícola, analisa as características ambientais de cada uma das cavernas, orientando o contorno da tutela ambiental aplicável a elas.

Condizente a um instrumento técnico-legal relacionado à avaliação de viabilidade ambiental de uma atividade, a classificação do grau de relevância é aplicada no âmbito do procedimento do licenciamento ambiental, retratando um estudo exigível para aquelas situações que apresentem potencial impacto ao patrimônio espeleológico e sua área de influência. Em virtude de se destinar exclusivamente à caracterização das cavidades naturais subterrâneas, a classificação do grau de relevância sempre se apresentará de maneira conjugada com outros instrumentos de avaliação do impacto ambiental.

A delimitação da área de influência específica das cavidades naturais subterrâneas será definida no âmbito do processo de licenciamento ambiental, sendo que seu caráter acessório revela que a sua dinâmica de proteção estará vinculada à integridade e equilíbrio ecológico da caverna em questão.

A ocorrência de potencial impacto em relação às cavidades naturais subterrâneas não se estabelece como critério próprio para fins de definição competência para o licenciamento ambiental. De maneira geral, o ente estatal é quem se afirma como competente desde que não se configure alguma das situações previstas nos arts. 7º, XIV, e 9º, XIV da Lei Complementar n. 140/2011.

Anteriormente prevista no texto da resolução Conama n. 347/2004, a necessidade de anuência prévia do Ibama no procedimento de licenciamento ambiental envolvendo as cavidades naturais subterrâneas foi revogada pela resolução

---

<sup>62</sup> ICMBIO. Parecer n. 116/2010/PFE-ICMBIO/GAB, 2010.

Conama n. 428/2010. Tal medida se mostra alinhada com os critérios trazidos pela Lei Complementar n. 140/2011 que consagra (art. 13) a regra da unicidade do licenciamento ambiental, que deverá ser posto em prática por um único ente federativo, em conformidade com as regras de repartição de competência.

No entanto, o licenciamento ambiental em um único nível não significa a ausência de canais de participação para outros órgãos públicos neste procedimento, sendo contempladas na Lei Complementar n. 140/2011 formas de intervenção ou apoio que permitem a ação cooperativa na seara ambiental de modo a reforçar o cuidado com determinadas questões. Este concurso de ações se revela como medida salutar no campo da proteção ao patrimônio espeleológico nacional em razão do nível de especialização do conhecimento neste ramo e como mecanismo de garantia da uniformidade da política ambiental neste segmento. Desta forma, mostra-se conveniente a participação do Cecav, órgão vinculado ao ICMBIO e responsável pela conservação do patrimônio espeleológico nacional, no processo de licenciamento ambiental, orientando e direcionando os estudos para o completo conhecimento do ecossistema cavernícola envolvido.

## REFERÊNCIAS

AGU. Orientação Jurídica Normativa n. 43/2012/PFE/Ibama, 2012.

AGU. *PF/MG, PFE/Ibama e PFE/ICMBio*: procuradorias fazem prevalecer tese de que é supletiva a competência dos órgãos ambientais federais no licenciamento de atividades que envolvem patrimônio espeleológico. 2012. Disponível em: <[http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/219868](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/219868)>. Acesso em: 10/02/2017.

ANSON, Carolina. *Cavidades naturais subterrâneas, patrimônio espeleológico e ambiente cárstico*: proteção e implicações jurídicas. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2006.

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Direito ambiental*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

AULER, A.; PILÓ, L. B. Introdução à espeleologia. In: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Curso de Espeleologia e licenciamento ambiental*. Brasília, p. 7-23, 2010.

AULER, Augusto. Cavernas. In: CAMPANILI, Maura; RICARDO, Carlos Alberto (Org.). *Almanaque Brasil socioambiental*. São Paulo: ISA, 2007.

AULER, Augusto. *Relevância de cavidades naturais subterrâneas*: contextualização, impactos ambientais e aspectos jurídicos. Projeto Bra/01/039. Relatório 1. Apoio à reestruturação do Setor Energético. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD. Ministério de Minas e Energia – MME, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. Transporte ferroviário, Federação e competências em matéria ambiental. In: *Temas de Direito Constitucional*: tomo IV. Rio de Janeiro: Renovar, p. 413-464, 2009.

BENATTI, José Heder. O meio ambiente e os bens ambientais. In: RIOS, Aurélio V. Veiga; IRIGARAY, Carlos T.H. (Org.). *O Direito e o desenvolvimento sustentável*. São Paulo: Editora Petrópolis, p. 205-243, 2005.

BERBERT-BORN, Mylène. Instrução Normativa MMA 02/09: método de classificação do grau relevância de cavernas aplicado ao licenciamento ambiental: uma prática possível? *EspeleoTema*, v. 21, n. 1, p. 67-103, 2010.

BIM, Eduardo Fortunato. *Licenciamento ambiental*. 2. ed. Lumen Juris, 2015.

BRASIL. Justiça Federal de Minas Gerais. *Ação civil pública n. 37381-40.2011.4.01.3800*, 2014. Disponível em: <[http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1\\_captcha\\_id=eec0bd8a0e092e3dce0271179de84bc7&trf1\\_captcha=c4s6&enviar=Pesquisar&proc=373814020114013800&secao=MG](http://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?trf1_captcha_id=eec0bd8a0e092e3dce0271179de84bc7&trf1_captcha=c4s6&enviar=Pesquisar&proc=373814020114013800&secao=MG)>. Acesso em: 10/02/2017.

CARNEIRO, Ricardo. *Direito ambiental: uma abordagem econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Cecav. *Decreto n. 6.640, de 7 de novembro de 2008*: comentado. 2012. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/Decreto\\_6640\\_Comentado.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/Decreto_6640_Comentado.pdf)>. Acesso em: 27/01/2017.

Cecav. *Instrução normativa MMA n. 2, de 20 de agosto de 2009*: comentada. 2012. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/IN%2002\\_MMA\\_Commentada.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/download/IN%2002_MMA_Commentada.pdf)>. Acesso em: 27/01/2017.

Cecav. *Relatório final*: oficina sobre área de influência de cavidades naturais subterrâneas. Brasília: Cecav. Disponível em: <[http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/stories/projetos-e-atividades/PAN/PAN\\_Cavernas\\_do\\_SF\\_relatorio\\_final\\_oficina\\_area\\_influencia\\_091013.pdf](http://www.icmbio.gov.br/cecav/images/stories/projetos-e-atividades/PAN/PAN_Cavernas_do_SF_relatorio_final_oficina_area_influencia_091013.pdf)>. Acesso em: 19/02/2017.

CHIANCA, Maria Helena da Costa. As manifestações de outros órgãos no licenciamento ambiental sob a perspectiva da lei complementar n. 140/2011. *XXIV Congresso Nacional do Conpedi – UFMG/FUMEC/DOM HELDER CÂMARA*. Belo Horizonte, Direito, Economia e Desenvolvimento Sustentável II. Florianópolis: Conpedi, p. 487-508, 2015.

CHRISTOFOLI, Bruno de Andrade. A interpretação conforme a Constituição do instituto da autorização para o licenciamento ambiental dos órgãos gestores de unidade de conservação. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 11, n. 22, p. 77-111, jul./dez. 2014.

D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo. *Políticas públicas ambientais: da definição à busca de um sistema integrado de gestão ambiental*. In: D'ISEP, Clarissa Ferreira Macedo; NERY JR, Nelson; MEDAUAR, Odete (Coord.). *Políticas públicas ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. São Paulo: RT, p. 156-171, 2009.

DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. São Paulo: Max Limonad, 2001.

DESTEFENNI, Marcos. *Direito penal e licenciamento ambiental*. São Paulo: Memória Jurídica, 2004.

FARIAS, Paulo José Leite. *Competência federativa e proteção ambiental*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

FERRAZ, Pedro Company. Mineração e cavidades, direitos (in)conciliáveis? In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JR, José Ângelo. *Direito minerário e Direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 335-355, 2014.

- FERREIRA, Cristiano Fernandes. Análise de impactos ambientais em terrenos cársticos e cavernas. In: Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. *Curso de Espeleologia e licenciamento ambiental*. Brasília, p. 123-148, 2013.
- ICMBIO. *Parecer n. 116/2010/PFE-ICMBIO/GAB*, 2010.
- JANSEN, Débora Campos; PEREIRA, Karolina do Nascimento. Distribuição e caracterização das cavernas brasileiras segundo a base de dados do CECAV. *Revista Brasileira de Espeleologia*, v. 2, n. 4, p. 47-70, 2014.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *A competência ambiental na Constituição Federal e uma possível lei complementar*, 2009. Disponível em <<http://www.unimep.br/~pamachad/COMPETENCIA%20AMBIENTAL%20E%20O%20ARTIGO%2023.pdf>>. Acesso em: 19/02/2017.
- MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELLI, Sílvia. *Direito ambiental*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2007.
- MARRARA, Thiago. O conteúdo do princípio da moralidade: proibidade, razoabilidade e cooperação. *Revista Digital de Direito Administrativo*, v. 3, n. 1, p. 104-120, 2016.
- MILARÉ, Edis. *Direito do ambiente*. 8. ed. ver., atual e ampl. São Paulo: RT, 2013.
- MMA. *Parecer n. 1853/CONJUR/MMA*, 1998.
- MMA. *Parecer n. 312/CONJUR/MMA4*, 2004.
- NASCIMENTO, Sílvia Helena Nogueira. *Competência para o licenciamento ambiental na Lei Complementar n. 140/2011*. São Paulo: Atlas, 2015.
- RODRIGUES, Marcelo Abelha. *Instituições de direito ambiental*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- RONCAGLIO, Cynthia. *Desenvolvimento sustentável*. Curitiba: IESDE, 2012.
- SANCHES, Luis Enrique. *Avaliação de impacto ambiental: conceitos e métodos*. São Paulo: Oficina de Textos, 2008.
- SIRVINSKAS, Luís Paulo. *Manual de direito ambiental*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- SOUZA, Adriano Andrade de. *Tutela do patrimônio ambiental espeleológico no direito material brasileiro*. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2012.
- TEIXEIRA, Thales Baleeiro. Cavidades naturais subterrâneas no Brasil: aspectos relevantes na legislação ambiental. In: YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; REMÉDIO JR, José Ângelo. *Direito mineral e Direito ambiental: fundamentos e tendências*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 417-429, 2014.
- TRAJANO, Eleonora. Políticas de conservação e critérios ambientais: princípios, conceitos e protocolos. *Estudos Avançados*, v. 24, n. 68, p. 135-146, 2010.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato. Critérios de definição de competências em matéria ambiental na estrutura federativa brasileira. In: RASLAN, Alexandre (Org.). *Direito ambiental*. Campo Grande: Ed. UFMS, p. 219-243, 2010.

Data de recebimento: 12/04/17

Data de aprovação: 29/05/17

# O DIREITO INTERNACIONAL E AS AULAS DE GRADUAÇÃO: ENFRENTANDO A REALIDADE

## INTERNATIONAL LAW AND UNDERGRADUATION COURSES: FACING REALITY

*Luís Renato Vedovato\**  
*Amanda de Souza Camargo\*\**

### RESUMO

---

O texto analisa o ensino do direito internacional no Brasil. Procura, com isso, desenvolver uma reflexão, a partir do surgimento do estudo do direito internacional, que já se encontrava presente na primeira disciplina oferecida no país aos cursos de Direito (Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia). A análise avança até o período em que ele foi retirado do currículo mínimo dos cursos de direito e vai até o seu retorno, em 1994. Nesse ponto, conclui-se pela necessidade de se inserir como, no mínimo, optativas, o maior número de disciplinas, que serviriam para, de um lado, o aluno escolher como montar o seu próprio curso e, de outro, permitir que o conhecimento nelas contido não se tornasse restrito à dogmática, ampliando cada vez mais a possibilidade de seu desenvolvimento. Foi utilizado o método histórico para descrever a construção do papel e dos desafios enfrentados pelo Direito Internacional.

**Palavras chave:** Direito internacional; Ensino jurídico; Aprendizado baseado em problemas

### ABSTRACT

---

The paper examines the teaching of international law in Brazil. It seeks, with this, to develop a reflection, from the beginning of the study of international law, which was already present in the first Law course offered in the country (Natural Law, Public, Analysis of the Constitution of the Empire, Diplomacy). The analysis proceeds until the period in which it was withdrawn from the minimum curriculum of Law courses and goes to its return in 1994. At this point, it is necessary to include as at least

---

\* Professor da Universidade Estadual de Campinas (Unicamp); Professor do Programa de Mestrado em Direito da Unimep e Professor da PUC de Campinas. E-mail: lrvedovato@gmail.com

\*\* Mestranda em Direito na Unimep. E-mail: amandacamargo@outlook.com.

optional, the highest number of disciplines, which would serve, on the one hand, the student to choose how to set up his own course and, on the other hand, to allow the knowledge contained in them not to be restricted to dogmatics, increasing the possibility of its development more and more. The historical method was used to describe the construction of the role and challenges faced by international law.

**Keywords:** International law; Legal education; Problem-based learning

## INTRODUÇÃO

Quando comparado aos outros ramos do direito interno,<sup>1</sup> o *Direito internacional público*<sup>2</sup> (DIP) pode ser visto como, no mínimo diferente, defende uma parcela dos estudiosos do direito e a maioria dos leigos.<sup>3</sup> Há quase uma caça ao direito internacional, defendendo-se que ele não é direito e assim não deveria ser tratado. Porém, como aconteceu com Rick Deckard (personagem de Harrison Ford em *Blade Runner*, 1982), os estudiosos do direito interno que atacam o direito internacional irão descobrir que possuem mais semelhanças com o ramo que estuda os tratados do que poderiam imaginar.

De fato, o direito internacional tem características próprias que são reflexos de sua constituição preponderante por normas horizontais, o que pode ser tido como consequência de sua impossibilidade, quase total, de impor normas aos seus sujeitos,<sup>4</sup> todos igualmente independentes.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press; 1990. p. 75.

<sup>2</sup> Especialmente depois da colocação em prática da chamada doutrina Bush de ataques preventivos, que foi efetivada com a intervenção armada no Iraque em março de 2003, voltou a lume a discussão sobre a existência do *Direito internacional público*. Entendendo, todavia, superada essa questão, pois se existe uma sociedade recheada de relações jurídicas, há direito a ela aplicável, *ubi societas ibi jus*, e os sujeitos de direito internacional formam uma sociedade internacional; sugiro a leitura de MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7th. ed. London: Routledge; 1998. p. 5, PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 4. ed. Madrid: Tecnos; 1993. p. 45, e PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 4. ed. Madrid: Tecnos; 1993. p. 79. A ação estadunidense, por sua vez, deve ser entendida como uma violação às normas de *Direito internacional público* sobre a segurança coletiva internacional.

<sup>3</sup> Cf. na obra de PASTOR RIDRUEJO, *Curso de Derecho internacional público y organizaciones internacionales*. p. 37, sua preocupação com a fundamentação do *Direito internacional público*.

<sup>4</sup> São reconhecidos como sujeitos de *Direito internacional público* os Estados, as Organizações Internacionais, a Santa Sé e, nos sistemas de proteção internacional dos direitos fundamentais, principalmente, no sistema europeu, o ser humano.

<sup>5</sup> A escolha pelo uso do termo independentes em vez de soberanos é proposital, pois este último deveria ser usado em situações em que há relações de poder, no *Direito internacional público* as relações são travadas entre iguais, que não podem ser soberanos quando comparados com os demais, daí o entendimento de que é mais propícia a utilização da palavra escolhida. Quanto

Sem considerar o campo das normas de *jus cogens*, o direito internacional é recheado de normas que se fundam na vontade dos Estados para serem aplicadas.<sup>6</sup>

Segundo Dinh *et al.*:<sup>7</sup>

“O direito internacional define-se como o direito aplicável à sociedade internacional. Esta fórmula, com poucas diferenças nos termos, encontra-se hoje em dia em todos os autores: é a mais simples se bem que não seja a pura constatação de uma evidência. Implica a existência de uma sociedade internacional distinta da sociedade nacional ou sociedade interna, ou ainda estatal. Ela delimita, ao mesmo tempo, os campos de aplicação respectivos do direito internacional e do direito interno. Confirma por último o vínculo sociológico, portanto necessário, entre direito e sociedade. Qualquer sociedade tem a necessidade do direito e todo direito é um produto social.”<sup>8</sup>

De certa forma, o Direito Internacional possui características que são mais acentuadas do que no direito interno, Por isso, para que possa ser destacado de forma mais clara dos demais ramos do direito,<sup>9</sup> é importante ser feita a identificação das suas características fundamentais que são: a *descentralização*, pois não há órgãos concentradores do monopólio da criação e aplicação de normas; o *consenso*, que estabelece a impossibilidade de obrigar um sujeito de direito internacional a cumprir uma norma à qual não se vinculou;<sup>10</sup> a *dificuldade de efeti-*

---

a esse tema cf. MALANCZUK, Peter. Akehurst's modern introduction to international law, p. 17 e para um estudo mais aprofundado sobre a soberania e o *Direito internacional público*, cf. HELLER, Hermann. La soberanía: contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

<sup>6</sup> Sobre jus cogens, vale conferir VEDOVATO, L. R.; ANGELINI, M. C. G. “O Jus Cogens e o possível conflito com a Soberania do Estado”. Revista Direitos Fundamentais e Justiça, número 35, no prelo.

<sup>7</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Tradução de Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003. p. 37.

<sup>8</sup> Segundo CUNHA, Joaquim Moreira da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito internacional público*. Coimbra: Almedina, 2000. p. 13: “A ideia de comunidade internacional não corresponde, por isso, no momento presente, a qualquer realidade efectiva. É uma mera aspiração, um ideal ainda não realizado, mas para que devem convergir os esforços de todos os que não deseperaram de ver as relações entre os povos decorrer segundo um sistema, baseado nos valores jurídicos e morais superiores, que seja garantia de uma paz duradoura”.

<sup>9</sup> É importante, nesse ponto, reforçar que o autor entende, como muitos outros, que o direito não pode ser compartimentalizado. A divisão em ramos do direito tem fins puramente didáticos e o estudioso do direito deve ficar atento para evitar que a divisão posta interfira na pesquisa a ser realizada.

<sup>10</sup> Excluem-se as normas do jus cogens, que é “o conjunto de normas que, no plano do direito das gentes, impõem-se objetivamente aos Estados, a exemplo das normas de ordem pública que em todo sistema de direito interno limitam a liberdade contratual das pessoas” REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 111.

vação, tida como consequência das anteriores, esclarece que a falta de um órgão supranacional destinado a aplicar o direito diminui a velocidade de aplicação do direito; e a *autotutela*, que é a opção restante nas situações em que há resistência no cumprimento do direito ou não vinculação a sistemas de solução pacífica de controvérsias.

Exatamente por isso, em regra, os sujeitos de direito internacional devem chegar a um consenso para a criação da norma internacional,<sup>11</sup> global ou regional.<sup>12</sup> Entretanto, a inexistência de um aparato assemelhado ao estatal impede a aplicação de maneira efetiva de sanções o que, em vários casos, pode acarretar a utilização de boicotes econômicos,<sup>13</sup> entre outras modalidades de pressão, para que o Estado seja impelido a agir de acordo com as regras às quais se vinculou.<sup>14</sup>

Nas palavras de Huck (1996):<sup>15</sup>

“Anteriormente à Primeira Guerra, desenvolveu-se um direito costumeiro, regulamentador do bloqueio, que representava a resultante de tensões decorrentes de exigências do Estado responsável pelo bloqueio e os reclamos dos neutros, prejudicados pelos danos por ele causados em suas relações comerciais. Várias regras desenvolvem-se, e vão sendo paulatinamente alteradas, já que a tecnologia transformava o quadro dos transportes marítimos, com imediatas conseqüências no comércio internacional, e ainda proporcionava maior eficiência de combate aos navios e mais tarde aos submarinos de guerra.”

A falta de destaque de tais características no direito interno e a aparente perfeição desse em relação ao direito internacional, permeado de forças e dificuldades de efetivação, o direito internacional passou a ser tido como uma disciplina periférica do curso de direito. Apesar de haver índices baixíssimos de efetivação no direito interno, como o de 8% de solução dos crimes de homicídios no Brasil, por exemplo.<sup>16</sup> Tal índice de efetivação é muito mais baixo do que qualquer um relativo ao direito internacional. Apesar disso, de forma até contraditória, o direito interno continua a atacar o direito internacional como quem caça andróides, sem saber que também é um.

---

<sup>11</sup> Cf. sobre o tema DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris: PUF, 1963. p. 130.

<sup>12</sup> Ressalvando-se o conjunto de normas de jus cogens, que não será objeto de análise no presente trabalho.

<sup>13</sup> Sobre a influência do poder dos Estados na criação do *Direito internacional público*, vale a leitura da obra MORGENTHAU, Hans J. *Politics among nations: the struggle for power and peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill, 1993.

<sup>14</sup> O termo vinculação é mais usado para se fazer referência a normas positivadas como os tratados, usa-se, no entanto, aqui em seu sentido amplo.

<sup>15</sup> HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996. p. 205.

<sup>16</sup> Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>>. Acesso em: 13/02/2017.

Assim, por esse seu aparente distanciamento das demais disciplinas jurídicas,<sup>17</sup> o direito internacional,<sup>18</sup> apesar de ter seu ensino iniciado juntamente com os cursos jurídicos no Brasil, foi colocado, nas décadas de 1970, 1980 e 1990, do século XX, como disciplina optativa, não obrigatória para os cursos de direito.<sup>19</sup>

A decisão do Conselho Federal de Educação, tomada em meio à Ditadura, causou sérios danos à evolução do direito internacional. Danos que causam consequências até hoje, principalmente nos momentos de discussão envolvendo a interação das normas internacionais ao ordenamento jurídico interno brasileiro.

Tal fato gerou escassez de pessoas preparadas para trabalhar com conflito de leis, do direito internacional privado, e com os principais pontos do direito do comércio internacional, a melhor saída era levar as lides para foros arbitrais, muitas vezes fora do Brasil. Pois, o juiz, especialmente o estadual, não precisava conhecer do direito internacional para ser aprovado no concurso público, muitos não tinham contato com a disciplina nem mesmo na graduação, não estando, por isso, preparados para enfrentar os dilemas do direito internacional.

Dessa maneira, a decisão da retirada do direito internacional do currículo mínimo acarretou, sem dúvida, prejuízos não só ao estudante, mas também ao país. É fato também que a existência de um maior número de pessoas preparadas, logo depois da queda do muro de Berlim, teria auxiliado o Brasil na discussão para construção de várias Organizações Internacionais, tais como o Mercosul.

O desafio no presente artigo é analisar o ensino do direito internacional nas faculdades de direito. Para tanto, necessário é um breve histórico, seguido de uma análise de como os cursos têm sido ministrados. Por fim, algumas sugestões para melhor aproveitá-lo serão apresentadas.

---

<sup>17</sup> Faz-se referência a um aparente distanciamento, pois, no entender do autor, as características do *Direito internacional público* indicadas são encontradas também no direito interno, todavia, de uma forma menos intensa. Logo, é o grau de intensidade em que podem ser identificadas que indica as características do direito internacional, não a sua simples presença.

<sup>18</sup> No presente trabalho, quando se fizer alusão a direito internacional, deve ser entendido que se faz referência tanto a *Direito internacional público* quanto a direito internacional privado. Apesar de diferentes os dois ramos, o autor entende que não haverá prejuízo para o leitor, pois, quando necessário, será feita a distinção necessária.

<sup>19</sup> CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito: projeto exploratório na área de relações de consumo*. Tese de Doutorado, apresentada em 20/11/2006, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, p. 41, e SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas; 2004. p. 17: “Deve ser destacado o fato de que enquanto a maioria das Faculdades de Direito do Brasil, na década 80-90, pautando-se pelas normas do então Conselho Federal de Educação, o inefável Currículo Mínimo de Direito (podiam os estabelecimentos de ensino superior considerar o *Direito internacional público* e o Direito Internacional Privado como matérias optativas nos respectivos currículos), simplesmente retiraram tudo o que era ‘internacional’ dos respectivos currículos, ou seja, os mencionados *Direito internacional público* e Direito Internacional Privado.”

## BREVE HISTÓRICO

Reconhecidamente, o estudo do direito parte, necessariamente, da pesquisa sobre o Estado. Esse é um fato, por mais que se tenha querido dar uma visão privatista ao direito, a partir dos códigos Napoleônicos.

Segundo Soares:<sup>20</sup>

“A importância do *Direito internacional público*, em qualquer período da história dos povos, principalmente depois que estes se organizaram na forma do Estado, bem justificaria a relevância que o primeiro legislador brasileiro, em matéria de ensino jurídico no Brasil, país então monárquico, já reconheceria em seu tempo.”

Assim, no Decreto que instituiu os cursos jurídicos no Brasil, já havia a clara determinação de que o Direito Internacional faria parte da primeira disciplina a ser ministrada aos alunos. Nas palavras de Soares:<sup>21</sup>

Dom Pedro I, ao instituir o embrião das universidades brasileiras, os Cursos Jurídicos, por Decreto de 11 de agosto de 1827, por sinal o primeiro curso universitário no Brasil independente, fundaria dois: um em São Paulo, junto a um convento franciscano, e outro em Olinda, junto a um mosteiro beneditino. Em ambos os cursos, no primeiro ano, constava uma única disciplina, então considerada, nesse momento histórico, como essencial à formação da consciência jurídica nacional e à defesa da independência da jovem nação: o Direito Natural, Público, Análise da Constituição do Império, Direito das Gentes e Diplomacia.

Até 1780 não se utilizava o nome Direito Internacional, mas Direito das Gentes, coube a Bentham rebatizar a disciplina. De acordo com Dinh *et al.*:<sup>22</sup>

A denominação “direito internacional” é hoje em dia a mais correntemente utilizada para designar o direito da sociedade internacional. Ela é a tradução da expressão “*international law*” cuja paternidade pertence a Bentham que a utilizou no seu livro publicado em 1780, *An Introduction to the Principles of Moral and Legislation*, em oposição à “*National Law*” ou “*Municipal Law*”.

O nome Direito das Gentes foi mantido no Brasil, pois, o curso aqui instalado sofria profundas influências da Faculdade de Coimbra, que passou pela

<sup>20</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito internacional público*, p. 15.

<sup>21</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito internacional público*, p. 15.

<sup>22</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*, p. 37.

reforma Pombalina de 1772. A interferência das ideias liberais trazidas a Portugal, após a Revolução Francesa é clara. Segundo Martinez:<sup>23</sup>

Influenciados inicialmente pela Reforma Pombalina no ensino jurídico, ditada nos Estatutos de 1772, os estudantes brasileiros puderam acompanhar as transformações liberais da Faculdade de Direito de Coimbra, ocorridas em décadas seguintes, trazendo consigo essa bagagem cultural ao Brasil.

A Revolução Francesa e a posterior expansão francesa levada por Napoleão até o Cabo da Roca ratificaram os ideais liberais pela Europa peninsular. Mesmo locais de grande controle eclesiástico, como a Universidade de Salamanca, na Espanha, acabaram por sofrer a assimilação acadêmica dos ideais do Liberalismo.

No dia 28 de abril de 1854, uma reforma curricular dos cursos de Direito fez que uma parte dos assuntos da disciplina do primeiro ano, relacionadas ao Direito Internacional, passasse a fazer parte de uma matéria autônoma, com o novo nome de Direito das Gentes e Diplomacia.<sup>24</sup>

Dessa data em diante, o direito internacional, que ganhou esse nome, no Brasil, no início do século XX, sempre esteve presente nos cursos de direito como disciplina obrigatória.

No entanto, foi a Resolução n. 3, de 25 de fevereiro de 1972, do Conselho Federal de Educação, que retirou do currículo mínimo o *Direito internacional público* e o Direito Internacional Privado.<sup>25</sup> Como havia a necessidade de algumas disciplinas serem apresentadas como optativas, e o direito internacional estava entre elas, algumas poucas faculdades mantiveram a disciplina, todavia a maioria, infelizmente, acabou por utilizar o currículo mínimo como sendo o currículo total.<sup>26</sup>

Foi também a Resolução n. 3 que permitiu cursos de direito com duração de quatro anos, fixando uma carga horária mínima de 2.700 horas.

A Portaria n. 1.886, de 30 de dezembro de 1994, inseriu novamente o direito internacional no currículo mínimo do curso de direito, e os ingressantes a partir de 1995 (que terminariam o curso em 1999), teriam de cursar a disciplina direito internacional.

---

<sup>23</sup> MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. *A evolução do ensino jurídico no Brasil*. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>>. Acesso em: 6/11/2017.

<sup>24</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito internacional público*, p. 15; cf. também CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito*, p. 41.

<sup>25</sup> CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito*, p. 50.

<sup>26</sup> CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito*, p. 51.

Por conta disso, o direito internacional volta a fazer parte do dia-a-dia de todos os alunos de graduação em direito no Brasil. Algumas instituições, ressaltando-se, mantiveram o direito internacional em seus currículos, apesar de não obrigatório no período de 1972 a 1999, período em que já se percebia a necessidade de pesquisa e preparo em direito internacional, tanto que os cursos que o ofereciam passaram por um incremento nas matérias ligadas ao direito internacional.

Pode-se identificar que a exclusão do direito internacional dos cursos de direito coincide com o incremento da repressão política no Brasil, comandada pela ditadura militar.

Naquele momento, logo após a assinatura dos pactos de direitos humanos (1966), o mundo discutia a internacionalização da proteção desses direitos. Enquanto, no Brasil, a ditadura fazia suas vítimas.

O regime militar continuava a levar o país para a incoerência, pois, ao mesmo tempo que assinava tratados de proteção internacional dos direitos humanos, torturava e matava pessoas em seus porões. Era necessário afastar ao máximo as discussões acadêmicas que pudessem trazer à tona tal incongruência. Então, sob a ótica ditatorial, a decisão de retirada do Direito Internacional das faculdades estaria justificada.

Todavia, por conta dessa equivocada exclusão, o país foi pego de surpresa com o aumento da importância do comércio internacional, a partir da metade da década de 70. Somente após a queda do muro de Berlim e o fim da União Soviética, houve a nova inserção do direito internacional aos cursos de direito.

Como a reintrodução não afastou as perdas acadêmicas, políticas, sociais e comerciais, o alerta para que novas retiradas sejam evitadas fica evidente. Aliás, o princípio da precaução (aplicável ao D. Ambiental) deveria ser também utilizado no momento de construção das novas diretrizes para o curso de direito. Dessa forma, como não se tem certeza do dano a ser causado, o currículo tem que ser amplo, abarcando todas as disciplinas, para que o dano seja o menor possível, caso venha a ocorrer. Veja-se que não se fala de um dano privado, mas de um dano para o Estado.

De fato, enquanto o mundo discutia a integração econômica e o direito supranacional, no Brasil, as universidades buscavam professores que pudessem ensinar o direito internacional básico. O país, dessa forma, ficava cada vez mais longe da possibilidade de inovação, novas pesquisas ou novos mecanismos de ensino. O que restou foi, salvo raras e honrosas exceções, o caminho da reprodução do conhecimento, deixando-se a criação para um futuro não tão próximo.

Tal reprodução partia também de pressupostos equivocados, pois o professor de direito internacional, que poderia não ter estudado a fundo a matéria na graduação, ou nem mesmo estudado, valia-se de mecanismos aplicados ao direito interno e de manuais que simplesmente faziam o conhecimento parcial ser reproduzido.

## AS DISCIPLINAS COMO OPTATIVAS

A Resolução de 1972 trazia a ideia de disciplinas optativas, dessa forma, o acadêmico poderia escolher qual gostaria de cursar. No entanto, o que se deixou de fazer é a exigência de que todas as disciplinas optativas deveriam ser oferecidas, fato que possibilitou às universidades fazerem o currículo mínimo como o currículo total, conforme bem salientado por Carlini.<sup>27</sup>

O Conselho Federal de Educação deveria exigir que as disciplinas fossem oferecidas, não importando se houvesse ou não procura por elas. As universidades, dessa forma, seriam locais de criação do conhecimento e pesquisa. A instituição cumpriria sua obrigação oferecendo a disciplina e o aluno escolhendo a matéria a ser frequentada.

Como sugestão, muitas são as disciplinas que não estão no currículo, mas deveriam ser oferecidas como optativas, nos moldes acima, tais como Direito da Integração Econômica, Direito Econômico, Direito das Organizações Internacionais, Direito do Comércio Internacional, entre outras, para citar apenas disciplinas ligadas ao direito internacional.

## DESAFIOS ENFRENTADOS POR DOCENTES DE DIREITO INTERNACIONAL

Gerry Simpson,<sup>28</sup> que publicou artigo sobre o ensino do *Direito internacional público*, no *Jornal Europeu de Direito Internacional* (EJIL 10, 1999, 70-92) expõe dilemas que podem ser compartilhados por outros professores de direito internacional.

Simpson cita a discussão entre Settembrini e Naphta na obra *Montanha Mágica*, de Thomas Mann, para ilustrar o desafio do docente da disciplina. Settembrini defendia a existência de um sistema superior que poderia dar maior segurança ao mundo, enquanto que Naphta previa uma era de terror. Tudo antes da Primeira Guerra Mundial.

Era a contraposição entre o legalismo e o realismo. Entre a aula de direito internacional e o que acontece nas várias guerras do mundo. Colocando-se a questão doutra forma, o direito internacional seria resultado de uma combinação precária entre política internacional e direito.

De fato, é difícil discordar de Gerry Simpson, pois muitas são as oscilações entre legalismo e realismo. Entretanto, o direito internacional tem suas caracte-

---

<sup>27</sup> CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito*, p. 51.

<sup>28</sup> SIMPSON, Gerry. On the magic mountain: teaching public international law. EJIL 10, 1999. p. 70-92.

rísticas, que apesar de serem encontradas, em menor intensidade, no direito interno, não permitem que o direito internacional seja visto como um braço do direito interno.

Há momentos em que se identifica que alguns pesquisadores e algumas pesquisadoras do direito interno não consideram aqueles que se debruçam sobre a pesquisa do direito internacional como reais professores de direito, principalmente por conta desse dilema entre legalismo e realismo. Segundo Dinh *et al.*,<sup>29</sup> o direito internacional é um direito diferente, e assim deve ser analisado, sem perder, no entanto, sua concepção como direito:

“Um direito diferente – Tendo as suas origens nas ideias de Hobbes e de Espinosa, a corrente ‘negadora’ do direito internacional aparece em todas as épocas. Reúne filósofos e juristas de renome. Foram a persistência das guerras e a frequência das violações deste direito que alimentaram as dúvidas sobre a sua natureza jurídica, que dizer, sobre a sua existência enquanto corpo de regras obrigatórias. Nos nossos dias, os seus novos negadores são recrutados na ciência política em expansão.”

O fato é que o direito internacional existe, mas é diferente do direito interno, apesar de muitos dos seus problemas poderem ser encontrados também nos ramos do direito interno. Ou talvez o direito interno ainda não tenha enfrentado os desafios que o afligem.

A solução poderia ser simples. Seria apenas identificar que o problema da efetivação, apesar de mais evidente no direito internacional, pois ele é diferente, não está afastado no direito interno. Verifique-se, quanto a esse ponto, a constante preocupação dos processualistas com o acúmulo de processos, com decisões que se arrastam pelos anos.

No entanto, pode-se afirmar que a saída sugerida para o dilema poderia evitar o sentimento de ser colocado à margem do direito, como o Conselho Federal de Educação deixou o direito internacional por mais de 20 anos. Assim, é se fazer uma junção das seguintes recomendações, conforme proposta de Gerry Simpson:

adotar uma aproximação teórica mais integrada para o ensino do direito internacional;

adotar um método político mais explícito, no qual o ensino do direito internacional pode se tornar um mecanismo de divergência criativa; e

repensar o ensino do contexto para evitar o que pode ser descrito como o mal-estar romântico.

---

<sup>29</sup> DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*, p. 87.

## A ADOÇÃO DE UMA APROXIMAÇÃO TEÓRICA MAIS INTEGRADA PARA O ENSINO DO DIREITO INTERNACIONAL

O ensino do direito internacional contém uma fobia, que é o medo de se tornar periférico. Conforme Simpson:<sup>30</sup>

This is where we are always being exiled with our glamorous little sideshow, riding on the tails of the law school flagship – constitutional law or property or contract.

Logo, o direito internacional, como se depreende da própria história do ensino jurídico no Brasil, é constantemente colocado como uma disciplina de segunda classe, que não poderia chegar perto das disciplinas tradicionais, como direito civil, comercial, constitucional.

Apesar da expansão do direito internacional, os advogados internacionalistas, constantemente, parecem estar na defensiva, justificando sua existência em um mundo de escassos espaços para o ensino.

Para Simpson, na Austrália, quando os tribunais trazem alguma questão internacional, os advogados se deliciam, pois tais decisões parecem reconhecer a vida do direito internacional.

Todavia, o professor de direito internacional passa por uma situação complicada quando perguntado se o direito internacional (principalmente o público) é realmente direito.

O estudioso de direito internacional pode ter a tendência de analisar a questão como se o direito internacional fosse outro ramo do direito interno. Se partir por aí, realmente, não vai encontrar uma resposta satisfatória, pois o direito internacional não é direito interno. O direito internacional tem como finalidade a promoção de uma sociedade mundial. A comparação entre direito interno e direito internacional é encontrada em Cunha e Pereira,<sup>31</sup> quando fazem alusão à necessidade de construção de uma paz duradoura, nos seguintes termos:

Tal aspiração traduz-se principalmente, na tendência para criar normas imperativas de Direito Internacional Universal (*ius cogens*), na existência de normas internacionais válidas *erga omnes* e nas tentativas de criação de organizações internacionais com poderes superiores aos dos Estados membros (organizações supranacionais) em que avulta a União Europeia.

<sup>30</sup> SIMPSON, Gerry. On the magic mountain: teaching public international law, p. 73.

<sup>31</sup> CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. Manual de *Direito internacional público*, p. 13.

A visão acima é claramente uma tentativa de fazer o direito internacional ser reconhecido como direito interno, pois, esse tem maior efetividade (em tese) e vale para todos.

Ora, nenhuma ligação com direito interno pode ser encontrada. As características do direito internacional devem ser enfatizadas e elas podem ser encontradas no direito interno também. Dessa forma, pode-se até levantar o problema de se existe o direito interno, como exposto. O problema da efetivação e a influência do poder na sua criação também podem ser encontrados internamente. Dessa forma, a distinção entre legalismo e realismo não está presente apenas no direito internacional.

Recomenda Myres S. McDougal, citada por Magalhães,<sup>32</sup> que:

o Direito Internacional seja encarado não como simples regras, mas, como todo um processo de decisões amparadas por autoridade na esfera mundial, um processo no qual a autoridade e o controle (poder de torná-la efetiva) são reunidos apropriadamente e que inclui, juntamente com o corpo de normas flexíveis herdadas, explicitamente relacionadas com os valores (policy) da comunidade, uma estrutura de decision makers estabelecida e um arsenal de métodos e técnicas pelas quais esses valores (policy) são projetados e implementados.

Além do acima exposto, a teoria de John Rawls<sup>33</sup> vem socorrer a existência do direito internacional, pois ele desenvolveu pensamento sobre sociedades homogêneas e heterogêneas e o direito. O direito internacional é claramente criado por uma sociedade heterogênea. A sociedade plural internacional funda um direito plural e diferente daquele de uma sociedade homogênea. No entanto, o direito de uma sociedade plural continua sendo direito.

O problema não repousa no fato de que o direito internacional é, às vezes, incoerente, o problema está em se ensinar o direito internacional como se ele nunca fosse incoerente, como se ele fosse perfeito. Aliás, nenhum ramo do direito é perfeito. A efetivação das normas constitucionais forma um dos grandes exemplos dessa incoerência.

## MÉTODO POLÍTICO

Segundo o Fonseca,<sup>34</sup> o direito internacional deve ser sempre analisado sob a ótica da geopolítica, em que também é acompanhado por Malanczuk.<sup>35</sup>

---

<sup>32</sup> MAGALHÃES, José Carlos. Direito econômico internacional: tendências e perspectivas. Curitiba: Juruá, 2005. p. 25.

<sup>33</sup> RAWLS, John. Political liberalism, 1992.

<sup>34</sup> FONSECA, José Roberto Franco da. Estrutura e Funções da Corte Internacional de Justiça. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coordenadores). O direito internacional no terceiro milênio: estudos em homenagem ao prof. Vicente Marotta Rangel. São Paulo: LTr, 1998. p. 750-762.

<sup>35</sup> MALANCZUK, Peter. Akehurst's modern introduction to international law. 7th. ed. London: Routledge, 1998.

Procura-se, assim, evitar a pura teoria. Havendo relação com a matéria, tudo é debatido e trazido para a aula, todavia, deve se passar por uma análise prévia, durante a preparação da aula.

Atualmente, o mundo vive em uma era específica, a era da interdependência. Tanto no comércio internacional, quanto na proteção ao meio ambiente, é possível se perceber que o direito internacional ganha posição central. O realismo que é trazido para a sala de aula deve ser pautado por essa teoria. É dessa forma que se afasta o medo de se colocar o direito internacional na periferia do curso de direito.

As discussões e os posicionamentos contrários auxiliam ao aluno, pois, assim, ele encontrará uma maior clareza para tomada de decisões políticas ou técnicas. Nunca é demais, portanto, lembrar que o direito internacional é criado por Estados, que são órgãos políticos. Logo, a ciência política não pode ser afastada do direito internacional.

O professor deve reconhecer que o direito internacional é uma ferramenta poderosa. Dessa forma, não se pode afastar a ideia de que, todos os anos, milhares de alunos assistem às aulas de direito internacional, por isso a mudança pode partir deles no futuro. Está nas mãos do professor transformar ávidos estudantes em cidadãos do mundo ou cínicos hobbesianos.

## REPENSAR O ENSINO DO CONTEXTO

Para todo aquele que já parou para admirar um mapa-múndi ou girar com carinho um globo, o direito internacional é apaixonante. De Brasília para Roma; de Atenas para Moscou; de Kinshasa para Paris; o direito internacional é a única disciplina que o leva para todos esses lugares dentro da sala de aula.

O que se deve afastar, no entanto, é o excesso de casos sem solução ou o acúmulo de casos mal relatados, pois, conforme Richard Falk ensina, o clima da sala de aula pode ser global, mas é preciso evitar que isso leve o aluno a visualizar uma solução confusa para o que lhe fora apresentado.

Todo caso discutido em sala deve ser de conhecimento profundo do professor, essa é a ideia central. Levar a aula para longe, em pensamento, pode atrair, no primeiro momento, os alunos, mas poderá afastá-los se não for bem colocada e discutida.

Como não se consegue trazer o contexto mundial inteiro para a sala de aula, a sugestão é focar em casos específicos quando se for trabalhar em sala. A grande quantidade de casos pode descontextualizar ou trazer o chamado mal-estar romântico para a sala de aula.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou traçar um panorama do ensino do direito internacional no Brasil. Sem deixar de identificar os momentos em que ele foi

retirado do currículo mínimo. De fato, o afastamento do direito internacional do currículo mínimo trouxe conseqüências negativas à inserção do Brasil no Direito do Comércio Internacional e na discussão sobre a integração econômica internacional.

Além disso, tentou-se trazer uma gama de sugestões sobre o ensino do direito internacional, partindo-se da minha experiência como professor da matéria, o que me levou a compartilhar questões identificadas empiricamente.

O maior enfrentamento é o existente entre o legalismo e o realismo, que acaba por colocar o direito internacional em uma aparente situação vexatória. Para o legalismo, o ensino deveria se fundar apenas nas regras postas pelos tratados, para o realismo, ele deveria passar por uma análise política do direito internacional. Haveria, ainda, a possibilidade de tratar o direito internacional como uma matéria romântica, reduzindo-o a um catálogo de viagens interessantes, mas pouco úteis para as questões internacionais.

A sugestão passa por repensar o ensino do direito internacional, fazendo-se uma nova teorização da matéria, com enfrentamento dos pontos mais complexos, como é o caso da própria existência do direito internacional, além de se elevar a politização dos temas de direito internacional.

O estudo baseado em problemas poderia servir para sintonizar a aula às necessidades do curso e aos anseios dos estudantes. Os casos devem ser tirados do dia-a-dia e devem identificar o dinamismo do mundo atual.

## REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; NASCIMENTO E SILVA, Geraldo Eulálio do. *Manual de Direito internacional público*. 15. ed. Casella, Paulo Borba, atualizador. São Paulo: Saraiva, 2002.

BROWNLIE, Ian. *Principles of public international law*. 4th. ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.

CARLINI, Angélica Lucía. *Aprendizagem baseada em problemas aplicada ao ensino de direito*: projeto exploratório na área de relações de consumo. Tese de Doutorado, apresentada em 20.11.06, na Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

CUNHA, Joaquim da Silva; PEREIRA, Maria da Assunção do Vale. *Manual de Direito internacional público*. Coimbra: Almedina; 2000.

DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2. ed. Tradução de Vitor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

DUPUY, René-Jean. *Le droit international*. Paris: PUF, 1963.

FONSECA, José Roberto Franco da. Estrutura e Funções da Corte Internacional de Justiça. In: BAPTISTA, Luiz Olavo; FONSECA, José Roberto Franco da (coordenadores). *O direito internacional no terceiro milênio – estudos em homenagem ao prof. Vicente Marotta Rangel*. São Paulo: LTr, 1998, p. 750-762.

HELLER, Hermann. *La soberanía – contribución a la teoría del derecho estatal y de derecho internacional*. Traducción y estudio preliminar de Mario de la Cueva. México, D. F.: Fondo de Cultura Económica, 1995.

HUCK, Hermes Marcelo. *Da guerra justa à guerra econômica: uma revisão sobre o uso da força em direito internacional*. São Paulo: Editora Saraiva, 1996.

MAGALHÃES, José Carlos de. *O Supremo Tribunal Federal e o direito internacional: uma análise crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2000.

MAGALHÃES, José Carlos. *Direito econômico internacional: tendências e perspectivas*. Curitiba: Juruá, 2005.

MALANCZUK, Peter. *Akehurst's modern introduction to international law*. 7th. ed. London: Routledge, 1998.

MARTÍNEZ, Sérgio Rodrigo. A evolução do ensino jurídico no Brasil. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8020>>. Acesso em: 06/11/2017.

MELLO, Celso D. Albuquerque. *Curso de Direito internacional público – 2 vols*. 14. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. *Direito constitucional internacional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

MENÉNDEZ, Fernando M. Mariño. *Derecho internacional público*. 2. ed. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

MORGENTHAU, Hans J. *Politics among nations – the struggle for power and peace*. Revised by Kenneth W. Thompson. Chicago: McGraw Hill, 1993.

PASTOR RIDRUEJO, José A. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 4. ed. Madrid: Tecnos, 1993.

PEREIRA, Luis Cezar Ramos. *Costume internacional: gênese do direito internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

RAWLS, John. *Political liberalism*, 1992.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SIMPSON, Gerry. *On the magic mountain: teaching public international law*. EJIL 10, 1999, p. 70-92.

SOARES, Guido Fernando Silva. *Curso de Direito internacional público*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2004.

CONVIDADO

# OS DIREITOS À PRIVACIDADE E À INTIMIDADE: ORIGEM, DISTINÇÃO E DIMENSÕES

## RIGHT TO PRIVACY AND INTIMACY: ORIGIN, DISTINCTION AND DIMENSIONS

Rafael de Deus Garcia\*

### RESUMO

---

Este artigo tem a intenção de dissertar acerca do conteúdo, da origem, das diferenças e das dimensões dos princípios da vida privada e da intimidade, tendo como metodologia a revisão de literatura, na qual se buscou alcançar as principais obras e autores que tratam do assunto. Na pretensão de apontar uma distinção entre os princípios, sugerida no próprio texto constitucional, tem-se que a privacidade encontra-se historicamente ligada à proteção da propriedade e do direito de não ser importunado por meio de seus bens, enquanto a intimidade está relacionada à proteção do livre desenvolvimento e resguardo da personalidade. Sugere-se, ainda, a compreensão dos princípios a partir de suas possíveis dimensões, que são *o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, vida familiar e os dados pessoais*.

**Palavras-chave:** Privacidade; Intimidade; Constituição; Propriedade; Personalidade.

### ABSTRACT

---

This paper intends to discuss the content, origin, distinction and dimensions of the right to privacy and to intimacy. As methodology, was applied the bibliographic review, which consisted in searching for the most important authors and publications on the subject. In order to point out a distinction between the principles, as proposed in the constitutional text itself, it is argued that privacy is historically linked to the protection of property and the right not to be harassed, while intimacy is related to protection of the free development and protection of personality. In order to understand the principles, it is also suggested its dimensions, which are the *body, mind, home, intimate behavior, communications, family life and personal data*.

**Keywords:** Right to Privacy; Intimacy; Constitution; Property; Personality.

---

\* Graduado e mestre pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília e professor substituído de direito penal e de processo penal no Departamento de Direito da Universidade Federal de Lavras. E-mail: rafaelgarcia@dir.ufla.br.

## INTRODUÇÃO

A proteção jurídica do espaço privado é relativamente recente, e pode-se dizer que surgiu somente após a consolidação dos ideais de liberdade defendidos nas revoluções burguesas. Percebeu-se que o respeito à privacidade é verdadeiro pressuposto do exercício das liberdades individuais. De início, o direito à privacidade ganhou seus contornos a partir da defesa da propriedade, dentre as quais o domicílio foi elevado a elemento principal, na compreensão de que seria o espaço onde o sujeito estaria protegido não somente de terceiros, mas também do próprio Estado.

No entanto, a sociedade foi se tornando mais complexa, e o avanço das tecnologias, associado à possibilidade de exposição do sujeito a níveis antes inconcebíveis, foi fazendo surgir a necessidade de uma melhor compreensão do que seria efetivamente o direito a uma vida privada. A privacidade, então, passou a ser compreendida para além do âmbito da propriedade, inserindo-se de vez como um direito à personalidade.

Dentre os direitos de personalidade preceituados na Constituição Federal de 1988 no artigo 5º, em especial no inciso X, estão o direito à vida privada e o direito à intimidade. Na sequência, incisos XI e XII, também se referindo a esses direitos, protege-se o domicílio (XI), o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas (XII).<sup>1</sup> Os princípios estão preceituados também na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948 em seu art. 12.

Está, portanto, assim disposto o texto constitucional para proteção da vida privada e da intimidade. Porém, qual a origem e sentido desses princípios? E qual a diferença entre eles? A intenção deste artigo é responder a essas perguntas e, com a preocupação de relacioná-las à nova realidade tecnológica que se impõe sobre a sociedade, apresentar as diferentes dimensões desses princípios.

A intenção é apresentar uma sistemática de compreensão dos direitos à vida privada e à intimidade, percorrendo seus aspectos históricos, conceituais e doutrinários mais importantes. A metodologia empregada foi a da revisão bibliográfica, na qual se buscou levantar as principais publicações sobre o tema, para,

---

<sup>1</sup> X – 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;

XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial;

XII – é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (BRASIL, 1988).

então, apontar certas lacunas conceituais e apresentar as dimensões específicas desses direitos.

Primeiro, o artigo levanta o percurso histórico da compreensão da privacidade. Na sequência, faz-se um levantamento da doutrina jurídica nacional sobre o assunto, onde percebeu-se haver convergência para duas principais correntes, uma identificada mais à linha do direito estadunidense e a outra que se alinha à teoria das esferas, de origem alemã. Em seguida, a partir da dicotomia proposta pela CF/88 ao preceituar vida privada e intimidade, busca-se apontar os motivos dessa diferenciação e seus possíveis sentidos. Por fim, apresenta-se as dimensões dos princípios, sem deixar de levantar a influência da tecnologia no contexto da privacidade.

## A PRIVACIDADE E SEU CONTEXTO HISTÓRICO

A doutrina brasileira sempre encontrou dificuldade para conceituar e diferenciar os princípios da privacidade e da intimidade. Os conceitos não são estanques, confundem-se e, em muitas ocasiões, são colocados como sinônimos ou equivalentes. No entanto, acreditando que o constituinte separou vida privada de intimidade por uma razão, este estudo tentará analisar suas particularidades, e como que a tecnologia, especificamente, apresenta novos e importantes elementos para sua compreensão.

Hannah Arendt faz um apontamento importante, relacionando a privacidade dos modernos com a concepção de propriedade. Para explicar, remete aos antigos:

Devemos o pleno desenvolvimento da vida do lar e na família como espaço interior e privado ao extraordinário senso político do povo romano, que, ao contrário dos gregos, jamais sacrificou o privado ao público, mas, ao contrário, compreendeu que esses domínios somente podiam subsistir sob a forma da coexistência.<sup>2</sup>

No entanto, antes da era moderna, a riqueza era medida quase que essencialmente pelo número de empregados (leia-se escravos), que uma pessoa possuía. Com essa riqueza reconhecida, o domínio do espaço público pela política era então possível. Por Coulanges, é possível compreender melhor a contradição com os tempos atuais. Era “o corpo do homem que responde pela dívida, não a sua terra, pois a terra é inseparável da família. É mais fácil condenar um homem à servidão do que lhe tirar o direito à propriedade”.<sup>3</sup> Uma vez que o lar era o centro

---

<sup>2</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010. p. 72.

<sup>3</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2009. p. 84.

existencial de um nome familiar, bem como de uma religião doméstica, a propriedade privada era uma instituição indispensável aos antigos.<sup>4</sup>

A propriedade era, portanto, direito natural, inamovível. Somente com as revoluções políticas da modernidade, juntamente com a quebra da vinculação familiar do individualismo, foi possível conceber a “retirada” dos bens privados de alguém. A preocupação dos burgueses revolucionários passou então a ser em proteger o bem privado a partir de outro direito, uma vez que o antigo direito natural não subsistia mais. Desse modo, a esfera privada se tornou preocupação pública.

Encarada desse ponto de vista, a moderna descoberta da intimidade parece constituir uma fuga do mundo exterior como um todo para a subjetividade interior do indivíduo, subjetividade esta que antes fora abrigada e protegida pelo domínio privado.<sup>5</sup>

Na modernidade, já não existe mais um único bem que não esteja sujeito à compra e venda, que não seja transmissível, passível de alienação. Se tudo o que me cerca é alienável, passível de destruição ou de perda, o que me resta é minha própria dignidade, minha concepção de pessoa, meu nome.

Ao contrário do que pode parecer, a propriedade privada não passou a ter menos valor nos modernos. Se a propriedade para o antigo era condição pré-existente em sua vida, tal qual sua herança em escravos, para o moderno sua propriedade era conquistada, dava-se pelo seu trabalho, não de outro. Para Arendt, uma característica da vida privada:

(...) é que as quatro paredes da propriedade privada de uma pessoa oferecem o único refúgio seguro contra o mundo público comum – não só contra tudo o que nele ocorre, mas também contra a sua própria publicidade, contra o fato de ser visto e ouvido. Uma existência vivida inteiramente em público, na presença de outros, torna-se, como se diz, superficial. Retém a sua visibilidade, mas perde a qualidade resultante de vir à luz a partir de um terreno mais sombrio, que deve permanecer oculto a fim de não perder sua profundidade em um sentido muito real, não subjetivo. O único modo eficaz de garantir a escuridão do que deve ser escondido da luz da publicidade é a propriedade privada, um lugar possuído privadamente para se esconder.<sup>6</sup>

Já que a natureza nada garante ao sujeito moderno e já que sua propriedade é aquilo que pode dizer seu mérito e seu trabalho, é preciso criar um poder que proteja esse espaço em que se possa se autoafirmar, deixar descansar sua dignidade e deixar fluir-se sua liberdade.

---

<sup>4</sup> COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*, p. 79.

<sup>5</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 85.

<sup>6</sup> ARENDT, Hannah. *A condição humana*, p. 87.

A privacidade, nesse sentido, está intimamente relacionada ao individualismo. Não foi somente no campo político que a noção moderna de liberdade foi construída. Também na religião, com a revolução protestante de Lutero, Calvino e Henrique VIII, o individualismo ganhou forças, uma vez que a convicção religiosa passou a ser uma questão de consciência pessoal.<sup>7</sup> Tem-se aí o que podemos identificar como liberdade de pensamento.<sup>8</sup>

A possibilidade de alienação e perda da propriedade exigiu mecanismos de controle e de proteção dos bens individuais, tanto em relação ao próximo quanto ao Estado.

Neste brevíssimo histórico, pode-se reconhecer a noção de privacidade para os sujeitos modernos. Para tanto, foi necessário que o indivíduo pudesse conceber uma cisão entre o “eu” e o mundo. Ao mesmo tempo constata-se que existe, na origem, uma forte relação entre privacidade e propriedade.

No mesmo sentido, na modernidade, o próprio corpo humano é compreendido em termos de posse ao sujeito. “É o avanço do individualismo ocidental que vai pouco a pouco permitir discernir, segundo um modo dualista, o homem de seu corpo”.<sup>9</sup>

Na modernidade, sequer o corpo consegue a absoluta inalienabilidade. Também ele é emprestado, tomado, cedido, seja a uma força de trabalho específica, seja à perpetuação de determinado poder – na forma biopolítica. A objetificação do corpo somente é possível na concepção de posse do sujeito em relação a ele, na concepção de que, de alguma forma, o “eu” pode estar desvinculado do “meu” corpo.<sup>10</sup>

As lutas político-sociais e o paulatino reconhecimento de direitos sociais, em relação com a segunda dimensão dos direitos humanos, trouxeram a importância do resguardo ao corpo. Daí a possibilidade de assimilação quase imedia-

---

<sup>7</sup> LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 69.

<sup>8</sup> De acordo com Dias Neta: “No século XIX a propriedade era condição inafastável para se chegar à privacidade, passando esta a ser prerrogativa de uma emergente classe burguesa que, com seu forte componente individualista, utiliza-se dela para marcar sua identidade na sociedade e também para lhe proporcionar isolamento dentro da sua própria classe”.

“Contudo, a atual sociedade democrática, concertada pelo solidarismo inscrito no projeto constitucional, deteriora a identificação exclusiva da privacidade como o ‘direito a estar sozinho’, ou seja, a legitimação jurídica do isolamento como um valor a ser tutelado, e, ainda, como simples soma de esferas individuais, privadas” (DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*. Fortaleza: Conpedi, 2010. p. 8.138).

<sup>9</sup> LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 60.

<sup>10</sup> FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. Michel Senellart (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 2008. 747p.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva, 2010. 312 p.

ta entre intimidade e corpo. Um direito que se dispõe sobre o próprio corpo de quando ele pode ou não ser submetido ao poder de outrem, seja de sua imagem e suas atividades mais íntimas.

Em síntese, a construção de um direito à privacidade e à intimidade corresponde à disponibilidade crescente de todos os bens e do próprio corpo na sociedade capitalista moderna. Corresponde, portanto, à consciência crescente, no plano jurídico e moral, de que novas formas de invasão se estabelecem sobre a possibilidade de estar e de ser no mundo.

## RIGHT TO PRIVACY E A DOCTRINA ESTADUNIDENSE

O direito estadunidense prevê o *right to privacy*. Não apresenta uma distinção entre privacidade e intimidade, entre direito ao segredo ou à reserva (da doutrina italiana). Apenas assinala, genericamente, o direito à privacidade, o que não deixa de ser um direito bem delimitado e bem compreendido na doutrina norte-americana, cuja preocupação jurisprudencial é também bastante marcada, em especial a partir da Quarta Emenda à Constituição dos EUA. Sua origem conceitual remete ao artigo de dois advogados que problematizaram a crescente e potencial invasão do governo e da mídia na vida das pessoas.<sup>11</sup>

O entendimento americano de privacidade decorre especialmente do direito à propriedade, impondo limites ao poder estatal de invadi-la, controlá-la ou de dispô-la. No entanto, a jurisprudência foi se desenvolvendo e hoje apresenta um sentido bem mais complexo que o original.

Parte da doutrina brasileira parece aproximar-se da tradição iniciada no direito estadunidense, não fazendo uma distinção entre privacidade e intimidade. Para esta corrente, quando essa distinção é feita, ela não se revela materialmente relevante, sendo apenas uma questão de aprofundamento material. Na doutrina brasileira, perfilados a esse entendimento estão Gonet Branco,<sup>12</sup> Luiz Avolio<sup>13</sup> e José Afonso da Silva.<sup>14</sup>

<sup>11</sup> ALLEN, Anita L. The natural law origins of the American right to privacy: natural law, slavery and the right to privacy tort. Natural Law. Symposium Fordham Law School, 2012. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em: 01/09/2016.

BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. Harvard Law Review, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20/12/2014.

<sup>12</sup> GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais em espécie. In: *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 420.

<sup>13</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: RT, 2012. p. 24.

<sup>14</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* positivo. São Paulo: RT, 1989. p. 183-184.

No entanto, ainda na linha da tradição americana, mais sofisticada é a doutrina de Tércio Sampaio Ferraz Jr. No resumo (*abstract*) do artigo a respeito do sigilo de dados pessoais, Ferraz Jr. destaca que “a privacidade é regida pelo princípio da exclusividade, cujos atributos principais são a solidão (o estar-só), o segredo, a autonomia. Na intimidade protege-se sobretudo o estar-só; na vida privada, o segredo; em relação à imagem e à honra, a autonomia”.<sup>15</sup>

A esse respeito, sustenta o autor que o direito à privacidade consiste em um direito subjetivo fundamental. Assim sendo, apresenta uma estrutura básica que se divide nos elementos *sujeito*, *conteúdo* e *objeto*.

O *sujeito* é o titular do direito. (...) é toda e qualquer pessoa, física ou jurídica, brasileira ou estrangeira, residente (ou transeunte [...]) no País (art. 5º, *caput*). O *conteúdo* é a faculdade específica atribuída ao sujeito, que pode ser a faculdade de constranger os outros ou de resistir-lhes (caso dos direitos pessoais) ou de dispor, gozar, usufruir (caso dos direitos reais). A privacidade, como direito, tem por conteúdo a faculdade de constranger os outros ao respeito e de resistir à violação do que lhe é próprio, isto é, das situações vitais que, por dizerem a ele só respeito, deseja manter para si, ao abrigo de sua única e discricionária decisão. O *objeto* é o bem protegido, que pode ser uma *res* (uma coisa, não necessariamente física, no caso de direitos reais) ou um interesse (no caso dos direitos pessoais). No direito à privacidade, o objeto é, sinteticamente, a integridade moral do sujeito.<sup>16</sup>

Ferraz Jr. diz ainda que o princípio da exclusividade, formulado por Hannah Arendt, comporta três atributos principais. São eles a solidão, ou o direito de estar só; o segredo, o direito de exigir sigilo; e a autonomia, enquanto direito de decidir sobre si mesmo como centro emanador de informações.<sup>17</sup> Sobre intimidade, na mesma linha dos direitos já mencionados, trata-se de um recôndito, um aprofundamento do próprio conceito de privacidade. “No âmbito da privacidade, a intimidade é o mais exclusivo dos seus direitos”.<sup>18</sup>

---

<sup>15</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: O direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. Revista da FD-USP, v. 88, 1993, p. 439.

<sup>16</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 440.

<sup>17</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 441-442.

<sup>18</sup> FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*, p. 441-442.

Ferraz Jr. acrescenta que o direito à intimidade está contido no princípio da exclusividade, que estaria fundamentado em Hannah Arendt<sup>19</sup> com base em Kant.<sup>20</sup>

Essa corrente, em resumo, com representação maior em Tércio Sampaio Ferraz Jr., apresenta a visão que mais se aproxima de um ideal individualista. Sua origem remonta ao direito à propriedade e, na sequência da jurisprudência estadunidense, segue a tradição de liberdades individuais e direitos civis (*civil rights*) diante do Estado e dos indivíduos, na ideia de que os sujeitos têm o direito de ter seu espaço íntimo reservado, sem sofrer interferências externas. Esse entendimento parte, ainda, da dicotomia tradicional entre público e privado, próximo da concepção formulada no começo da modernidade e sem agregar explicitamente o interesse público e social nos princípios.

<sup>19</sup> Hannah Arendt fala sobre o princípio da exclusividade em *Reflections on Little Rock* (ca. 1960). Abaixo alguns trechos relevantes: The third realm, finally, in which we move and live together with other people – the realm of privacy – is ruled neither by equality nor by discrimination, but by exclusiveness. Here we choose those with whom we wish to spend our lives, personal friends and those we love (...) For reasons too complicated to discuss here, the power of society in our time is greater than it ever was before, and not many people are left who know the rules of and live a private life. But it provides a body politic with no excuse for forgetting the right of privacy, for failing to understand that the rights of privacy are grossly violated whenever legislation begins to enforce social discrimination. While the government has no right to interfere with prejudices and discriminatory practices of society, it has not only the right but the duty to make sure that these practices are not legally enforced.

Just as the government has to ensure that social discrimination never curtails political equality, it must also safeguard the rights of every person to do as he pleases within the four walls of his own home (ARENDDT, Hannah. *A condição humana*, p. 52-53).

Em tradução livre: O terceiro domínio, finalmente, em que nos movemos e vivemos em conjunto com outras pessoas – o domínio da privacidade – não é governado pela igualdade tampouco pela discriminação, mas pela exclusividade. Aqui escolhemos aqueles com quem desejamos passar nossas vidas, amigos pessoais e aqueles que amamos [...] Por razões por demais complicadas para se discutir aqui, o poder da sociedade em nosso tempo é maior do que nunca antes, e não são muitas as pessoas que conhecem as regras de uma vida privada e a vivem. Mas fornece um corpo político sem desculpas para esquecer o direito à privacidade, por não entender que os direitos à privacidade são grosseiramente violados toda vez que a legislação começa a provocar a discriminação social. Ainda que o governo não tenha o direito de interferir com preconceitos e práticas discriminatórias da sociedade, ele não tem apenas o direito, mas o dever de garantir que essas práticas não sejam incentivadas por lei.

Assim como o governo deve garantir que a discriminação social nunca restrinja a igualdade política, ela também deve salvaguardar os direitos de cada pessoa para fazer o que quiser dentro das quatro paredes de sua própria casa.

<sup>20</sup> “Na fundamentação de sua tutela, entendo que Hannah Arendt oferece como critério para limitar o direito à informação o princípio de exclusividade. Esse critério, articulado nos seus textos *Reflections on Little Rock* e *Public rights and private interests*, é compatível com os preceitos kantianos de publicidade, por ela esposados, à medida em que a intimidade enquanto o right to be let alone não envolve direitos de terceiros” (LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. Estudos Avançados*. São Paulo: USP, v. 2, n. 30, 1997. p. 63).

## A TEORIA DAS ESFERAS E A DOCTRINA ALEMÃ

Ao passo que a doutrina de Ferraz Jr. se aproxima da doutrina estadunidense a respeito do direito à privacidade, Paulo José da Costa Jr. foi o responsável por popularizar no Brasil a teoria das esferas, de origem alemã, que tem como maiores defensores Henkel e Hubmann.<sup>21</sup>

A teoria das esferas parte da ideia de que existem diferentes níveis da privacidade, dividindo-se em três camadas, ou círculos concêntricos. A primeira, mais ampla, é a esfera privada (*Privatsphäre*): “Nele estão compreendidos todos aqueles comportamentos e acontecimentos que o indivíduo não quer que se tornem do domínio público”.<sup>22</sup> Em seu interior, está a esfera da intimidade (*Vertrauensphäre*), ou esfera confidencial (*Vertraulichkeitsphäre*), e “dela participam somente aquelas pessoas nas quais o indivíduo deposita certa confiança e com as quais mantém certa intimidade”.<sup>23</sup> Mais ao centro ainda está o âmago da esfera privada, “aquela que deve ser objeto de proteção contra a indiscrição: a esfera do segredo” (*Geheimnsphäre*).

Adotando-se a *teoria das esferas*, pode-se nitidamente concluir pela distinção entre *intimidade e vida privada* e, mais ainda, diferenciá-las do segredo. A proteção da vida privada – esfera de maior amplitude – consiste no direito de subtrair do conhecimento do público em geral fatos da vida particular que não revelam aspectos extremamente reservador da personalidade do indivíduo. Já a intimidade – *Intimsphäre* [*Vertrauensphäre* em Costa Jr.] ou intimidade, em sentido lato na teoria alemã, refere-se à prerrogativa de se excluírem do conhecimento de terceiros as informações mais sensíveis do indivíduo, tais como aspectos atinentes à vida sexual, religiosa e política; compartilhadas apenas com as pessoas mais íntimas e em caráter reservado. Por fim, a esfera do segredo, *Geheimnsphäre* ou intimidade em sentido estrito na teoria alemã, compreende as informações relacionadas com os sentimentos, com os sonhos e com as emoções da pessoa; não compartilhadas com ninguém ou compartilhadas apenas com amigos mais íntimos.<sup>24</sup>

Porém, como indica Daniel Doneda,<sup>25</sup> a teoria das esferas perdeu credibilidade na própria doutrina alemã, sendo, inclusive, referida como a “teoria da

---

<sup>21</sup> COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995. 95p.

<sup>22</sup> COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 36.

<sup>23</sup> COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 37.

<sup>24</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, 326p., 2007. p. 30.

<sup>25</sup> DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro. Da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. Portal Âmbito Jurídico. 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460#\\_ftn27](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn27)> Acesso em: 21/12/2014.

pessoa como uma cebola passiva”. De acordo com o autor, a perda de centralidade da teoria decorreu de uma sentença proferida em 1983 pelo Tribunal Constitucional Alemão,<sup>26</sup> na qual sua utilização não se revelou frutífera para a decisão.

Além disso, a teoria tem recebido severas críticas quanto ao grau de subjetivismo na separação das esferas, além de não estar se revelando muito útil no momento da compreensão de fenômenos. Não obstante, a teoria tem tido certa influência na doutrina e também no judiciário brasileiro.<sup>27</sup>

Eventualmente, na doutrina brasileira, são lembrados os direitos à reserva (*riservatezza*) e o direito ao segredo (*segretezza*), oriundos da doutrina italiana, principalmente para o tema das interceptações telefônicas. Avolio, citando Caprioli, explica que “se o emitente da conversação tem ciência da presença de um terceiro – diverso do destinatário –, não se verifica qualquer lesão do direito ao segredo (*segretezza*), e portanto, inexistente interceptação. Também não pratica interceptação o terceiro, ignorado pelos interlocutores, que escuta uma comunicação exteriorizada de modo a permitir que seja perceptível por qualquer circunstância, pois aqui faltaria o requisito do direito à reserva da comunicação (*riservatezza*). Para o autor, uma comunicação é reservada quando quem a realiza pretende reservar-lhe a percepção a uma gama predeterminada de sujeitos, com exclusão de todo terceiro que não seja destinatário direto ou indireto”.<sup>28</sup>

---

<sup>26</sup> A respeito da sentença, indica Doneda: “A sentença determinou a ilicitude de diversos itens da Lei do Censo, de 1982, que atentariam diretamente contra o direito geral da personalidade – *allgemeines Persönlichkeitsrecht* –, relacionados tanto à coleta como ao tratamento de informações pessoais nos termos propostos pelo censo. Em suas considerações, a teoria das esferas não se demonstrou uma boa guia em um cenário no qual os problemas relacionados à privacidade eram também problemas relacionados à informação automatizada e às suas dinâmicas próprias – corroendo a eficácia de uma construção teórica baseada em pressuposições sobre níveis de intimidade e privacidade e categorias específicas de atos e dados capazes de irromper até tais níveis. Conforme se lê na sentença, ‘não se pode levar em consideração somente a natureza das informações; são determinantes, porém, a sua necessidade e utilização. Estas dependem em parte da finalidade para a qual a coleta de dados é destinada, e de outra parte, da possibilidade de elaboração e de conexão próprias da tecnologia da informação. Nesta situação, um dado que, em si, não aparenta possuir nenhuma importância, pode adquirir um novo valor; portanto, nas atuais condições do processamento automático de dados, não existe mais um dado ‘sem importância’” FROSINI, Vittorio. *Contributi ad un diritto dell’informazione*. Napoli: Liguori, 1991. p. 128-129.

Citando a doutrina que cunha o termo da “teoria da pessoa como cebola passiva”, Doneda indica: BURKERT, Herbert. *Privacy-data protection: a german/european perspective. Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*. Christoph Engel; Kenneth Keller (ed.). Baden-Baden: Nomos, 2000. p. 46.

<sup>27</sup> DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*, p. 8.136-8.156. VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*.

<sup>28</sup> AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 100.

No entanto, a respeito dessa diferenciação, mais preciso é o entendimento de Costa Jr.<sup>29</sup> e de Pellegrini Grinover<sup>30</sup> de que se tratam de direitos que representam a mesma dimensão e o mesmo bem tutelado. Sua diferenciação se revela confusa e pouco construtiva. Além disso, a construção doutrinária italiana, apesar dessa categorização apontada por Avolio, tem a tendência de compreender a privacidade e a intimidade como elementos de um mesmo direito, sem apresentar uma distinção materialmente significativa. Isso porque o direito à privacidade na Itália, reconhecido mais genericamente como *diritto all' riservatezza*, tem origem também da construção do *right to privacy* do *common law*. Desse modo, estão próximos da ideia geral que se apresenta sobre o tema, reconhecendo que se trata de uma proteção e um direito de controle sobre as informações pessoais e que já está ampliado em relação à noção de um mero direito de estar só.<sup>31</sup>

### VIDA PRIVADA E INTIMIDADE, A DICOTOMIA PROPOSTA PELA CF/88

Embora as correntes doutrinárias identificadas acima não façam uma distinção clara e objetiva entre vida privada e intimidade, o constituinte de 1988 optou por prever expressamente essa dicotomia, inexistente nas Constituições brasileiras anteriores. Na sequência, buscar-se-á compreender a razão dessa dicotomia, sem deixar de considerar que, ainda que passível de distinção e sentido, os princípios da vida privada e da intimidade apresentam uma área cinzenta em razão de sua evidente proximidade.

É impossível negar o contexto político e social de democratização da constituinte, fortemente influenciada pelo rechaço às práticas autoritárias do regime militar. A ditadura no Brasil foi marcada por intensas violações ao direito à privacidade. Não havia controle dos agentes estatais sobre a possibilidade de invasão a domicílio, sobre grampeamento e sobre as mais diversas formas de investigação.

No entanto, o período militar não foi somente marcado por seu vigilantismo, mas também pela perseguição a seus opositores. Essa perseguição se dava em um nível mais profundo, no âmbito ideológico dos indivíduos. Parte do trabalho do regime militar era extirpar a ideologia “comunista” ou “subversiva”, e isso incluía não somente as intensas torturas com agentes opositores, mas censura, interrogatórios cruéis e controle de familiares e amigos dos perseguidos,

<sup>29</sup> COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*, p. 32-33.

<sup>30</sup> GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal: interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976. p. 241.

<sup>31</sup> GAITO, Alfredo et al. *Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?* Facoltà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma. [s.l.:s.n.], 2012/2013. Disponível em: <[http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto\\_alla\\_riservatezza\\_indagine\\_processo\\_Relazione\\_finale.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto_alla_riservatezza_indagine_processo_Relazione_finale.pdf)>. Acesso em: 22/10/2016.

envolvendo toda a esfera íntima das pessoas, chegando ao nível da própria memória. Mais do que violação à privacidade, havia intensas violações à intimidade dos indivíduos, nas suas formas de ser e de pensar o mundo. A respeito de como a ditadura influenciou na vida familiar no Brasil.<sup>32</sup>

A dicotomia vida privada/intimidade já tem sido sustentada por parte da doutrina brasileira e por uma questão teórica convém mencionar algumas conclusões a respeito dessa diferença. No entanto, a primeira dificuldade que se encontra na distinção é que, de fato, a fronteira entre ambos direitos é cinzenta. Ora fazem parte de uma mesma dimensão semântica, um servindo para explicar o outro (como nos dicionários Aurélio e Michaelis), e ora são o mero aprofundamento material um do outro. Contudo, como aponta Tatiana Vieira, a distinção se mostra relevante “sob o aspecto de delimitação da gravidade dos danos relacionados ao acesso ou à divulgação indevidos de informação pessoal”.<sup>33</sup>

Além disso, é possível afirmar que a distinção favorece uma visão menos patrimonialista e patriarcalista dos direitos à privacidade e à intimidade, garantindo ainda mais atenção a dimensões mais específicas e delicadas desses direitos, indo mais longe da proteção dos direitos civis e na liberdade de consciência. Desse modo, ainda que na superfície pareçam ter o mesmo contorno normativo, é possível e importante concebê-los de maneiras distintas.

Para compreender melhor essa distinção, é pertinente o suporte literário de George Orwell. Na distopia criada pelo autor, *1984*, simplesmente não há privacidade. Os momentos em que o protagonista Winston não está sob vigilância do grande irmão são sempre momentos de fuga ou aproveitamentos de falhas dos sistemas de vigilância. Nesse sentido, a privacidade é relativamente fácil de ser mitigada pelo poder estatal. Basta que haja a vigilância absoluta em todos os espaços, com a impossibilidade de uma pessoa sequer permanecer sozinha ou não vigiada por um instante. Embora a mitigação completa da privacidade ataque necessariamente a intimidade dos sujeitos, principalmente por impossibilitar seu livre desenvolvimento, ainda é possível falar em resquícios da intimidade.

A sobrevivência dessa intimidade é justamente a grande luta de Winston.

Winston pensou na teletela, com seu ouvido que nunca dorme. Podiam espionar sua vida dia e noite, mas se você não perdesse a cabeça conseguiria ser mais esperto que eles. Com toda a sua inteligência, eles jamais haviam dominado o segredo de descobrir o que outro ser humano está pensando.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria et al. *Construção da memória histórica da ditadura militar brasileira*: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos. *Psicologia e Saber Social*, v. 1(1), 2012. p. 103-119.

<sup>33</sup> VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação*: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação, p. 32.

<sup>34</sup> ORWELL, George. *1984*. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 199.

Eles não tinham como alterar seus sentimentos: aliás, nem mesmo você conseguiria alterá-los, mesmo que quisesse. Podiam arrancar de você até o último detalhe de tudo que você já tivesse feito, dito ou pensado; mas aquilo que estava no fundo de seu coração, misterioso até pra você, isso permanecia inexpugnável.<sup>35</sup>

Ao longo das torturas, Winston continuou a resistir:

No passado, ocultara uma mente herege sob a aparência da conformidade. Agora descera mais um degrau: capitulara na mente, porém o fizera na esperança de manter o fundo de seu coração inviolado.<sup>36</sup>

Quanto maior era a persistência de Winston, mais se intensificavam as torturas. Não bastava a absoluta vigilância que o Estado depositava sobre os indivíduos, era preciso mudar-lhes a mente, humilhá-los, dessubjetivá-los. Somente assim era possível uma devoção perfeita ao grande irmão. Nesse modelo político, o próprio amor que Winston tinha por Julia era transgressor, e o Estado precisava acabar com esse amor e destruir os mais remotos locais do coração. Ambos tentaram resistir até o limite. Porém, o trágico da distopia de Orwell está justamente no fato de que, sim, é possível transformar o mais íntimo dos sentimentos.

Eles não podem entrar em você', dissera Julia. Mas podiam entrar, sim. 'O que lhe acontecer aqui é para sempre', dissera O'Brien. Era verdade. Havia coisas – atos cometidos pela própria pessoa – das quais não era possível recuperar-se. Algo era destruído dentro do peito; queimado, cauterizado.<sup>37</sup>

As sessões de tortura em Winston e Julia foram eficientes e ambos retornaram à normalidade da devoção ao partido do grande irmão. Após as torturas, todas as vezes que Winston tinha algum pensamento subversivo ou a respeito de seu passado, ele ficava enjoado, mal conseguia pensar.<sup>38</sup>

A violação da intimidade, portanto, relaciona-se não somente à privação de um espaço livre da interferência de terceiros ou ao sigilo sobre aparelhos pessoais.

---

<sup>35</sup> ORWELL, George. 1984, p. 200.

<sup>36</sup> ORWELL, George. 1984, p. 326-327.

<sup>37</sup> ORWELL, George. 1984, p. 339.

<sup>38</sup> Esse cenário está presente também na narrativa Laranja mecânica (KUBRICK, Stanley. *Laranja mecânica* [a clockwork orange]. Warner Bros. 1971. 136 min.). Nesta, Alex é um criminoso sexual que é submetido a um tratamento de choque. Sessões de tortura o submetem a um tratamento à base de medicações que dão mal-estar e exposição forçada a cenas sexuais. Alex se transforma e, toda vez que se depara com mulheres nuas ou com situações sexuais e de violência, associa-as automaticamente ao mal-estar, de maneira que, em tais casos, é sempre acometido por um enjoo.

Ela está relacionada, principalmente, ao próprio pensamento, à crítica, à noção do sujeito sobre si mesmo e sobre o mundo, a suas emoções, a seus sentimentos, a sua personalidade, a sua humanidade, a seus relacionamentos pessoais e íntimos, enfim, a sua dignidade.

Pensada nesses termos, a intimidade ganha uma abrangência semântica que supera em muito o tradicional direito de estar só ou o tradicional direito à propriedade. O resultado da violação à intimidade, da exposição, é o sentimento de vergonha, de impotência, de medo. A própria possibilidade de que seus pensamentos, seus gostos e interesses, sua sexualidade, venham a público sem seu consentimento afeta, sem dúvida, o livre desenvolvimento da personalidade e as suas formas de ser na sociedade.

Em síntese, se de um lado a privacidade encontra-se historicamente ligada à proteção da propriedade e do direito de não ser importunado por meio de seus bens, a intimidade está relacionada à proteção do livre desenvolvimento e resguardo da personalidade.

A distinção proposta não supera a sintonia entre os dois princípios, contudo, acredita-se que a distinção conceitual entre vida privada e intimidade está mais coerente com seu significado constitucional, além de ter mais potencial político e crítico no sentido da livre consciência e dos direitos civis, superando parte de sua origem patrimonialista.

## AS DIMENSÕES DA PRIVACIDADE/INTIMIDADE

A privacidade e a intimidade podem ser compreendidas em diferentes dimensões. A categorização proposta tem a intenção de contribuir para uma compreensão mais aprofundada dos princípios estudados, buscando fazer emergir a importância de determinados elementos da privacidade e da intimidade.<sup>39</sup> As dimensões são: o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais.

---

<sup>39</sup> Bart Willem Schermer, autor do livro *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, destaca as sete dimensões: o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, a correspondência, a vida familiar e os dados pessoais. SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*. Leiden University Press is an imprint of Amsterdam University Press. Leiden University Press, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11951/Thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 24/12/2014. No entanto, a categorização de Schermer será aqui utilizada como recurso orientador, não sendo mera filiação doutrinária, de modo a haver uma melhor adequação à tradição jurídica constitucional brasileira, até mesmo porque o autor apenas expõe as dimensões, sem debruçar-se sobre cada um com profundidade.

## O corpo

A primeira dimensão da privacidade/intimidade, sem dúvida a mais importante, é o corpo.

Na modernidade, os corpos ganharam novo significado, uma condição de disponibilidade e “descartabilidade” nunca antes vista. Hannah Arendt descreve bem essa condição a partir dos campos de concentração e de extermínio no regime nazista. Alguns morriam como resultado de sistemática tortura ou inanição, ou simplesmente porque o campo estava cheio de material humano supérfluo que precisava ser liquidado.<sup>40</sup>

O genocídio indígena também demonstra a facilidade com que o corpo pode ser submetido ao poder do outro sem a mínima dignidade.<sup>41</sup> Essa fungibilidade da vida humana, vista no extermínio da população e cultura indígenas, somente é possível com o olhar maquinal e expansionista da modernidade.

No mesmo sentido, a escravidão negra é onde mais evidentemente se demonstra a absoluta degradação dos corpos humanos. A objetificação do escravo negro o transformava em *res*, em bem tutelado juridicamente, não por sua vida, mas por ser propriedade de alguém.<sup>42</sup> O corpo do negro estava disposto ao poder do senhor em todos os sentidos possíveis: para o trabalho, sustento, proteção, exploração sexual, sadismo, enfim, poder.

Um dos maiores paradoxos da modernidade se dá justamente no tratamento dado ao corpo humano. Ao mesmo tempo em que o corpo se revela extremamente disponível à objetificação e ao arbítrio alheio e estatal, há o próprio reconhecimento da proteção do corpo enquanto garantia para os demais direitos. O que pode ser observado não só, por exemplo, na vedação das penas corpóreas, mas na própria proteção jurídica à liberdade e ao direito de ir e vir pela proteção ao corpo, como no *habeas corpus*.

Válida a citação de Le Breton, a respeito da importância do corpo:

O corpo humano é, nas tradições populares, o vetor de uma inclusão, não o motivo de uma exclusão (no sentido de que o corpo vai definir o indivíduo e o separar dos outros, mas também do mundo); ele é o vinculador do homem a todas as energias visíveis e invisíveis que percorrem o mundo. O corpo não é um universo independente, fechado em si mesmo, à imagem do modelo anatômico, dos códigos de saber-viver ou do modelo mecanicista. O homem, bem em carne (no sentido simbóli-

<sup>40</sup> ARENDT, Hannah. *The portable Hannah Arendt*. Penguin Classics, 2000. p. 124.

<sup>41</sup> FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*. Cad. CEDES, v. 25, n. 67. Campinas: set./dez. 2005.

<sup>42</sup> FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*.

co), é um campo de força em poder de ação sobre o mundo, e sempre a ponto de ser influenciado por ele.<sup>43</sup>

A respeito, explica Lévinas:

O corpo é um sensor sentido – eis aí, segundo Merleau-Ponty, sua grande maravilha. Como sentido, está ainda, contudo, do lado de cá, do lado do sujeito; mas como sensor, já está do lado de lá, do lado dos objetos; pensamento que não é mais paralítico, é movimento que não é mais cego, mas criador de objetos culturais. Ele une a subjetividade do perceber (intencionalidade visando ao objeto) e a objetividade do exprimir (operação no mundo percebido que cria seres culturais – linguagem, poema, quadro, sinfonia, dança – clareando os horizontes).<sup>44</sup>

O corpo é, portanto, o meio pelo qual se exerce o direito de ser e de estar no mundo. Mais do que isso, são as forças possíveis e reais sobre o corpo que mensuram o nível democrático de um Estado ou, em outras palavras, a possibilidade ou não de um Estado poder dispor do corpo de seus cidadãos.

Nesse sentido, o direito à intimidade garante a não violação do corpo em revistas vexatórias, agressivas ou em interrogatórios hostis que forcem o desgaste físico, sendo capazes, inclusive, de alterar a capacidade cognitiva da pessoa. A expressão da sexualidade, no direito de não ser submetido a julgamentos alheios ou ao arbítrio estatal, também se revela parte integrante da dimensão do corpo. Assim, a exigência, por exemplo, de declaração da orientação sexual em determinado formulário burocrático ou admissional é clara violação da intimidade, uma vez que obriga o indivíduo a revelar publicamente o uso que se quer fazer do próprio corpo.

As demais dimensões dos princípios da vida privada e da intimidade decorrem diretamente desta primeira dimensão. A proteção de dados sobre localização, por exemplo, é no fundo a proteção do próprio corpo, decorrente da garantia de não ser vigiado ou ter seus passos controlados, ainda que a ciência dos dados se dê sobre um aparelho celular ou um GPS.

Importante mencionar que o material genético, o sangue ou qualquer outro elemento corporal capaz de passar informações sobre a constituição física de um indivíduo são inegavelmente objetos de proteção da intimidade. Trata-se de corporeidade no sentido talvez mais profundo que exista, e ainda sequer é possível mensurar o que pode ser feito com a posse dessas informações.

<sup>43</sup> LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*, p. 50.

<sup>44</sup> LÉVINAS, E. *Humanismo do outro homem*. Tradução de Pergentino S. Pivatto (Coord.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009. p. 30.

## A mente

Aqui está presente o caráter mais subjetivo e mais íntimo da nossa corporeidade. A mente, nesse sentido, é o local da consciência, da autoidentificação e da representação, da memória, das emoções e das convicções.

O que se busca proteger, portanto, é o livre e autônomo desenvolvimento pessoal, sem interferência forçada de elemento externo. A autonomia e a livre determinação são faces também da liberdade de pensamento e de expressão, presentes da Constituição Federal no art. 5º, nos incisos IV e IX, bem como no art. 216, inciso I, que prevê a proteção da memória e da expressão dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira. Somente a partir da proteção da mente pelo direito à intimidade, é possível que a expressão, a crítica, a manifestação cultural possam ser de fato reais.

Trata-se da autonomia de um indivíduo poder separar, livremente e sem coação, aquilo que ele quer que o influencie ou não. Trata-se do direito de a pessoa desenvolver seu senso crítico próprio, se encontrar em suas convicções e sentimentos íntimos de forma livre e sem a obrigação de abertura ao mundo, escrutínio ou julgamento de terceiros.<sup>45</sup>

Nessa dimensão que está resguardado o direito de pensar, de querer e de desejar o que se quer, ainda que seja possível a mitigação de sua exteriorização. No direito penal, por sua vez, em relação à intimidade, podem ser apontados os princípios da lesividade, que veda a criminalização do pensamento, bem como o princípio *nemo tenetur se detegere* (não autoincriminação), cujos corolários preveem a proibição de se forçar a confissão do acusado, que o desonera de ter de se expor, de se humilhar ou de ser julgado para além de seus atos penalmente imputáveis. O princípio protege o acusado da tortura espiritual<sup>46</sup> que o obrigaria a confessar ou a dizer a verdade. Ninguém pode ser forçado a abrir sua consciência.

Também está incluso no princípio a proibição de a autoridade policial ou judicial submeter o acusado a interrogatório hostil, o que pode se manifestar no seu tempo de duração ou no tom das perguntas. O direito à intimidade vem a proteger, nesse sentido, também as testemunhas que, mesmo sob juramento, podem ser induzidas a responderem algo diverso de suas consciências livres, ainda que desapercivelmente.

O que se critica, portanto, é a possibilidade de o poder político dispor das mentes humanas para alterar suas convicções, emoções e personalidade. O que se evita, protegendo a intimidade, na dimensão da mente, é um sistema social e po-

---

<sup>45</sup> SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, p. 73.

<sup>46</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002. p. 486.

lítico-jurídico que intente adentrar a mente dos indivíduos para colher ou alterar informações ou concepções pessoais, seja sobre si mesmo ou sobre quaisquer fatos.

## O domicílio

O art. 5º da CF/88, no inciso XI, estipula as exceções para a entrada indesejada em domicílio – flagrante delito, desastre ou socorro – e impõe limite até mesmo à atividade judicial, proibindo-lhe a execução de ordem durante o repouso noturno. É notável a ênfase que o legislador originário destinou à proteção do domicílio. A Constituição protege os cidadãos do abuso estatal, procurando garantir o domicílio como um local de tranquilidade e paz, onde a intimidade possa ser exercida sem receio.

Como assinala Paulo Gustavo Gonet Branco, a doutrina brasileira procura trabalhar com um conceito abrangente de “casa”, sendo esta uma “projeção espacial da pessoa” que abrange não somente onde se vive, mas o local de trabalho, o estabelecimento industrial ou o clube recreativo.<sup>47</sup> Nesse sentido, “o domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da privacidade, em suas variadas expressões. Ali, não deve sofrer intromissão por terceiros, e deverá gozar da tranquilidade da vida íntima”.<sup>48</sup>

A respeito das relações de domicílio com a tecnologia, várias questões podem ser apontadas. A mais evidente se refere à violação do asilo sem a necessidade da presença (física) humana. O argumento de que a não entrada física não constitui invasão domiciliar é insustentável. A invasão não deve ser medida pela entrada física ou não de um corpo no recinto. A privacidade não pode ser mitigada a pretexto de não ter havido invasão física no domicílio, o que, atualmente, pode ocorrer por meio de câmeras, microfones, *drones*, sensores termográficos etc.<sup>49</sup>

## O comportamento íntimo

Como assinala Schermer, “todos nós queremos manter parte da nossa vida para nós mesmos. O direito de manter o comportamento físico (por exemplo, vida sexual) escondido do mundo alheio é um elemento desse direito, sendo o outro, nossos pensamentos e com quem os compartilhamos”.<sup>50</sup>

---

<sup>47</sup> GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direitos fundamentais em espécie*, p. 431.

<sup>48</sup> GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Direitos fundamentais em espécie*, p. 430.

<sup>49</sup> A esse respeito, é válida a menção ao caso *Kyllo v. United States*, de 2001, no qual a Suprema Corte estadunidense considerou que a visualização por dispositivo detector de infravermelho no interior de uma casa constituía busca [search], necessitando, portanto, de ordem judicial para sua utilização.

<sup>50</sup> SCHERMER, B. W. *Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance*, p. 76. Tradução livre de “We all want to keep some parts of our life to ourselves. The right to keep our physical behaviour (for instance, sex life) hidden from the outside world is one element of this right, the other being our thoughts and with whom we share them”.

A vida sexual, que não necessariamente é realizada somente dentro de casa, está sujeita à proteção constitucional da intimidade. Não é de se esperar que uma pessoa se dirija a um motel sem ter expectativa de que o sexo será mantido livre de olhos estranhos. O mesmo é válido para o comportamento em banheiros públicos, locais em que se está vulnerável e qualquer publicidade pode trazer enorme constrangimento.

Nesta dimensão, questiona-se se o acompanhamento meticuloso de uma pessoa pode ser considerado violação da intimidade. Mesmo que a maioria dos atos de uma pessoa seja realizada publicamente, a observância irrestrita de todos os movimentos por um terceiro em todos os locais pode ser interpretado como violação da intimidade.

O mero fato de se estar sob o olhar de terceiro já muda nosso comportamento, interferindo nas formas de expressão. Até mesmo em público, existe uma expectativa mínima de intimidade.

Esse direito se evidencia mais claramente no caso do *stalking*. Não teria a mulher o direito de andar livremente sem a perturbação do olhar lascivo e ameaçador alheio? Teria alguém o direito de seguir e examinar detidamente outra pessoa ao longo de determinado tempo? Não parece que teria.

No mesmo sentido, o Estado, que detidamente colhe informações sobre a rotina de uma pessoa, está de fato violando a intimidade do indivíduo. A questão que se coloca é que a somatória de condutas, ainda que públicas, tornam possível a construção de uma narrativa, ela sim íntima, de uma pessoa.

É natural alguém observar outra pessoa comprando um café pela manhã. Não é razoável alguém saber que a pessoa comprou o café pela manhã, pegou um transporte até determinada rua, saiu para almoçar ao meio dia, voltou às 14h, foi fumar às 16h, pegou um transporte às 18h até um bar, bebeu na companhia de outras pessoas, foi pra casa às 22h etc. Informações que podem ser vistas publicamente, em conjunto, podem se transformar em valiosa informação íntima.

Nesse sentido, defende-se que a autoridade policial necessita de mandado judicial para acompanhar a rotina diária de um suspeito.<sup>51</sup> Afinal, parece razoável defender que a vigilância estatal sobre um indivíduo por vários dias seguidos seja compreendida como violação da intimidade.

De fato, não é de esperar muita rigidez com a campana policial, muitas vezes respondendo a uma mera denúncia anônima. No entanto, na medida em que a campana policial inicial confirma a suspeita, haverá fundamento para a autorização judicial. Essa linha de razoabilidade é importante para se impedir

---

<sup>51</sup> A campana policial é uma técnica que consiste, principalmente, no monitoramento de determinado indivíduo ou grupo, realizado usualmente por policiais à paisana (vestidos com roupas normais, sem farda) no interior de um veículo.

arbitrariedade policial sobre a vida dos indivíduos, principalmente aqueles em vulnerabilidade social.<sup>52</sup>

## As comunicações

Essa dimensão abarca o direito de proteção à comunicação interpessoal, que pode ser realizada por diversos meios, como a correspondência. Protege-se aquela comunicação que se quer manter privada e reservada. Trata-se de reconhecer que as pessoas têm o direito de escolher com quem se quer dividir uma informação, sem ter receio de que essa informação será devassada por um terceiro ou pelo Estado. A garantia constitucional está na CF/88, em seu art. 5º, inciso XII.

Importante destacar a escolha gramatical do legislador originário. Em português destrinchado se diz: é inviolável o sigilo da correspondência; é inviolável o sigilo das comunicações telegráficas; é inviolável o sigilo das comunicações de dados; é inviolável o sigilo das comunicações telefônicas.

Abriu-se uma exceção à inviolabilidade apenas para o último caso, cuja violação deve ser realizada na forma que lei específica estabelece (Lei n. 9.296/1996), porém apenas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A doutrina e a jurisprudência brasileira são claras em estabelecer que o que se protege é o sigilo das correspondências, não exatamente as correspondências em si. Ou seja, não se pode abrir uma carta fechada, quebrar seu sigilo.<sup>53</sup> Nessa lógica, as comunicações se referem ao fluxo de informações pessoais, não ao dado ou o registro fruto dessa comunicação.

## Vida familiar ou vida interpessoal íntima

Essa dimensão se refere especialmente às relações interpessoais no seio da família. Contudo, é plenamente possível expandir para as relações pessoais mais próximas, com quem se tem estabelecido um certo grau de confidencialidade, ideia usualmente lembrada quando se faz referência à teoria das esferas.<sup>54</sup> Nessa dimensão, válido o lembrete ao artigo 226 da CF/88, de que “a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado”.

---

<sup>52</sup> A esse respeito, é válido citar o caso *United States v. Jones*, 132 S. Ct. 945, 565 U.S. (2012), no qual a Corte Americana entendeu que o acompanhamento policial sobre a vida de um indivíduo para além dos dias determinados pelo mandado violou a 4ª Emenda da Constituição Americana.

<sup>53</sup> Por todos, AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*, p. 229.

<sup>54</sup> BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização. Cinthia O. A. Freitas e José Renato Gaziero Cella (Coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. Conpedi/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016. p. 11.

O que se protege nessa dimensão é a manutenção dos segredos e confidências existentes nas relações interpessoais mais íntimas, especialmente com familiares, mas também com amigos íntimos e namorados.

Neste sentido, podemos afirmar que se protegem aqui as situações envolvendo problemas conjugais, as crenças religiosas e os problemas de saúde. Resulta interessante observar que muitas Constituições reconhecem a vida íntima familiar como direito fundamental. Isto ocorre nas Constituições da Espanha de 1976 (art. 18.1) e na de Colômbia de 1991 (art. 15, *caput*), por exemplo. Este tipo de previsão não foi acolhido pela Constituição brasileira.<sup>55</sup>

## Os dados pessoais

Sem dúvida, a questão sobre os dados pessoais amplia-se em importância em decorrência do avanço das novas tecnologias de comunicação. Mas o que são dados pessoais? A Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995, relativa à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados, conceitua dados pessoais da seguinte forma:

“Dados pessoais” [é] qualquer informação relativa a uma pessoa singular identificada ou identificável (“pessoa em causa”); é considerado identificável todo aquele que possa ser identificado, directa (sic) ou indirectamente (sic), nomeadamente por referência a um número de identificação ou a um ou mais elementos específicos da sua identidade física, fisiológica, psíquica, económica (sic), cultural ou social.<sup>56</sup>

João Carlos Zanon entende que a proteção dos dados pessoais é um direito autônomo em relação ao direito à privacidade, entendendo ser essa a tendência nos direitos europeus.<sup>57</sup> O autor indica que o direito de proteção aos dados pessoais pode ser o agrupamento de outros direitos, que são:

(a) *direitos à informação*, compreendendo: direito de informação sobre a coleta (quando, o quê, como e por quem o dado pessoal foi coletado); direito de informação acerca dos responsáveis pelo banco de dados;

---

<sup>55</sup> BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. *Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização*, p. 11.

<sup>56</sup> PARLAMENTO EUROPEU. Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>>. Acesso em: 01/02/2015.

<sup>57</sup> ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: RT, 2013. p. 146-151.

direito de acesso ao banco de dados; direito de ciência da finalidade do tratamento dos dados pessoais; direito de informação sobre a divulgação dos dados pessoais a terceiros; direito de informação; direito de informação que acerca dos direitos que assistem o titular dos dados; e direito de informação sobre a existência do bando de dados; (b) *direito de controle*, abrangendo: direito de retificação; direito de anotação; direito de apagamento ou ao esquecimento; direito de bloqueio; e de direito de saída; (c) *direitos à abstenção*, compostos por: direito de oposição ao tratamento dos dados pessoais; direito de impedir o tratamento de dados sensíveis; direito de impedir e revistar decisões individuais automatizadas; direito ao tratamento confidencial dos dados pessoais; e (d) *direito de indenização*: direito de ser indenizado por danos materiais e morais originados em razão da coleta, do tratamento ou de divulgação dos dados pessoais a terceiros, independentemente de culpa, em regime de responsabilidade civil aplicável para atividade potencialmente perigosa conforme previsto no Código Civil, art. 927, parágrafo único.<sup>58</sup>

Em síntese, seriam dados pessoais todas as informações codificadas de determinada pessoa. O tratamento desses dados gera uma informação pessoal.<sup>59</sup> Nesse sentido, são dados pessoais: endereço, CEP, número de telefone e celular, profissão, data de nascimento, números indicadores da documentação em geral (certidão de nascimento, certidão de casamento, CPF, RG, título de eleitor, certificado de reservista, passaporte, carteira de trabalho, Pis/Pasep/NIT etc.), nome de familiares, cidade natal, número do cartão de crédito, dados bancários, agenda telefônica, contatos de e-mails, registro da quantia salarial, registro de mensagens de texto privadas, e-mails, fotografias e vídeos, endereço de *Internet Protocol* (IP) etc.

Embora não exista uma cláusula de reserva de jurisdição específica na Constituição para o acesso a dados pessoais, é indefensável a tese de que o acesso por terceiro ou pelo Estado esteja absolutamente liberado. Na procura da cláusula, busca-se também o esvaziamento do próprio princípio da intimidade e da privacidade, que não deixa de proteger os dados pessoais. Não se pode confundir regras com princípios, tampouco buscar na Constituição lacunas para dar-lhe o tom permissivo de condutas invasivas, ignorando o sentido principiológico de seus dispositivos. Aliás, se a proteção aos dados pessoais não está no inciso XII, certamente está no inciso X do art. 5º.

Obviamente que os dados pessoais guardam diferentes graus de vinculação com a privacidade e a intimidade. Alguns deles, inclusive, devem estar disponíveis e ao dispor do poder público. Contudo, daí se dizer que não há proteção

---

<sup>58</sup> ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*, p. 169.

<sup>59</sup> ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*, p. 164.

constitucional aos dados pessoais parece nada mais que uma interpretação pobre e alienada dos alicerces de um Estado Democrático de Direito. É triste observar que parte da proteção efetiva aos dados pessoais é garantida não pelo Judiciário, mas pelas próprias empresas privadas, como *WhatsApp* e *Facebook*, que detêm enorme quantidade de dados pessoais.

Praticamente todos nossos dados estão, de alguma forma, registrados. Quanta informação sobre nós mesmos pode ser acessada nos nossos celulares? A que dados pessoais o *Google* e o *Facebook* têm acesso? E os bancos? Nossas conversas no *WhatsApp* podem ser utilizadas para traçar um perfil detalhado sobre nossas vidas e relacionamentos pessoais? O que o conteúdo do computador pessoal, com sua imensa capacidade de armazenamento, pode mostrar sobre nossa intimidade? São legais o tratamento de dados mediante CDs que contêm informações – como endereço, CPF, RG, telefone – de milhares de pessoas e que são vendidos nas ruas?

Não há dúvida de que o acesso a dados pessoais é capaz de gerar uma narrativa extensa e perigosa acerca de um indivíduo. Não é à toa que há espécies de extorsões baseadas exclusivamente na posse de material íntimo, como no famoso caso da atriz Carolina Dieckmann.

No entanto, embora o Estado tenha reconhecido a importância da proteção aos dados pessoais em relação a particulares, não há o mesmo movimento em relação ao acesso pelo próprio Estado. A carência de proteção a esses dados significa latente risco à efetivação dos direitos à intimidade e à privacidade. É preciso haver menos flexibilidade no poder discricionário do Estado em acessar e manipular esses dados que representam o conjunto informacional da vida individual, principalmente na era tecnológica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da metodologia empregada, foi possível observar que a doutrina jurídica brasileira sobre a questão da privacidade tem como principais expoentes os autores Tércio Sampaio Ferraz Jr. e Paulo José da Costa Jr. No entanto, foi observado que a doutrina tende a interpretar os princípios constitucionais da vida privada e da intimidade como pertencentes ao mesmo núcleo semântico, não se atentando para a dicotomia proposta na CF/88, que apresenta os conceitos de vida privada e intimidade.

Diante disso, a pesquisa procurou diferenciar tais princípios e compreender os motivos da divisão, ainda que reconhecendo uma área cinzenta de sentido entre os princípios. Enquanto a privacidade está historicamente ligada à defesa da propriedade, a intimidade está ligada ao livre desenvolvimento e proteção da personalidade. Por fim, no intuito de apresentar uma sistemática de compreensão da vida privada e intimidade, discorreu-se sobre as dimensões dos princípios,

que são *o corpo, a mente, o domicílio, o comportamento íntimo, as comunicações, a vida familiar e os dados pessoais*.

Em síntese, o avanço das tecnologias exige nova compreensão sobre a privacidade e a intimidade, que agora se inserem em um contexto em que a própria garantia constitucional pode se apresentar deficitária, especialmente se vinculada apenas à defesa das comunicações e não dos dados em si, como usualmente se defende na doutrina majoritária. Isso porque, cada vez mais, as comunicações entre as pessoas precedem de seu imediato registro, sendo transformadas em dados, cuja proteção é mais facilmente violada.

Além disso, as pessoas guardam nas mídias sociais e em aparelhos pessoais, amplo registro de atividades e material íntimos, o que desloca a compreensão e o sentido da intimidade e da privacidade para elementos novos, não necessariamente protegidos pelo ordenamento jurídico. Assim, cada vez mais, o domicílio parece estar perdendo a posição de elemento central, vindo a ganhar espaço outros elementos de natureza mais difusa, que não devem ser olvidados quando se analisam os princípios constitucionais da vida privada e da intimidade.

## REFERÊNCIAS

- ALLEN, Anita L. The natural law origins of the American right to privacy: natural law, slavery and the right to privacy tort. *Natural Law. Symposium Fordham Law School*, 2012. Disponível em: <[https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187\(2012\).pdf](https://www.law.upenn.edu/cf/faculty/aallen/workingpapers/81FordhamLRev1187(2012).pdf)>. Acesso em: 01/09/2016.
- ARENDET, Hannah. *A condição humana*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 407p., 2010.
- ARENDET, Hannah. *Reflections on littler rock* [s.l.:s.n]. p. 45-56. (ca. 1960). Disponível em: <[http://learningspaces.org/forgotten/little\\_rock1.pdf](http://learningspaces.org/forgotten/little_rock1.pdf)>. Acesso em: 01/10/2015.
- ARENDET, Hannah. *The portable Hannah Arendt*. Penguin Classics, 575p. 2000.
- AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *Provas ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 5. ed. São Paulo: RT, 255p., 2012.
- BRASIL. *Constituição Federal (1988)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.
- BRANDÃO, Luiz Mathias Rocha; MENDOZA, Melanie Claire Fonseca. Do direito à proteção de dados: das teorias de suporte e a exigência de contextualização. Cinthia O. A. Freitas e José Renato Gaziero Cella (Coord.). *Direito, governança e novas tecnologias*. Conpedi/UnB/UCB/IDP/UDF. Florianópolis: Conpedi, 2016.
- BRANDEIS, Louis; WARREN, Samuel. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, 1890. Disponível em: <<http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm>>. Acesso em: 20/12/2014.
- COSTA JR., Paulo José. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 95p., 1995.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga: estudo sobre o culto, o direito e as instituições da Grécia e de Roma*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 413p., 2009.

DIAS NETA, Vallêda Bivar Soares. *Vida privada e intimidade: estrutura, conceito, função e limites na busca da tutela integral da pessoa humana*. Fortaleza: Conpedi, p. 8.136-8.156, 2010.

DONEDA, Danilo. Privacidade, vida privada e intimidade no ordenamento jurídico brasileiro: da emergência de uma revisão conceitual e da tutela de dados pessoais. *Portal Âmbito Jurídico*. 2014. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=2460#\\_ftn27](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2460#_ftn27)> Acesso em: 21/12/2014.

FERNANDES, José Ricardo Oriá. *Ensino de história e diversidade cultural: desafios e possibilidades*. Cad. Cedes, v. 25, n. 67. Campinas: set./dez. 2005.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2002.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado*. *Revista da FD-USP*, v. 88, p. 439-459, 1993.

FOUCAULT, Michel. *Nascimento da biopolítica*. Tradução de Eduardo Brandão. Michel Senellart (Org.). São Paulo: Martins Fontes, 747p., 2008.

\_\_\_\_\_. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Tradução de Raquel Ramalheite. 39. ed. Petrópolis: Vozes, 291p., 2011.

GAITO, Alfredo *et al.* *Diritto alla riservatezza e intercettazioni: un bilanciamento è possibile?* *Facultà di Giurisprudenza, Sapienza Università di Roma*. [s.l.:s.n]. 2012/2013. Disponível em: <[http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto\\_alla\\_riservatezza\\_indagine\\_processo\\_Relazione\\_finale.pdf](http://www.archiviopenale.it/apw/wp-content/uploads/2013/06/Diritto_alla_riservatezza_indagine_processo_Relazione_finale.pdf)>. Acesso em: 22/10/2016.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria *et al.* Construção da memória histórica da ditadura militar brasileira: contribuição das narrativas de familiares de presos políticos. *Psicologia e Saber Social*, v. 1(1), p. 103-119, 2012.

GIANORDOLI-NASCIMENTO, Ingrid Faria *et al.* Mulheres brasileiras e militância política durante a ditadura militar: a complexa dinâmica dos processos identitários. *Interam. J. Psychol*, v. 41 n. 3. Porto Alegre, dez. 2007.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, prisões e conventos*. Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo: Perspectiva. 312 p., 2010.

GONET BRANCO, Paulo Gustavo. Direitos fundamentais em espécie. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, p. 393-464, 2009.

GRINOVER, Ada P. *Liberdades públicas e processo penal: interceptações telefônicas*. São Paulo: Saraiva, 1976.

KUBRICK, Stanley. *Laranja mecânica [a clockwork orange]*. Warner Bros, 136 min., 1971.

LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados*. São Paulo: USP, v. 2, n. 30, p. 55-65, 1997.

LE BRETON, David. *Antropologia do corpo e modernidade*. Tradução de Fábio dos Santos Creder Lopes. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 407p., 2013.

LÉVINAS, E. *Humanismo do outro homem*. Tradução de Pergentino S. Pivatto (Coord.). 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

ORWELL, George. 1984. Tradução de Alexandre Hubner e Heloísa Jahn. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

PARLAMENTO EUROPEU. *Proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados*. Diretiva 95/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho da União Europeia, de 24 de outubro de 1995. 1995. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:01995L0046-20031120&from=EN>>. Acesso em: 01/02/2015.

SCHERMER, B. W. Software agents, surveillance, and the right to privacy: a legislative framework for agent-enabled surveillance. *Leiden University Press is an imprint of Amsterdam University Press*. Leiden University Press, 2007. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11951/Thesis.pdf?sequence=1>>.

Acesso em: 24/12/2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: RT, 1989.

VIEIRA, Tatiana Malta. *O direito à privacidade na sociedade de informação: efetividade desse direito fundamental diante dos avanços da tecnologia da informação*. Porto Alegre: Fabris, 326p., 2007.

ZANON, João Carlos. *Direito à proteção dos dados pessoais*. São Paulo: RT, 2013.

Data de recebimento: 13/06/17

Data de aprovação: 24/10/17

# POLÍTICAS PÚBLICAS HABITACIONAIS E O DIREITO SOCIAL À MORADIA: INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA SUA CONCRETIZAÇÃO

## ROOM PUBLIC POLICIES AND SOCIAL RIGHTS TO HOUSING: NORMATIVE INSTRUMENTS FOR THEIR CONCRETIZATION

*Rodrigo Canevassi Murakami\**  
*Juvêncio Borges Silva\*\**

### RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar os instrumentos normativos destinados à concretização do direito social à moradia como forma de dignificar a existência humana. Os direitos sociais, diante do Estado Social de Direito, exigem atuação comissiva do poder público para sua efetivação, o que ocorre mediante planejamento e execução das políticas públicas. O papel do Estado é fundamental para inserção dos cidadãos aos meios básicos e mínimos de vida digna. Revela-se, ainda, uma acentuada crise de efetividade dos direitos sociais fundamentais constitucionais e sua realização no plano fático, ou seja, uma relação tensional entre o plano da validade normativa e o da facticidade, como ocorre no caso das políticas habitacionais. Por meio do método analítico-dedutivo, busca-se investigar as razões desta tensão e descompasso, a fim de compreender as causas e apontar elementos que possam orientar em uma solução.

**Palavras-chave:** Direito social; Moradia; Políticas públicas; Estatuto da cidade; Regularização fundiária.

---

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Paulista (Unip). Especialista em Direito Notarial e Registral pela Universidade Anhanguera (Uniderp). Especialista em Direito Imobiliário Aplicado pela Escola Paulista de Direito (EPD). Mestrando em Direitos Coletivos e Cidadania pela Unaerp. Oficial de Registro Civil das Pessoas Naturais e Tabela de Notas no Estado de São Paulo. E-mail: rodrigo.murakami@yahoo.com.br.

<sup>2</sup> Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Doutor pela Unesp, mestre pela Unicamp, graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Franca, graduado em Ciência Sociais pela Fafipa – Faculdade de Filosofia de Passos. Docente do Programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Docente do Centro Universitário Barão de Mauá e do Centro Educacional Hyarte.

---

**ABSTRACT**

---

This article aims to analyze the normative instruments destined to the realization of the social right to housing as a way of dignifying human existence. The social rights, before the Social State of Law, require commissive action of the public power for its effectiveness, which occurs through planning and execution of public policies. The role of the State is fundamental for the insertion of the citizens to the basic and minimum means of dignified life. There is also a marked crisis of the effectiveness of constitutional fundamental social rights and their realization on the factual plane, that is, a tensional relationship between the normative validity and factuality, as in the case of housing policies. Through the analytic-deductive method, it is sought to investigate the reasons for this tension and mismatch, in order to understand its causes, to point out elements that may guide in a solution search.

Keywords: Social Law; Home; Public policy; Statute of the City; Land Regularization.

**INTRODUÇÃO**

O Brasil vive hoje uma crise muito acentuada no campo habitacional, tanto no aspecto quantitativo quanto qualitativo. É dizer, há falta de moradia para os cidadãos e, os que conseguem o mínimo de patrimônio, estão localizados em áreas muito afastadas dos grandes centros, totalmente desprovidos da infraestrutura necessária para uma vida digna e bem-estar de seus ocupantes.

Esse cenário se agravou com o período de industrialização no Brasil (início do século XX, precisamente 1930 e seguintes), somado com a saída das pessoas do campo para as cidades em busca de melhores condições (êxodo rural).

O crescimento desordenado das cidades, somado ao aumento populacional, é um dos principais fatores de degradação da qualidade de vida, uma vez que, em grande parte, as pessoas são conduzidas a loteamentos irregulares e áreas de riscos, como comunidades,<sup>1</sup> ficando marginalizadas dos benefícios sociais que lhes são de direito e de aparelhos mínimos para sobrevivência.

A moradia digna constitui direito fundamental de todo cidadão e compõe um dos instrumentos mais eficazes de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, harmonizando-se com o fundamento da República Federativa do Brasil, insculpido no artigo 1º, inciso III, da Carta Política de 1988.

---

<sup>1</sup> O termo comunidade será aqui usado em referência às formas de organizações sociais e habitacionais tidas como periféricas e marginalizadas, não obstante algumas se situem próximas a centros urbanos habitados por classes ricas e médias. A escolha deste termo ao invés do termo “favela” se justifica pelo fato de este último trazer consigo uma carga simbólica negativa e depreciativa.

A cidade e, sobretudo, a cidade “legal/adequada” – entendida como aquela que oferece aos moradores o mínimo de infraestrutura, tais como saneamento, lazer, educação, saúde, serviços sociais, segurança, transporte, proteção ao meio ambiente, dentre outros –, é o local propício para o desenvolvimento do ser humano.

O Estatuto da Cidade (Lei n. 10.257/2001), ao regular os dispositivos constitucionais atinentes à política pública urbana, previu o direito à cidade sustentável (artigo 2º, inciso I), que é um direito difuso, transindividual, incorporando os mecanismos legais para sua operacionalização.

No mesmo diapasão, o direito à moradia é um direito social, impondo aos poderes públicos atuação positiva para sua plena efetivação, diferente dos direitos individuais relacionados à liberdade.

É nesse contexto que o Estado deve, diante da universalização e indivisibilidade dos direitos sociais, adotar políticas públicas para a concretização do direito à moradia e, conseqüentemente, outorgar contornos concretos ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A proposta do presente artigo é analisar, de forma sistemática, quais os instrumentos normativos estão à disposição do poder público para fins de concretização do direito à moradia. Os fundamentos jurídicos repousam tanto na Constituição Federal de 1988, bem como na legislação infraconstitucional, sobretudo no Código Civil, Estatuto da Cidade e a recentíssima Lei n. 13.465/2017.

No que atine à metodologia utilizada nesta pesquisa científica, optamos pelo método analítico-dedutivo, e assim trabalhar com a pesquisa bibliográfica, com base em teses e dissertações a respeito do tema, livros e artigos científicos, para, em um primeiro momento, procedermos à análise dos dados e, em seguida, deduzirmos as conclusões. Todavia, não se trata de mera revisão de literatura, uma vez que a pesquisa será feita de forma integrativa com outros métodos para se chegar a uma conclusão.

Antes, porém, faz-se mister registrar a relação entre políticas públicas e direitos sociais, revelando um aspecto negativo: a crise de efetividade dos direitos sociais.

## **POLÍTICAS PÚBLICAS E DIREITOS SOCIAIS**

O constitucionalismo moderno – tido por muitos como o verdadeiro constitucionalismo – iniciou-se com a Revolução Gloriosa (1688) na Inglaterra e teve seu seguimento com as revoluções liberais no final do século XVIII, no intuito de combater o Estado absolutista. Nesse período, verificamos a limitação do poder do Estado prevista em um texto normativo dotado de hierarquia e, ao mesmo tempo, a previsão de alguns direitos e garantias fundamentais.

Na mesma linha de raciocínio, inicialmente destaca-se o surgimento do Estado Liberal e as primeiras Constituições Liberais, sobretudo nos Estados Unidos da América e na França, imbuídas com os anseios e aspirações da classe burguesa, antes subjugadas pela nobreza e insatisfeitas com o cenário reinante.

Buscou-se consolidar a ideia de propriedade privada como direito fundamental e, atrelada a ela, garantir as liberdades individuais dos cidadãos como direitos subjetivos passíveis de serem opostos perante o Estado.

Surgiram, neste contexto, os direitos fundamentais de primeira dimensão, consubstanciados no ideal de liberdade, a exemplo dos direitos civis e políticos. O poder público devia adotar uma postura abstencionista (omissão), de não intervenção no domínio privado, para garantir a liberdade de cada indivíduo.

Com o advento da Revolução Industrial (século XVIII) e, conseqüentemente, a exploração da grande massa de trabalhadores, com violação de direitos fundamentais, aumentou-se a desigualdade social. Os trabalhadores, coagidos pela necessidade de trabalhar para sobreviver, já que os meios de produção eram concentrados nas mãos de poucos, se submetiam a jornadas de trabalho desumanas e cruéis, atentando, em última análise, contra a própria dignidade humana.

O papel abstencionista do Estado Liberal era insuficiente diante do cenário catastrófico que se instalava. A igualdade meramente formal não atingia os resultados esperados e era necessária atuação positiva do poder público, com o fito de solucionar os problemas que surgiram.

Diante do cenário ora exposto, surgiram as primeiras Constituições Sociais (Constituição Mexicana de 1917 e Constituição de Weimar de 1919), impondo ao Estado o abandono da postura omissiva para assumir um papel decisivo nas fases de produção e distribuição de bens, passando a intervir nas relações sociais, econômicas e laborais.

Nas lições de Marcelo Novelino,<sup>2</sup>

As profundas transformações operadas na estrutura dos direitos fundamentais e do Estado de direito foram determinantes para o surgimento, pouco antes do fim da Primeira Guerra Mundial (1918), de um novo modelo de constituição. A igualdade formal conferida a patrões e empregados em suas relações contratuais, com total liberdade para estipular as condições de trabalho, resultou no empobrecimento brutal das classes operárias. O agravamento das desigualdades sociais provocou a indignação dos trabalhadores assalariados, dos camponeses e das classes menos favorecidas que passaram a exigir dos poderes públicos não só o reconhecimento das liberdades individuais, mas também a garantia de direitos relacionados às relações de trabalho, à educação e, posteriormente, à assistência aos hipossuficientes.

---

<sup>2</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015. p. 52.

Os direitos fundamentais de segunda dimensão baseiam-se no valor igualdade, consubstanciando os direitos sociais e econômicos. Surgiu o Estado prestador e garantidor dos direitos sociais, sobretudo para a população desprovida de recursos financeiros.

Encerrada essa breve síntese do movimento denominado constitucionalismo, passa-se, a seguir, a desenvolver o tema dos direitos sociais.

## Direitos sociais

Os direitos fundamentais podem ser classificados em três categorias, a saber: a) os direitos de defesa ou de resistência, como as liberdades em gerais, caracterizados por exigirem do Estado um dever de abstenção; b) direitos a prestação ou prestacionais, como os direitos sociais, impondo ao poder público um dever de agir; e c) direitos de participação, a exemplo dos direitos políticos no sentido de fazer parte da formação da vontade política.

Os direitos sociais, portanto, são considerados direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais surgiram com as primeiras Constituições Sociais (Mexicana de 1917 e de Weimar de 1919), conforme ressaltado no item anterior. Eles exigem do Estado uma prestação positiva no sentido de sua concretização (daí o nome de direitos prestacionais).

A implementação de tais direitos ocorre mediante políticas públicas concretizadoras de certas prerrogativas individuais e/ou coletivas, destinadas a reduzir as desigualdades sociais existentes e a garantir uma existência humana digna.<sup>3</sup>

Em outras palavras, a relação do Estado com os direitos sociais representa verdadeira obrigação jurídica ao ente público, cujo objeto consiste na efetivação desses direitos, devendo o Estado respeitá-los, protegê-los e implementá-los.

Sem embargo, o fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública.<sup>4</sup>

Conforme se depreende da clássica lição de Maria Paula Dallari Bucci:<sup>5</sup>

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo

<sup>3</sup> NOVELINO, Marcelo. *Curso de Direito Constitucional*, p. 519.

<sup>4</sup> BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 144.

<sup>5</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.

eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Neste ponto, podemos fazer uma correlação entre a Constituição, o Estado e as Políticas Públicas, conforme fez Filipe José Vilarim da Cunha Lima.<sup>6</sup> Destaca-se o papel do Estado e seu dever de colocar em prática as políticas públicas:

(...) cabe salientar a função das políticas públicas como instrumentos de concretização do projeto normativo disposto no texto constitucional cuja operacionalização sobreleva ressaltar a fundamentalidade da atuação comissiva e prospectiva do Estado no sentido de preordenar a sua estrutura e os seus esforços para o incremento dos valores essenciais previstos pelo legislador constituinte.

Registre-se, outrossim, que os direitos sociais possuem caráter instrumental no sentido de serem essenciais para a concretização das liberdades individuais, de forma que inexiste liberdade sem que os membros da coletividade tenham acesso aos direitos sociais básicos, entre eles, o direito à moradia digna.

Os direitos sociais, cuja efetivação depende de políticas públicas por parte do Estado, devem ser implementados na medida do possível, considerando os limites de natureza econômica. Isto é, a reserva do possível representa uma limitação fática e jurídica em relação aos direitos fundamentais prestacionais.

Todavia, há o conceito jurídico de mínimo existencial, de modo a garantir a todos os cidadãos o gozo dos direitos sociais. Entende-se por mínimo existencial o conjunto de direitos cuja ausência impossibilita o exercício, na sua plenitude, da dignidade da pessoa humana.

Para parte da doutrina, o conceito de mínimo existencial não é absoluto, de modo a não prevalecer sobre o princípio da reserva do possível, devendo o Estado se desincumbir do ônus argumentativo.

Entretanto, sustentamos que o mínimo existencial deve ser tido como absoluto, não o sujeitando à reserva do possível. No mesmo diapasão escreve Filipe José Vilarim da Cunha Lima:<sup>7</sup>

(...) percebe-se que a tese da reserva do possível não pode ser invocada subjetivamente pelo administrador de plantão vez que a máquina esta-

---

<sup>6</sup> LIMA, Filipe José Vilarim da Cunha. *Políticas públicas habitacionais brasileiras e direito fundamental à moradia: interfaces e confrontações*. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2014. p. 11.

<sup>7</sup> LIMA, Filipe José Vilarim da Cunha. *Políticas públicas habitacionais brasileiras e direito fundamental à moradia: interfaces e confrontações*, p. 32.

tal deve envidar todos os esforços com as atenções voltadas à concretização do núcleo duro consubstanciado no mínimo existencial. Aqui, no contexto de mínimo existencial, sobressai-se a necessidade de identificar as pessoas em situação de vulnerabilidade, assegurando-lhes o gozo dos direitos sociais indispensáveis.

Na mesma linha de raciocínio, já decidiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 482.611, de Santa Catarina:

EMENTA: Crianças e adolescentes vítimas de abuso e/ou exploração sexual. Dever de proteção integral à infância e à juventude. Obrigação constitucional que se impõe ao poder público. Programa sentinela–projeto acorde. Inexecução, pelo município de Florianópolis/SC, de referido programa de ação social cujo adimplemento traduz exigência de ordem constitucional. Configuração, no caso, de típica hipótese de omissão inconstitucional imputável ao Município. Desrespeito à constituição provocado por inércia estatal (RTJ 183/818-819). Comportamento que transgredir a autoridade da lei fundamental (RTJ 185/794-796). Impossibilidade de invocação, pelo poder público, da cláusula da reserva do possível sempre que puder resultar, de sua aplicação, comprometimento do núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191- -197). Caráter cogente e vinculante das normas constitucionais, inclusive daquelas de conteúdo programático, que veiculam diretrizes de políticas públicas. Plena legitimidade jurídica do controle das omissões estatais pelo poder judiciário. A colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo dos juízes e tribunais e de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito. Precedentes do Supremo Tribunal Federal em tema de implementação de políticas públicas delineadas na Constituição da República (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220). Recurso extraordinário do Ministério Público Estadual conhecido e provido (grifo nosso).

Resta evidente a importância dos direitos sociais dentro de um Estado Democrático de Direito, sobretudo porquanto o Texto Maior de 1988 obtempera, como objetivo fundamental do Estado Brasileiro, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária, de modo a reduzir as desigualdades sociais e regionais (artigo 3º, incisos I e III).

### Crise de efetividade dos direitos sociais

A Constituição de 1988 possui um conteúdo programático, de forma a prever inúmeros direitos fundamentais e impõe aos poderes públicos ações para concretizá-los. Contudo, existe um hiato muito grande entre o plano normativo-constitucional (dever-ser) e o plano fático/social quase que intransponível.

Vivemos, hoje, uma crise de efetividade dos direitos sociais, o que acarreta sérios problemas dentro das comunidades, sobretudo as mais desprovidas de recursos financeiros e infraestrutura e possibilidades de inserção social – normalmente localizadas em assentamentos afastados do centro das cidades–, que dependem da atuação positiva do Estado para viver com o mínimo de dignidade.

Muitos autores atribuem a crise de efetividade dos direitos sociais à ausência de eficácia jurídica das normas programáticas, o que não deve prosperar.

As normas constitucionais são classificadas, segundo sua eficácia, em “normas constitucionais de eficácia plena, normas constitucionais de eficácia contida, e normais constitucionais de eficácia limitada ou reduzida”, na clássica lição de José Afonso da Silva.<sup>8</sup>

As primeiras são aquelas que possuem aplicabilidade direta e imediata, isto é, estão aptas a produzirem todos os efeitos no momento em que a Constituição entra em vigor) e integral, vale dizer, não admitem restrições por parte do legislador infraconstitucional. Cite-se, como exemplo, as normas relacionadas aos elementos orgânicos da Constituição (organização e estrutura do Estado e dos Poderes).

Já as normas constitucionais de eficácia contida também possuem aplicabilidade direta e imediata, porém possivelmente não integral, quer dizer, podem sofrer restrições no seu alcance por meio da elaboração de uma norma regulamentadora restritiva. O grande exemplo é a liberdade profissional prevista no artigo 5º, inciso XIII, segundo o qual é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer. Por fim, as normas constitucionais de eficácia limitada são aquelas de aplicabilidade indireta, mediata e reduzida, dependendo de regulamentação para produzir seus efeitos. No momento em que a Constituição entra em vigor, essas normas não têm o condão de produzir todos os efeitos, exigindo atuação do poder público.

São divididas em: a) normas de princípio institutivo (organizatório), que se relacionam com a organização das entidades, órgãos e instituições previstos na Constituição; e b) normas de princípio programático, que veiculam programas e ações a serem implementados pelo Estado.

As normas programáticas, conforme ressaltado alhures, possui eficácia jurídica e força vinculante, na medida em que o poder público deve concretizá-las para atingir os objetivos de um verdadeiro Estado Democrático de Direito. Elas devem ser obedecidas por todos os destinatários do texto constitucional, compreendendo as pessoas naturais individuais e coletivas, e o Estado.

---

<sup>8</sup> SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros Editores, 1998. p. 82.

Vale dizer, não se trata de um convite para o legislador infraconstitucional exercer seu mister de legislar e o Poder Executivo administrar com base na discricionariedade política, mas sim de uma imposição constitucional aos poderes constituídos.

Superado o ponto atinente à eficácia jurídica e força vinculante das normas programáticas (as quais certamente são dotadas destas características essenciais), resta-nos apontar a causa da crise de efetividades dos direitos sociais.

Alguns autores apontam a hipertrofia normativa como motivo determinante da ineficácia dos direitos sociais.<sup>9</sup> Diante de uma Constituição prolixa/análitica como a nossa, que desce à minúcia muitos assuntos formalmente previstos na Magna Carta, pretendendo legislar de absolutamente tudo, verificamos um acerto na argumentação.

De fato, existem muitos direitos (e não apenas os sociais) delineados na Constituição de 1988 e que reclamam atuação positiva do poder público para sua concretização. É faticamente impossível cumprir todos os desideratos constitucionais diante da enorme inflação de direitos fundamentais.

Outros, por sua vez, apontam que o hiato existente entre o plano-normativo e o plano fático/concreto constitui o fator essencial para a falta de efetividade dos direitos sociais. E, mais uma vez, devemos ceder a tal argumento, visto que vivemos em uma sociedade extremamente desigual e utópica.

Podemos dizer que nossa Constituição, quanto à correspondência com a realidade, é uma Constituição Nominal (critério ontológico proposto por Karl Loewenstein), uma vez que pretende ser normativa, porém, por uma série de razões, não têm eficácia plena, mormente no que toca aos direitos sociais.

Observamos que, em decorrência de uma cultura patrimonialista que se sedimentou nas práticas políticas no Brasil, a grande desigualdade social, a precarização dos serviços públicos, some-se, para intensificar a crise de efetividade dos direitos sociais, a falta de vontade política dos gestores brasileiros, cuja maioria parece não priorizar a busca do bem comum, o que tem se manifestado por inúmeras ações penais envolvendo práticas de corrupção por agentes e administradores públicos.

Ao longo do tópico destinado aos instrumentos normativos para concretização do direito à moradia, verificaremos que existem inúmeros mecanismos legais para atingir esse objetivo. Todavia, em razão da falta de vontade dos ad-

---

<sup>9</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Estado de Direito e Constituição*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, apud LIMA, Filipe José Vilarim da Cunha. *Políticas públicas habitacionais brasileiras e direito fundamental à moradia: interfaces e confrontações*, p. 36: "(...) a multiplicidade de normas programáticas nos textos constitucionais contemporâneos, especialmente relacionadas aos campos social e econômico, constitui fator de desvalorização da ideia de Constituição".

ministradores brasileiros ou até mesmo por pressão exercida pelos detentores do poder econômico, as ferramentas previstas não são utilizadas de forma adequada ou são subutilizadas.

A Lei Maior de 1988, no seu artigo 182, § 4º, traz os mecanismos para constringer esse proprietário a atender a sua função social. Estabelece que o poder público municipal pode exigir o parcelamento ou edificação compulsórios de imóvel não edificado, subutilizado ou não utilizado e, sucessivamente, cobrar imposto sobre propriedade predial e territorial urbana (IPTU) progressivo no tempo, até chegar à medida extrema (*ultima ratio*) de promover a desapropriação-sanção, mediante pagamento com títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Os instrumentos legais estão à disposição dos administradores públicos para que redistribuam a terra para os cidadãos ou, até mesmo, faça utilização dos imóveis para outros fins sociais e de interesse público, como construção de escolas, hospitais ou áreas de lazer. Porém e, reforçando, a falta de vontade política faz com que os mecanismos constitucionais sejam apenas letra morta da *Lex Fundamentalis*.

## O direito social à moradia

A moradia se constitui uma necessidade humana, pois proporciona abrigo, conforto e segurança, razão pela qual o Poder Constituinte Derivado Reformador elaborou e aprovou a Emenda Constitucional n. 26/2000, a qual acrescentou o direito à moradia no rol dos direitos sociais do artigo 6º<sup>10</sup> da Constituição de 1988 e, assim, por ser norma constitucional, impõe aos poderes públicos a adoção de políticas públicas destinadas a sua concretização no plano fático/concreto.

Reforçando o argumento, Lima obtempera:<sup>11</sup>

Constitucionalmente vinculado à efetivação do planejamento e das medidas necessárias à concretização do direito à moradia, o Estado deve se desincumbir do seu mister por intermédio da instituição e execução de políticas públicas habitacionais, a fim de garantir o pressuposto básico à sadia qualidade de vida manifestado na titularização de um lar com condições de habitabilidade.

---

<sup>10</sup> Art. 6º: São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (*grifo nosso*).

<sup>11</sup> LIMA, Filipe José Vilarim da Cunha. *Políticas públicas habitacionais brasileiras e direito fundamental à moradia: interfaces e confrontações*, p. 53.

O direito à moradia é, portanto, um direito fundamental de caráter social, de modo que o Estado deve atuar positivamente no sentido de concedê-lo a toda população. Não significa dizer que o poder público tem a obrigação de dar um imóvel para cada cidadão, até porque a efetivação dos direitos sociais condiciona-se à reserva do possível. Não obstante, deve cumprir seu dever constitucional e implantar políticas públicas para reduzir o déficit habitacional (que, registre-se, no Brasil é bastante acentuado).

O direito à moradia deve ser analisado não apenas no seu aspecto quantitativo, mas, sobretudo, na acepção qualitativa, pois de nada adianta a concessão de moradia em lugares totalmente afastados dos grandes centros, sem qualquer infraestrutura básica (saúde, educação, lazer, transporte, serviços públicos, esgoto). É dizer, a ausência desses pressupostos basilares viola frontalmente a dignidade da pessoa humana.

No mesmo diapasão, o direito social à moradia deve ser encarado como um processo complexo de inserção dos cidadãos em lares com condições de habitabilidade, cercado dos equipamentos sociais e públicos necessários ao desenvolvimento da plenitude da pessoa humana.

No que concerne ao plano normativo nacional, podemos mencionar que compete, concorrentemente, à União, Estados, Distrito Federal e Municípios promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (artigo 23, inciso IX, da Constituição de 1988).

A garantia de moradia insere-se no âmbito das competências administrativas comuns das entidades federativas, revelando sua importância, tanto no âmbito nacional, quanto no regional e municipal.

Quanto à política urbana, esta passou por profundas mudanças a partir da entrada em vigor da Constituição da República de 1988, tendo em vista o que preceitua o artigo 182. Compete ao poder público municipal estabelecer e colocar em prática a política de desenvolvimento urbano com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

Os municípios brasileiros ganharam autonomia para, de acordo com as diretrizes gerais fixadas em lei federal, legislar sobre assuntos locais atinentes à política urbana, o que é perfeitamente justificável diante da maior proximidade dos administradores municipais com a população administrada.

Desse modo, o município passou a ser o gestor e agente responsável pela implementação das políticas públicas habitacionais dentro do seu respectivo âmbito de atuação, uma vez que a política de desenvolvimento urbano possui base constitucional.

Com o fito de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição Federal, foi criada a Lei n. 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), a qual estabelece as diretrizes gerais da política urbana, dentre outros aspectos.

O instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana é o plano diretor. Trata-se de uma lei ordinária municipal, obrigatória para cidades com mais de vinte mil habitantes, bem como para aquelas integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas, integrantes de áreas de especial interesse turístico, inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional e incluídas no cadastro nacional de municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos (artigo 41 do Estatuto da Cidade).

Diante da fundamentalidade do plano diretor, o Estatuto da Cidade estabelece que a lei que o instituiu deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos e impõe, ainda, a participação da população diretamente atingida no processo de elaboração e concretização de suas normas, na medida em que os Poderes Legislativo e Executivo municipais devem garantir a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade, bem como a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos e o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos.

Destacados os principais pontos concernentes às políticas públicas e o direito à moradia, resta-nos, neste artigo, sistematizar os principais instrumentos normativos destinados a sua concretização.

## **INSTRUMENTOS NORMATIVOS PARA EFETIVAÇÃO DO DIREITO À MORADIA**

A simples previsão de direitos fundamentais na Carta Política de 1988 é insuficiente para a plena realização do ser humano e, em consequência, sua dignidade. É preciso, destarte, instrumentos normativos para a concretização dos direitos, sobretudo dos direitos sociais dependentes de políticas públicas a serem implementadas pelo Estado.

Neste item, cuidaremos de sistematizar alguns mecanismos legais pelos quais os administradores podem se valer para garantia do direito social à moradia, iniciando com o estudo do Estatuto da Cidade que, conforme destacamos no item anterior, é o responsável por regulamentar as diretrizes gerais da política urbana.

Em momento posterior, teceremos breves comentários a respeito da recente Lei n. 13.465/2017, de 11 de julho de 2017, em que houve profunda alteração na disciplina da regularização fundiária no Brasil.

## Estatuto da Cidade

A Lei n. 10.257/2001, denominada de Estatuto da Cidade, estabelece normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental (artigo 1º, parágrafo único).

Uma das diretrizes prevista no Estatuto da Cidade para realização da política urbana é a garantia do direito à cidade sustentável, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infraestrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações (artigo 2º, inciso I).

Faz-se mister sublinhar que a política habitacional deve estar associada às ações estatais de múltiplas facetas com o fim de assegurar as condições de moradia digna e adequada, compreendendo o conceito de moradia na sua acepção qualitativa.

O direito à cidade sustentável é considerado direito difuso, transindividual, pertencendo a toda coletividade de forma indivisível, tal como preceitua o Código de Defesa do Consumidor,<sup>12</sup> ao lado do direito à moradia (artigo 6º, caput, da Constituição de 1988).

Merecem destaque as palavras de Delina Santos Azevedo:<sup>13</sup>

A cidade é direito transindividual e difuso, pertencente a todos os habitantes e usuários da cidade, que merecem viver num ambiente sadio, limpo, livre e belo. O direito à cidade sustentável compreende em si vários outros direitos como o direito à moradia, ao lazer, ao desenvolvimento sustentável, ao trabalho, ao transporte público, entre outros.

O primeiro instrumento normativo previsto no Estatuto da Cidade é o parcelamento, edificação e utilização compulsórios do imóvel.

O direito de propriedade é um direito fundamental, real e subjetivo que, ao longo dos anos, passou por diversas modificações no seu conteúdo jurídico. Tradicionalmente, apresentava como característica a individualidade, reinante durante o Código Civil de 1916. Isto é, o Código Bevilacqua fora editado em uma época na qual a sociedade era extremamente patriarcal, patrimonialista e egoísta. Pensava apenas no seu próprio bem-estar, sem nenhuma preocupação com a coletividade. Vigorava o *jus utendi*, *fruenti* e *abutendi*, de forma que o proprie-

---

<sup>12</sup> Art. 81. (...) Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

<sup>13</sup> AZEVEDO, Delina Santos. *Direito à cidade ambientalmente sustentável e dignidade da pessoa humana*. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013. p. 116.

tário pudesse fazer o que bem entendesse com o imóvel de sua titularidade, inclusive destruí-lo ao seu bel prazer.

Hodiernamente, com o advento da Constituição de 1988 (já mencionada na nota 6) e o Novo Código Civil de 2002,<sup>14</sup> o panorama muda de situação. Fala-se em direito de propriedade que deve atender a uma função social, beneficiando todos da sociedade.

A funcionalização da propriedade passou a integrar sua definição jurídica, de modo que aquele que não exercer a função social, não será considerado proprietário e, portanto, carecedor da ação em eventual pretensão reivindicatória.<sup>15</sup>

Segundo ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a função social é um princípio que limita todo direito subjetivo e, como o direito de propriedade é o principal direito subjetivo do ordenamento jurídico, somente merece proteção quando for compatível com os anseios sociais. Em suas palavras, “em uma sociedade solidária, todo e qualquer direito subjetivo é funcionalizado para o atendimento de objetivos maiores do ordenamento”.<sup>16</sup>

Assim, aquele indivíduo que não utiliza seu imóvel, nem promove o parcelamento ou edifica, não está cumprindo com a função social da propriedade. Aliás, com a inutilização do imóvel, busca-se a especulação imobiliária, tornando-o ocioso, a fim de viabilizar o aumento do seu valor para posterior alienação.

Os administradores podem, mediante lei municipal específica, determinar o parcelamento, a edificação ou a utilização de compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, devendo fixar as condições e os prazos para implementação da referida obrigação (artigo 5º, caput, do Estatuto da Cidade).

Esses prazos não poderão ser inferiores a um ano, a partir da notificação, para que seja protocolado o projeto no órgão municipal competente ou dois anos, a partir da aprovação do projeto, para iniciar as obras do empreendimento (artigo 5º, § 4º).

---

<sup>14</sup> Art. 1.228, § 1º: O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

<sup>15</sup> Caso da favela Pullman, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2005, através do REsp 75.659-SP. *Informativo 252: REIVINDICATÓRIA. LOTES. ABANDONO. FAVELA. PERECIMENTO. DIREITO.* Os recorrentes buscam, em ação reivindicatória, o reconhecimento de sua titularidade e posse sobre alguns lotes. Sucede que o loteamento remonta a 1955 e jamais foi implantado, pois permaneceu, anos a fio, em completo abandono. Porém, com o tempo, deu-se a ocupação em forma de favela, consolidada por nova estrutura urbana, diferente do plano original, já reconhecida pelo Poder Público, que a proveu de luz, água e demais infraestrutura. Assim, resta mesmo o perecimento do direito de propriedade, conforme decidido pelas instâncias ordinárias (arts. 589, III, 77, e 78, I e III, do CC/1916). REsp 75.659-SP, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, julgado em 21/6/2005.

<sup>16</sup> FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*, v. 5, 12. ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 304.

O segundo instrumento atine à cobrança do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana (IPTU) progressivo no tempo, mediante a majoração da alíquota pelo prazo de cinco anos consecutivos. Para que não configure confisco, a alíquota máxima que pode ser aplicada é de 15%, conforme determina o artigo 7º, § 1º, do Estatuto da Cidade.

Na mesma linha de raciocínio se, mesmo diante dos dois instrumentos anteriores o proprietário não cumprir a função social do imóvel, o poder público municipal poderá, após 5 anos da cobrança do IPTU progressivo no tempo, promover a desapropriação-sanção, com pagamento em títulos da dívida pública resgatáveis em até dez anos.

Importante dizer que a desapropriação é um procedimento administrativo pelo qual o Estado transforma compulsoriamente bem de terceiro em propriedade pública com fundamento na necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, pagando indenização prévia, justa e, como regra, em dinheiro.

Neste caso, diz-se ser desapropriação-sanção, pois resulta do não cumprimento da função social da propriedade, e a indenização não será em dinheiro, mas sim em títulos da dívida pública.

A desapropriação é uma forma originária de aquisição da propriedade, na medida em que a aquisição não está vinculada à situação jurídica anterior. Isto é, o bem expropriado ingressa no domínio público livre de ônus e gravames que eventualmente o atinjam.

Ora, se o bem expropriado passou a pertencer ao domínio do município no âmbito da realização da política pública prevista na Constituição, no artigo 182 e no Estatuto da Cidade, o imóvel poderá, agora, ser objeto de redistribuição de renda ou construção de conjuntos habitacionais para população de baixa renda, concretizando o direito social à moradia.

Registre-se que os mecanismos até agora expostos são totalmente eficientes no sentido de efetivar o direito social à moradia, inclusive na sua acepção qualitativa. Ocorre que, conforme salientamos nas linhas anteriores, há falta de vontade política dos administradores públicos brasileiros, que deixam de promover e executar as políticas públicas habitacionais, contribuindo assim para a crise de efetividade dos direitos sociais. Observamos, porém, que esta falta de vontade política não é fortuita ou gratuita, mas decorre de pressões econômicas, de interesses econômicos, de práticas de corrupção, dentre outros, que acaba fazendo as políticas públicas habitacionais não serem efetivadas de modo a atender às necessidades dos cidadãos.

Conforme preleciona a eminente administrativista Maria Sylvia Zanella di Pietro:<sup>17</sup>

---

<sup>17</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 239.

(...) Sem considerar os prazos para aprovação do plano diretor e da lei específica, os demais prazos previstos no Estatuto da Cidade estão a indicar que o decreto de desapropriação não poderá ser expedido antes do transcurso de aproximadamente oito anos. Vale dizer que o atendimento de todas as exigências constitucionais e legais passará por três mandatos de Prefeito, no mínimo, o que torna o instituto difícil de ser aplicado, ainda que juridicamente possível.

Consigne-se que o Estatuto da Cidade está à disposição dos administradores municipais para a concretização do direito à moradia dos cidadãos. É preciso aplicá-lo no âmbito de cada município, seguindo as diretrizes do Plano Diretor.

### Regularização fundiária

O tema da regularização fundiária sempre despertou interesse pelos operadores do direito, mormente nos últimos anos com a intensa ocupação das cidades e o crescimento desordenado do parcelamento do solo, muitas das vezes realizado sem a observância das formalidades legais, com a finalidade de obtenção de lucros.

Vale dizer, com o êxodo rural e a premente necessidade de moradia e habitação, proprietários de grandes lotes de terras localizados em áreas urbanas aproveitaram o momento para lotearem seus terrenos, subdividindo-os em glebas destinadas à edificação, com abertura de novas vias de circulação.

Todavia, a Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979), editada com o fito de tutelar os futuros adquirentes dos lotes, exige uma série de requisitos legais em seu artigo 18,<sup>18</sup> além do necessário registro do loteamento no Cartório de Registro de Imóveis.

---

<sup>18</sup> Art. 18. Aprovado o projeto de loteamento ou de desmembramento, o loteador deverá submetê-lo ao registro imobiliário dentro de 180 (cento e oitenta) dias, sob pena de caducidade da aprovação, acompanhado dos seguintes documentos: I - título de propriedade do imóvel ou certidão da matrícula, ressalvado o disposto nos §§ 4o e 5o; II - histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 (vintes anos), acompanhados dos respectivos comprovantes; III - certidões negativas: a) de tributos federais, estaduais e municipais incidentes sobre o imóvel; b) de ações reais referentes ao imóvel, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ações penais com respeito ao crime contra o patrimônio e contra a Administração Pública. IV - certidões: a) dos cartórios de protestos de títulos, em nome do loteador, pelo período de 10 (dez) anos; b) de ações pessoais relativas ao loteador, pelo período de 10 (dez) anos; c) de ônus reais relativos ao imóvel; d) de ações penais contra o loteador, pelo período de 10 (dez) anos. V - cópia do ato de aprovação do loteamento e comprovante do termo de verificação pela Prefeitura Municipal ou pelo Distrito Federal, da execução das obras exigidas por legislação municipal, que incluirão, no mínimo, a execução das vias de circulação do loteamento, demarcação dos lotes, quadras e logradouros e das obras de escoamento das águas pluviais ou da aprovação de um cronograma, com a duração máxima de quatro anos, acompanhado de competente instrumento de garantia para a execução das obras; VI - exemplar do contrato padrão de promessa de venda, ou de cessão ou de promessa de cessão, do qual constarão obrigatoriamente as indicações previstas no art. 26 desta Lei; VII - declaração do cônjuge do requerente de que consente no registro do loteamento.

No mesmo diapasão, o Oficial de Registro de Imóveis deverá qualificar o título que lhe é apresentado no sentido de concretizar o princípio da legalidade, harmonizando com a finalidade da atividade notarial e registral, qual seja, a garantia da publicidade, autenticidade, segurança e eficácia dos atos e negócios jurídicos (artigo 1º da Lei n. 8.935/1994).

Ocorre que grande parte dos loteadores, com o objetivo de ganhar dinheiro e lucrar à custa alheia, não cumprem tais requisitos ou, o que é pior, ludibriam pessoas carentes e desprovidas de conhecimentos técnico-jurídicos, abusando da sua boa-fé e “alienam” os lotes como se tudo estivesse correto.

É nesse contexto que surgiram os loteamentos irregulares e clandestinos, desprovido seus possuidores do título formal de propriedade, de modo a não se garantir um mínimo de patrimônio, vulnerando o princípio maior da Constituição Brasileira, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Registre-se, outrossim, que além da falta do documento comprobatório do direito de propriedade e o crescimento desordenado das cidades fez questões urbanísticas e ambientais também serem muito afetadas.

O Estatuto da Cidade dispõe que regularização fundiária e urbanização de áreas ocupadas por população de baixa renda mediante o estabelecimento de normas especiais de urbanização, uso e ocupação do solo e edificação, consideradas a situação socioeconômica da população e as normas ambientais constituem uma das diretrizes gerais da política urbana (artigo 2º, inciso XV).

A regularização fundiária passou por várias previsões normativas até chegar à recente Lei n. 13.465, de 11 de julho de 2017.

Inicialmente, há regulamentação na Lei do Parcelamento do Solo Urbano (Lei n. 6.766/1979, artigo 38 e seguintes). Em 2009, foi editada a Lei n. 11.977 (Lei Minha Casa Minha Vida) que é considerada a principal lei atinente ao tema. Em 22 de dezembro de 2016, o Governo Federal editou a Medida Provisória 756, a qual foi convertida na Lei n. 13.465 de 2017.

Esta é a lei atual que cuida da regularização fundiária no Título II, que vai do artigo 9º ao 54, revogando expressamente a Lei n. 11.977/2009. Assim, extinguiu vários institutos consolidados anteriormente e criaram-se outros, pretensamente mais favoráveis e facilitadores.

A regularização fundiária consiste no conjunto de medidas jurídicas, urbanísticas, ambientais e sociais destinadas à incorporação dos núcleos urbanos informais ao ordenamento territorial urbano e à titulação de seus ocupantes.

Com o título formal de propriedade, o titular do domínio conseguirá investir no imóvel, oferecê-lo como garantia em empréstimos<sup>19</sup> e, estas circunstâncias fazem a cidadania ser concretizada, permitindo ascensão social ao proprietário.

A regularização fundiária têm por objetivos, dentre outros, os seguintes: a) identificar os núcleos urbanos informais que devam ser regularizados, organizá-los e assegurar a prestação de serviços públicos aos seus ocupantes, de modo a melhorar as condições urbanísticas e ambientais em relação à situação de ocupação informal anterior; b) garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas; c) garantir a efetivação da função social da propriedade; e d) ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (artigo 10 da Lei n. 13.465/2017).

A regularização fundiária urbana (chamada pela lei de “Reurb”) compreende duas espécies. A primeira, denominada de Reurb-S, é a regularização fundiária urbana de interesse social aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados predominantemente por população de baixa renda, assim declarados em ato do Poder Executivo municipal. A segunda espécie é a Reurb-E, isto é, regularização fundiária de interesse específico, aplicável aos núcleos urbanos informais ocupados por população não qualificada na hipótese anterior.

Essa distinção é importante para determinar quem será o responsável pela infraestrutura da área a ser regularizada. É dizer, na Reurb-S, diante da falta de recursos financeiros dos beneficiários, o poder público é quem deve arcar com os custos de construção, lembrando que as custas e emolumentos perante o Cartório de Registro de Imóveis serão dispensados, ao passo que na Reurb-E os próprios beneficiários é quem deverão arcar com todos os custos da regularização.

Interessante ponto tratado pelo Lei n. 13.465/2017 atine à legitimidade para requerer a Reurb. Além dos entes federativos e dos próprios beneficiários, a lei autorizou que os proprietários de terrenos, loteadores e incorporadores tomem a iniciativa da regularização, porém, esse requerimento não os eximirá de responsabilidade administrativa, civil ou criminal.<sup>20</sup>

Existem vários instrumentos de regularização fundiária previstos no artigo 15 da mencionada lei. Dentre eles, merecem destaque a legitimação fundiária (instituto novo) e a legitimação de posse, bem como a usucapião.

---

<sup>19</sup> BODNAR, Zenildo. *Regularização Registral Imobiliária na Efetivação de Direitos Fundamentais na Cidade Sustentável*. Dissertação (Pós-Graduação em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2015, p. 111.

<sup>20</sup> Art. 14. (...) § 3º O requerimento de instauração da Reurb por proprietários de terreno, loteadores e incorporadores que tenham dado causa à formação de núcleos urbanos informais, ou os seus sucessores, não os eximirá de responsabilidades administrativa, civil ou criminal.

A usucapição consiste em modo originário de aquisição da propriedade e outros direitos reais tendo como pressupostos a posse prolongada e a inércia do titular do domínio. Em outras palavras, o exercício da posse, durante o lapso temporal exigido pela lei, será transformado em propriedade caso o titular do domínio não reivindique a área possuída.

Trata-se de instituto que visa dar segurança jurídica àquele que emprega função social ao imóvel, harmonizando com os preceitos constitucionais. A usucapição é modo originário de aquisição da propriedade, não mantendo o novo proprietário qualquer relação de direito com o seu antecessor. O usucapiente adquire a propriedade livre de quaisquer vícios que inquinava o domínio anterior.

Sintetizando os ensinamentos doutrinários,<sup>21</sup> três requisitos são exigidos pela usucapição: a posse ad usucapionem, o tempo e a coisa hábil.

A posse ad usucapionem possui características especiais que a diferencia da posse comum. Vale dizer, é preciso que a posse seja exercida com a intenção de ser dono (*animus domini*), aplicando a teoria subjetiva de Savigny. Além disso, a posse precisa ser contínua e ininterrupta, bem como ser justa.

No que toca ao requisito temporal, variará de acordo com a espécie de usucapição. Apenas a título de exemplo, o maior prazo para aquisição da propriedade imóvel é por meio da usucapição extraordinária do artigo 1.238 do Código Civil, cujo prazo é de 15 anos e o menor tempo atine à usucapição familiar do artigo 1.240-A da Lei Civil, ou seja, 2 anos.

A posse exercida durante o tempo exigido pela lei deve recair sobre uma coisa hábil a ser usucapida (*res habilis*). Neste ponto, a doutrina sempre alerta que não podem ser objeto de prescrição aquisitiva os bens públicos, qualquer que seja a espécie, bem como as coisas nos condomínios edilícios, diante da sua indivisibilidade.

A usucapição pode, a partir do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), ser objeto de ação judicial de natureza declaratória ou ser reconhecida extrajudicialmente perante o Cartório de Registro de Imóveis (artigo 216-A da Lei de Registros Públicos – Lei n. 6.015/1973).

No mesmo diapasão observa Murakami:<sup>22</sup>

Inova o legislador infraconstitucional com o fito de atender à desjudicialização iniciada pela Emenda Constitucional 45/2004 e permitir o

---

<sup>21</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 276; WEIZENMANN, Luiz Carlos. *Usucapição extrajudicial*. In: *Repercussões do Novo CPC: direito notarial e registral*, v. 11. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 179; RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. *Novo Curso de Direito Processual Civil*. 9. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 309.

<sup>22</sup> MURAKAMI, Rodrigo Canevassi. *Usucapição extrajudicial*. Dissertação (Pós-graduação *lato sensu* em Direito Imobiliário Aplicado) – Escola Paulista de Direito. São Paulo, 2016. p. 38.

atendimento do princípio da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, Constituição de 1988), pois, em última análise, permitirá reduzir consideravelmente o tempo do processo de usucapião se as partes optarem pela via extrajudicial.

O segundo instrumento de regularização fundiária diz respeito à legitimação de posse, instituto já consolidado pela Lei n. 11.977/2009. Cuida-se de ato do poder público destinado a conferir título, por meio do qual fica reconhecida a posse de imóvel objeto da Reurb, com a identificação de seus ocupantes, do tempo da ocupação e da natureza da posse, o qual é conversível em direito real de propriedade.

O título de legitimação de posse é objeto de registro na matrícula do imóvel (artigo 167, inciso I, n. 41, da Lei n. 6.015/1973) e, passados cinco anos e observados os requisitos da usucapião especial urbana prevista no artigo 183 da Constituição de 1988, será convertida em propriedade, constituindo forma de aquisição originária. A esse instituto deu-se o nome de usucapião administrativa, ou seja, ocorrida dentro do Cartório de Registro de Imóveis.

O terceiro instrumento de regularização fundiária analisado neste artigo diz respeito à legitimação fundiária, previsto no artigo 23 da Lei n. 13.465/2017. Trata-se de novidade da legislação infraconstitucional e constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

Note-se que a legitimação fundiária é destinada apenas às áreas já consolidadas, diferentemente da legitimação de posse.

Verifica-se que a legitimação fundiária é destinada a regularizar as áreas ocupadas em regime de detenção, sobretudo as áreas públicas, insuscetíveis de usucapião. É uma medida de extrema valia para os dias atuais em que grande parte dos assentamentos irregulares localizam-se em áreas públicas.

## **CONSIDERAÇÕES FINAIS**

A Constituição de 1988, denominada de Constituição Cidadã, inaugurou nova era na evolução dos direitos fundamentais no Brasil. Preocupada com o ser e não com o ter, estipulou que o núcleo fundamental do Estado Democrático de Direito reside na dignidade da pessoa humana.

Esse valor fundamental deve imiscuir-se em todas as atividades do poder público, mormente no sentido da concretização dos direitos sociais e, dentre eles, o direito à moradia digna.

Com o advento do Estado Social, diante da crise do liberalismo provocada pela insuficiência da igualdade meramente formal, o Estado passou a ter um papel mais ativo na efetivação dos direitos fundamentais de segunda dimensão, quais sejam, direitos sociais e econômicos. Isso exige a implementação e execução de políticas públicas voltadas ao bem-estar de toda comunidade, como é o caso do direito à moradia.

Restou evidente, ao longo deste artigo, que existem inúmeros instrumentos normativos destinados à concretização do direito à moradia, tais como: a) parcelamento, edificação ou utilização compulsórios; b) IPTU progressivo no tempo; c) desapropriação-sanção; d) regularização fundiária, com diversos caminhos, como a legitimação de posse, a legitimação fundiária, a usucapião, dentre outros.

Ocorre que vivenciamos uma crise de efetividade dos direitos sociais, revelando um hiato entre o plano normativo e o plano fático/concreto. Essa crise se deve, sobretudo, à falta de vontade política dos administradores brasileiros, principalmente influenciados por pressão do poder econômico (a elite econômica possui grande influência nas relações de poderes).

É preciso combater as mazelas políticas e outorgar aos cidadãos um mínimo de dignidade, dentre outros direitos, o direito à moradia. Ato contínuo, os mecanismos ora expostos concretizam, também, a cidadania, na medida em que inserem “formalmente” os mais pobres no ordenamento jurídico, à vista da implantação de infraestrutura básica, como lazer, educação, esporte, transporte, serviços públicos (moradia no aspecto qualitativo).

Com o título de propriedade formal, o indivíduo consegue desfrutar de uma ascensão social e usufruir de empréstimos, por exemplo, para investir no imóvel e construir um ambiente sadio e propício para o desenvolvimento de sua família.

No mesmo sentido, uma vez reconhecido como o titular do direito real sobre o imóvel, têm os cidadãos meios de exigir dos poderes públicos atuações comissivas para implementar a infraestrutura básica necessária para uma vida com dignidade (moradia com habitualidade).

A utilização dos instrumentos normativos destinados à concretização do direito à moradia faz uma parcela significativa da população conseguir seu respectivo título de propriedade, o que implica na diminuição do déficit habitacional e das desigualdades regionais e locais.

## REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Delina Santos. Direito à cidade ambientalmente sustentável e dignidade da pessoa humana. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Universidade Federal da Bahia. Salvador, 2013.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

BODNAR, Zenildo. Regularização registral imobiliária na efetivação de direitos fundamentais na cidade sustentável. Dissertação (Pós-Graduação em Urbanismo, História e Arquitetura da Cidade) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHACCUR, Ricardo Cotrim. Usucapião coletiva urbana e regularização fundiária em favelas paulistanas. Dissertação (Mestrado em Direito Político e Econômico) – Universidade Presbiteriana Mackenzie. São Paulo, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FARIAS, Cristiano Chaves; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. v. 5, 12. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro: direito das coisas. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LIMA, Filipe José Vilarim da Cunha. Políticas públicas habitacionais brasileiras e direito fundamental à moradia: interfaces e confrontações. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) – Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa, 2014.

MURAKAMI, Rodrigo Canevassi. Usucapião extrajudicial. Dissertação (Pós-Graduação lato sensu em Direito Imobiliário Aplicado) – Escola Paulista de Direito. São Paulo, 2016.

NOVELINO, Marcelo. Curso de direito constitucional. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

RIOS GONÇALVES, Marcus Vinicius. Novo curso de direito processual civil. 9. ed., v. 2. São Paulo: Saraiva, 2013.

SANTOS, Patricia Rodrigues dos. O direito à moradia: um desafio às políticas públicas de regularização fundiária. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=14381](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14381)>. Acesso em: 19/11/2017.

SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

WEIZENMANN, Luiz Carlos. Usucapião extrajudicial. In: Repercussões do novo CPC: direito notarial e registral, v. 11. Salvador: Juspodivm, 2016.

*Data de recebimento: 26/11/17*

*Data de aprovação: 14/12/17*

# PRECEDENTES VINCULANTES NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA: ANALISANDO SEUS IMPACTOS

## BINDING PRECEDENTS IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER: ANALYZING YOURS IMPACTS

*Paulo Henrique Martins\**  
*Dirceu Pereira Siqueira\*\**

### RESUMO

Objetiva-se analisar, a partir do contexto da Constituição de 1988, a forma como se deu no Brasil a incorporação da doutrina dos precedentes (esta idealizada nos países do “common law”), na realidade local (país de “civil law”), e como no “common law” o precedente é a fonte primária de Direito, o que difere da realidade brasileira. Trar-se-á como resultado que esta aproximação não representa, de fato, a adoção de modelo precedencialista propriamente dito. Utilizar-se-á de metodologia baseada em pesquisa qualitativa, tecida com base doutrinária (nacional e internacional). Abordar-se-á o tema pelo método hipotético-dedutivo, de cunho descritivo e analítico. Buscar-se-á provar que a incorporação no Brasil da doutrina precedencialista não pode ser vista com fins de efetivação de direitos, mas sim visa estabelecer rol de jurisprudências impeditivas de conhecimento e provimento de recursos utilizada pelos tribunais supe-

---

\* É pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal). Doutor e mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino – ITE/Bauru. Especialista *lato sensu* em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto. Pesquisador bolsista – modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor – PPD – do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI). Professor permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (Uniarara), do Centro Universitário Unifafibe (Unifafibe) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (Unifeb). Professor convidado do Programa de Mestrado em “Gestão Estratégica de Empresas – Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)” – Disciplina: “Ética e Legislação” University Missouri State – EUA. Consultor jurídico; parecerista. Advogado. E-mail: dpsiqueira@uol.com.br.

\*\* É mestrando em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar – Centro Universitário Cesumar. Graduado em Direito pelo Univem – Centro Universitário Eurípides Soares da Rocha. Advogado em Maringá. E-mail: paulohenriquemartins.edu@outlook.com.

riores em contrariedade aos interesses das partes demandantes, que são prejudiciais à efetividade do processo.

**Palavras-chave:** “Common law”; “Civil law”; Jurisprudência; Precedentes vinculantes.

### ABSTRACT

The objective of this study is to analyze, from the context of the 1988 Constitution, the way in which Brazil has been fitted with the doctrine of precedents (idealized in the common law countries), in the local reality (a country of civil law), and as in the “common law” the precedent is the primary source of law, which differs from the Brazilian reality. As a result, this approximation does not represent, in fact, the adoption of the precedentialist model itself. It will use methodology based on qualitative research, woven on a doctrinal (national and international) basis. The subject will be approached by the hypothetical-deductive method, with a descriptive and analytical character. It will be tried to prove that the incorporation in Brazil of the precedentialist doctrine doesn't be seen for purposes of effectiveness of rights, but rather aims at establishing a list of jurisprudence that impede the knowledge and provision of resources used by the superior courts in opposition to the interests of the plaintiffs, Which are detrimental to the effectiveness of the process.

**Keywords:** Binding precedents; Common law; Civil law; Jurisprudence.

## INTRODUÇÃO

No presente texto pretende-se analisar que o “precedent” do modelo inglês (e posteriormente norte-americano), dentro do sistema jurídico do “common law”, foi idealizado e concebido de maneira distinta da forma pela qual vem sendo utilizado no Brasil, país de natureza do “civil law”, e como essa situação pode trazer prejuízo à efetivação de direitos.

Inserir-se no bojo do texto a evolução histórica da formação do precedente no modelo do “common law”, dentro das realidades inglesa e norte-americana, bem como a importância que o “civil law” teve para a formação (e desenvolvimento) dos Estados Modernos, e como isso levou à intensificação (e complexidade) das demandas e a própria simbiose entre os dois sistemas (“common law” e “civil law”), ocorrida após o fenômeno da globalização. Essa mescla dos modelos de sistemas jurídicos também pode ser sentido no Brasil, principalmente após 1988, com a Constituição Federal de 1988 e, mais intensamente, com o novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015).

Dentro da ótica do trabalho, portanto, busca-se trazer resposta à seguinte indagação: a importação dos precedentes vinculantes do “common law” no Brasil e seu uso pelos Tribunais atende à finalidade de efetivação dos direitos? Tentar responder a essa indagação é o objetivo do trabalho.

## A IDEALIZAÇÃO DO “COMMON LAW” E A FORMAÇÃO DO PRECEDENTE JUDICIAL

A origem do sistema de “common law” remota a oposição à utilização dos costumes locais, para a unificação de um direito comum em toda a Inglaterra.<sup>1</sup>

O primeiro significado do sistema de “common law” foi a de “direito comum”, ou seja, aquele originado das sentenças judiciais dos Tribunais de Westminster, que foram tribunais criados pelo Rei e com subordinação direta deste com o nítido propósito de unificar as normas do reino.<sup>2</sup> Há também que se destacar o papel da chamada “Equity”, ou seja, o direito aplicado pelos Tribunais do Chanceler do Rei (geralmente ocupados por um membro da Igreja) para equilibrar ou sopesar os rigorismos do sistema e atingir, por meio da equidade, a solução mais justa no caso concreto.<sup>3</sup>

Na Inglaterra, o sistema dava mais importância às chamadas ações processuais (“writ”) do que o estabelecimento de normas de direito subjetivo. O sistema (de tentativa de “encaixe” do caso concreto a um “writ” já prolatado) era complexo, já que em 1227 existiam apenas 56 “writs”, número esse somente elevado para 72 em 1832, o que impunha ao aplicador da norma a necessidade de se utilizar frequentemente da analogia.<sup>4</sup>

Guido Fernando da Silva Soares destaca que:

(...) por analogia, para determinadas circunstâncias, concediam-se “writs” para situações novas, a exemplo: inexistia um “writ” determinado para [uma modalidade determinada de] contratos, contudo, através de “writ of detinue”, originariamente destinado a beneficiar um possuidor de boa-fé, o mesmo passaria a servir para proteger quem detivesse, sem justo título, uma propriedade, portanto quem detivesse a coisa sem ter um contrato que legitimasse a posse; ou ainda o “writ of trespass” que originalmente servia para proteger um dano causado por ato ilícito, seria aplicado, analogicamente, para proteger um contratante que tivesse sido prejudicado pela inadimplência”.<sup>5</sup>

O sistema formalístico (rígido) logo sofreria modificações, até mesmo impulsionadas pela frequência da utilização dos procedimentos excepcionais (e

---

<sup>1</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 359.

<sup>2</sup> Os Tribunais de Westminster tiveram importância na unificação do “common law” inglês, uma vez que antes deste havia um “direito costumeiro tribal” pulverizado e distinto em cada uma das tribos antigas da Inglaterra, fato este que perdurou até a conquista da Normanda, ocorrida no de 1066.

<sup>3</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA. São Paulo: RT, 2000. p. 32.

<sup>4</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 362.

<sup>5</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 33.

empregos da analogia), concedidos quando da inexistência de um “writ” do sistema de “common law” propriamente dito, que fez surgir uma verdadeira justiça paralela, denominada de Courts of Westminster com a utilização de uma linguagem e precedentes próprios que posteriormente foram aplicados pelos Tribunais do Chanceler que rivalizariam com as Cortes de Westminster. Os Tribunais do Chanceler acabariam formando um corpo de normas denominadas de “Equity”.<sup>6</sup>

Segundo Guido Fernando Silva Soares,<sup>7</sup> as “Courts of Chancery” se apoiavam em normas do Direito Canônico, que eram mais evoluídas e melhor elaboradas se comparadas aos procedimentos do “common law”.

Quando Henrique VIII rompeu com a Igreja Católica, estabelecendo a sua própria igreja protestante (Anglicana), não havia mais um Chanceler da Igreja Católica ocupante da Corte de Chancelaria, o que afastou gradativamente a “Equity” da influência do Direito Canônico, bem como a aproximou (inclusive com os usos e formalismos) do sistema de “common law”. Esse fenômeno desencadeou na junção dos Tribunais da “Equity” e da “Common Law” para os Tribunais Comuns da Inglaterra no ano de 1873 e 1875 por meio dos denominados “Judicature Acts”.<sup>8</sup>

Destaca Soares:

Mesmo unificados os órgãos de aplicação da “common law” e da “Equity”, conservaram eles suas características originais e suas regras próprias, a princípio, que sempre foi dominante e que, em certa medida, continua, tanto na Inglaterra como nos EUA, é de que a utilização da “Equity” só é possível quando inexistir remédio na “common law” (...). Embora na Inglaterra permaneça um contraste entre “common lawyers” e “equity lawyers”, mais pelo estilo de atuação e particularidade de problemas, a unificação dos órgãos judiciários permite hoje afirmar que a diferença entre “common law” e “Equity” se prende mais às tipicidades dos institutos abrigados, em um ou outro ramo do direito, submetidos às interpretações judiciárias próprias (os “precedents” da “common law” e os da “Equity”, em princípio, não são intercambiáveis, posto que marcados cada qual com um traço de sensibilidade própria aos problemas a serem resolvidos).<sup>9</sup>

Já em relação aos Estados Unidos, o sistema de “common law” foi incorporado de uma maneira distinta do modelo inglês, pois a noção de “Equity” foi

---

<sup>6</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34.

<sup>7</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34.

<sup>8</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 34-35.

<sup>9</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law*: introdução ao direito dos EUA, p. 35-36.

recebida no momento que este já deixava de ser na Inglaterra um instrumento independente da “common law”, o que levou à judicatura estadunidense inexistir à dualidade entre os chamados “common lawyers” e “equity lawyers”. Após a unificação nos EUA da justiça federal, ocorrida em 1938, as “actions at law” e os “suits in equity” foram convertidas em espécies do gênero “civil actions”.<sup>10</sup>

Há também uma segunda expressão ou significado para “common law” e que se refere à distinção entre “common law” como direito criado pelo juiz (judge-made-law), e, de outro, o direito estabelecido pelo legislador (“Statute Law”).

Soares explica que essa segunda compreensão da “common law” e de suas ramificações (“judge-made-law” e “Statute Law”) é o cerne da distinção entre a “common law” inglesa e norte-americana:

(...) a Inglaterra, que considerarmos uma “common law” mais pura, desconhece a primazia de uma Constituição escrita e que se coloca numa organização jurídica piramidal (à “civil law”), nem tem ideia da primazia dos “statutes”, tais as constituições estaduais do sistema federativo norte-americano, igualmente direito escrito, constituições estaduais essas que se colocam no ápice da lei estadual, que nos EUA é a maioria das disposições normativas. Na verdade, nos EUA, os precedentes judiciais, segundo os “case laws” dos Estados são a regra e as decisões baseadas na lei federal são aqueles intersticiais, mas fique desde já bem anotado que nos EUA (por tratar-se de um sistema misto entre a “common law” e “civil law”) permanece o traço característico do sistema: o “judge-made-law”.<sup>11</sup>

Analisando-se o sistema do “judge-made-law”, extrai-se que a decisão judicial construída pelo magistrado tem duas funções. A primeira é dirimir definitivamente uma questão (pacificação do conflito), pois ao solucionar um litígio o juiz estará realizando também sua segunda função, que é estabelecer premissas que se estenderão além das partes litigantes postas naquele caso concreto. É o estabelecimento de um precedente, em face do qual um caso análogo a surgir no futuro será provavelmente decidido da mesma forma.

É a doutrina do “stare decisis”, que deriva da frase latina “stare decisis et non quieta movere”: apoiar, manter as decisões, e não perturbar os pontos pacíficos. O precedente judicial encontra-se diretamente conjugado aos fatos que originam a questão de direito, o que possibilita a sua reprodução em casos posteriores a partir da análise da ementa tecida do julgamento, pois se trata de uma “questão jurídica”, que é inseparável do ‘caso’ que lhe deu origem”.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*, p. 36.

<sup>11</sup> SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*, p. 39.

<sup>12</sup> RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 68.

No sistema de “common law”, o juiz tem um papel decisivo de criar o direito, baseando no “case method”, no qual Zitscher (2001) destaca que o método indutivo é o que prepondera, e este conduz o juiz a formular a regra a ser aplicada ao caso “sub judge” através por meio de casos anteriores sobre a mesma matéria. A autora explica:

No sistema da “common law”, com o uso do método indutivo, tendo um caso concreto para solucionar, o juiz, tradicionalmente, considera as decisões anteriores na matéria e não só os resultados, as soluções finais, analisa também os fatos que foram base de cada uma delas. O juiz só vai considerar casos anteriores com fatos suficientemente semelhantes àquela que ele tem de solucionar. Analisando os fatos e as soluções das decisões anteriores, ele chegará à regra concreta – a “ratio decidendi” – fundamento das decisões tomadas, e aplicará essa regra ao novo caso.<sup>13</sup>

A fonte primária do direito da “common law” é a decisão anterior (“precedent”), sendo recurso utilizado pelo aplicador a análise cuidadosa dos “precedents” para, somente após esse cotejo, encontrar um (daqueles “precedents” que se demonstre mais adequado ao caso concreto. O texto escrito (“Statute Law”) é meio subsidiário na busca da resolução dos “cases”, quando se demonstrar impossível a construção jurídica da solução justa com base na inexistência de casos anteriores julgados (“precedents”).

Gennaioli e Shleifer<sup>14</sup> sintetizam essa conclusão, e reforçando a questão do direito ser construído pelo magistrado: “in a common-law legal system, such as that of the United States and the United Kingdom, many important laws are made not by legislatures but by appellate courts deciding specific cases and thus creating precedents”.<sup>15</sup>

A “Equity” possui papel de destaque e preponderância, funcionando como norte orientador para o magistrado ponderar os interesses jurídicos *versus* o atingimento de um grau satisfatório (razoável) de justiça (equidade).

---

<sup>13</sup> ZITSCHER, Harriet Cristiane. Metodologia de ensino jurídico com casos: teoria & prática. Com exemplo do Direito do Consumidor e do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999. p. 23.

<sup>14</sup> GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The evolution of common law. Journal of Political Economy. Chicago, p. 43-68. jan. 2007. Disponível em: <[http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution\\_jpe\\_final.pdf](http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution_jpe_final.pdf)>. Acesso em: 20/09/2016.

<sup>15</sup> “No sistema jurídico do “common law”, como o dos Estados Unidos e do Reino Unido, muitas leis importantes não são feitas por legisladores, mas por tribunais de apelação ao decidir casos específicos e criando assim os precedentes” Tradução livre do autor.

## A NATUREZA DA “CIVIL LAW” E A IMPORTÂNCIA DESTE SISTEMA PARA A CONSOLIDAÇÃO DOS ESTADOS MODERNOS – O ABANDONO DOS PRECEDENTES E O USO DAS LEIS ESCRITAS COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO

O sistema de “common law” inglês prevaleceu na Europa durante os séculos V ao XI, quando os povos germânicos dominaram a Europa central e ocidental. Nesse período, os escritos e tradições de direito romano praticamente desapareceram.<sup>16</sup>

Após o século XI, o direito romano foi gradativamente resgatado, tornando-se objeto de imensa atenção de estudiosos, principalmente de Bologna, no norte da Itália. A jurisprudência, no sentido de ramo de conhecimento e estudo do direito, nasceu nessa época.<sup>17</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier destaca a importância do “Corpus Juris Civilis”, que se tornou base para o início da incipiente sistematização dos antigos escritos romanos em orientações gerais a serem utilizadas pelos julgadores:

(...) os textos eram estudados e analisados profundamente, por meio de diferentes métodos: gramatical, retórico e dialético. Eram harmonizados por meio de um complexo processo de exegese, pois os textos nem sempre eram coerentes (...) o “Corpus Juris Civilis”, volumosa coletânea de textos romanos escritos na época de Justiniano e que, sob o seu comando foram publicados no século VI e exerciam a função de direito em relação a uma parte considerável do império romano, não era um código (...). Muitos dos textos que eram, na verdade, soluções de casos, passariam, assim, a ser vistos como paradigmáticos, devendo ser considerados parte do “Corpus”.<sup>18</sup>

A necessidade de sistematização dos textos romanos, como um conjunto ordenado e coerente de regras, gerou uma necessidade dos estudiosos interpretarem a regra jurídica com base na lógica integradora (ideia de sistema). O Direito passa a ser absorvido pelas universidades, local onde estudiosos se ocupavam não só de analisar técnicas jurídicas para manter a coerência lógica do sistema, mas também acabou servindo para atingir propósitos políticos.<sup>19</sup>

Teresa Arruda Alvim Wambier sintetiza:

---

<sup>16</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-174, jun. 2009. p. 122.

<sup>17</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 122.

<sup>18</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 122.

<sup>19</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

“Auctoritas” e “ratio” eram as principais características do direito nesse período e os textos legais eram o ponto de partida de qualquer raciocínio jurídico. Entende-se, portanto, a importância que tem a doutrina para os sistemas de “civil law”. No período subsequente, o raciocínio jurídico passou a ser visto e considerado como um genuíno pensamento sistemático (1600-1800). O pensamento sistemático passou a predominar em todos os ramos da ciência, da filosofia, da astronomia e até da música. O fato de ser a lei escrita tornava tudo mais fácil.<sup>20</sup>

A origem real do termo “civil law” ocorreu com a Revolução Francesa e a passagem do centro de poder do monarca para a nação, sendo que o poder central justificado ou legitimado pelo povo guardava estrita observância e vinculação à lei elaborada pela Assembleia Legislativa. O Judiciário era nessa época o mero “boca da lei”, dizia o direito com base na análise fria “lei + fatos = decisão”.<sup>21</sup>

A função a que se prestava o sistema de “civil law” era clara: evitar o abuso de poder por meio da vontade (unilateral) do soberano e o controle (restrição) do poder pela vinculação do ato do governante à lei posta. O Estado de Direito estava erigido por uma complexa estrutura formada por forças interligadas e equilibradas.<sup>22</sup>

Bobbio destaca que nessa época havia forte aproximação entre lei escrita e a igualdade, pois, de um lado, onde há império da lei há igualdade, por outro lado, onde há vontade do homem (leia-se soberano) há arbitrariedade.<sup>23</sup>

O “civil law” possibilitou a estabilidade das relações, e o desenvolvimento do homem na passagem do “Antigo Regime”<sup>24</sup> para o Estado Moderno. Essa estabilidade repercutiu na complexidade dos conflitos, sobretudo quanto aos conflitos gerados pela mobilidade social e a modificação dos valores jurídicos defensáveis.<sup>25</sup>

---

<sup>20</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

<sup>21</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 123.

<sup>22</sup> FERRAZ JR., Tercio Sampaio. Função social da dogmática jurídica. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 67.

<sup>23</sup> BOBBIO, Norberto. Teoria geral da política. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 312-313.

<sup>24</sup> Grossi explica o significado dessa expressão da seguinte forma: “Com a expressão ‘antigo regime’, tradução do usual francês ‘ancien régime’, pretende-se designar a civilização socioeconômico-político-jurídica da França antes da Revolução Francesa de 1789; uma civilização com estrutura corporativa, com alguns resíduos medievais, apesar de seu já longo itinerário por meio do ‘moderno’ (sécs. XV-XVIII) e na qual o direito ainda fundava-se prevalentemente em costumes imemoriais” (GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005. p. 3 – nota de rodapé 1).

<sup>25</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 124.

Se por um lado o sistema de “civil law” funcionou perfeitamente para retirar o alto grau de subjetividade do julgador, aproximando a população, por meio da efetivação da igualdade, do (em teoria) acesso à justiça, esse sistema cresceu sobremaneira, impossibilitando que o processo de resolução de conflitos se desse automaticamente num processo de natureza lógico-dedutivo.<sup>26</sup>

O método dedutivo consiste no raciocínio que parte da compreensão de princípios universais, afunilando-se até o conceito mais simplista e específico do objeto em estudo. Dedução, pois, é a argumentação que vai do “total” para o “particular”. Envolve o trabalho de invocar a lei (premissa maior), demonstrar os fatos (premissa menor) e formular o pedido (conclusão).

Para David a “codificação constitui a realização natural da concepção mantida e de toda obra empreendida desde há séculos nas universidades”.<sup>27</sup> Entretanto, o autor ressalta que essa técnica como sendo fruto de uma modificação social, trouxe modificações sistêmicas no estudo do direito. O processo da codificação das normas possibilitou a disseminação do direito romano-germânico na Europa e fora dela, contribuindo também para a unidade do sistema.

A codificação, todavia, apresentou consequências negativas no sistema de Direito, pois, destaca Grossi, os juristas passaram a se concentrar com exclusividade em seus códigos, ficando perdida a ideia de compreensão e busca da justiça, por meio de decisões voltadas à pacificação social:

Todo direito, a começar pelo mais indomado, o direito civil, foi aprisionado em milhares de artigos organicamente sistematizados e contidos em alguns livros chamados “códigos”. Foi obra grandiosa e por tantos lados admirável; foi, porém, também um supremo ato de presunção e, ao mesmo tempo, a colocação em funcionamento de um controle aperfeiçoadíssimo.<sup>28</sup>

Marinoni destaca que não é o fenômeno da codificação em si que traça a distinção fundamental entre os sistemas “common law” e “civil law”. Na “common law”, também existe a produção de textos escritos (a exemplo dos “Statute Laws” do direito inglês) a diferença entre os dois sistemas está na importância que se dá para as leis e códigos em cada um deles. Isso porque, na colisão entre precedentes e legislação, a prevalência é dada para os precedentes. Já na “civil law” ocorre o inverso.<sup>29</sup>

---

<sup>26</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law, p. 124.

<sup>27</sup> DAVID, René. Os grandes sistemas de direito contemporâneo, p. 65.

<sup>28</sup> GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*, p. 51.

<sup>29</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009. p. 46-47.

## A REALIDADE BRASILEIRA DE SISTEMA DE “CIVIL LAW” E A APROXIMAÇÃO DO SISTEMA DE “COMMON LAW” COM A UTILIZAÇÃO DOS PRECEDENTES VINCULANTES

O Brasil adota o modelo jurídico de “civil law”, ou seja, aquele diretamente vinculado à produção legislativa do país, de modo que, conforme preceitua o artigo 5º, inciso II da Constituição Federal de 1988: “ninguém será obrigado a fazer algo, senão em virtude de lei”.<sup>30</sup>

Conforme destaca Canotilho:

O princípio da legalidade, tal como incorporado pelas Constituições brasileiras traduz essa concepção moderna de lei como instrumento de proteção de liberdades individuais, que permitiu a formação de um Estado de Direito (Rechtsstaat) distinto e contraposto ao Estado absoluto (Machtstaat) ou ao Estado de Polícia (Polizeistaat) dos séculos XVII e XVIII (...). A Constituição de 1988, em seu artigo 5º, II, traz incólume, assim, o princípio liberal de que somente em virtude de lei podem-se exigir obrigações dos cidadãos. Ao incorporar essa noção de lei, a Constituição brasileira torna explícita a intrínseca relação entre legalidade e liberdade. A lei é instrumento que garante a liberdade.<sup>31</sup>

Essa igualdade que no “civil law” foi diretamente associada à estrita aplicação da lei e ao processo de codificação intensa do Direito, o que, Grossi chamou de “legolatria”<sup>32</sup> – ou para Canotilho o denominado “Estado legislativo” – foi substituído, aos poucos, pela ideia do chamado “Estado Constitucional”.<sup>33</sup>

Canotilho destaca:

Por outro lado, o incontestável fenômeno da inflação legislativa, que permite a alguns conceituar o legislador contemporâneo como um “legislador motorizado” (Zagrebelsky), e a contínua perda do caráter geral e abstrato das normas, ante a profusão e multiplicação de leis setoriais, concretas e temporárias, faz transparecer uma evidente “crise de legalidade”, cujo remédio mais imediato pode ser observado no intento das Constituições de estabelecer uma unidade normativa por meio de princípios capazes de permitir a convivência social em meio ao pluralismo inerente às sociedades complexas.<sup>34</sup>

---

<sup>30</sup> BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 n. CF/88, de 05 de outubro de 1988. Constituição Federal. Brasília, Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21/09/2016.

<sup>31</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 1.507-1.508.

<sup>32</sup> GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*, p. 80.

<sup>33</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*, p. 1.510.

<sup>34</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes et al. *Comentários à Constituição do Brasil*. São, p. 1.511.

Ocorre que, embora o Brasil notadamente obedeça a base de um sistema de “civil law”, não se pode negar que, no ambiente contemporâneo, há desta exclusividade, conforme bem destaca Grossi:

(...) De fato, globalização – para o jurista – significa a ruptura do monopólio e do rígido controle estatal do direito. Se ontem o legado, o vínculo, entre o direito e a vontade política tinha quase as características da necessidade, agora a virulência e a capacidade de império das forças econômicas impõem outras fontes de produção. O legislador estatal é lento, distraído, vulgarmente dócil aos desejos dos partidos políticos; a justiça estatal não está em condições de corresponder às exigências de rapidez e de concretude da práxis econômica (...). A práxis econômica e as novas mirabolantes técnicas exigem novos instrumentos jurídicos não encontráveis na bimilenar tradição romanista fundamentalmente radicada na noção de coisa corporal que, no final do século XX parece paleolítica aos contemporâneos homens de negócios.<sup>35</sup>

Para Grossi, o “código” representa uma grande utopia e presunção de que o legislador poderia encerrar em sua “atividade criativa” o universo jurídico das situações antevendo os conflitos sociais e dando sempre resposta pronta, sensata, perfeita e que melhor se amoldaria sobre uma determinada situação. Essa utopia é desmascarada com a globalização que se opõe à codificação, pois aquela busca atingir com o Direito a flexibilidade, a oralidade e mutabilidade das normas.<sup>36</sup>

Grossi descortina a imagem do sistema “piramidal” base do sistema de “civil law”, esclarecendo que o que existe atualmente é um processo de horizontalidade do campo normativo:

Por isso, a velha imagem de pirâmide, que representava o velho sistema normativo, vem sendo substituída por uma imagem que não evoca necessariamente uma desagradável escansão hierárquica. E os sociólogos do direito – mas também os juristas mais à vanguarda nas novas trincheiras – falam de rede, em um sentido bem diferente de como a invocamos para concretizar a ideia de filtro entre fatos e direito, no sentido de substituir a imagem piramidal protestativa autoritária pela de um sistema de regras não postas uma sobre a outra, por uma relação de recíproca interconexão.<sup>37</sup>

Nesse contexto, da formação de uma “sociedade globalizada”, sem fronteiras econômicas e de comunicação instantânea, ditada pelas regras de mercado, que compartilha necessidades comuns, fica enfraquecida a dicotomia entre os

<sup>35</sup> GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 76-77.

<sup>36</sup> GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*, p. 80-82.

<sup>37</sup> GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*, p. 83.

sistemas da “civil law” e “common law”, o que Cappelletti denomina “convergência evolutiva”.<sup>38</sup>

A intercomunicação dos sistemas não é de todo pernicioso, sobretudo se for para trazer alternativa aos países de tradição romano-germânica a se libertar do rigorismo da norma, por meio da interpretação sistemática do Direito na busca da equidade. O exemplo mais evidente disso é que aludidos países (e o Brasil se inclui neste rol) incorporaram, dentro do Judiciário, a técnica dos precedentes judiciais do sistema do “common law”.

No Brasil, a cada dia se tem prova da força dos precedentes judiciais, sobretudo nas regras insertas no novel Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015), mormente no seu artigo 92,<sup>39</sup> e também o uso das consagradas Súmulas Vinculantes introduzidas pela Lei n. 11.417/2006.

Só que a forma pela qual se deu a incorporação dos precedentes judiciais no modelo brasileiro contraria a forma pela qual foi desenvolvido nos países da “common law”, já que nestes países os precedentes judiciais não são tratados como fórmulas abstratas e genéricas (tais como são os enunciados de Súmulas Vinculantes no Brasil), mas sim nos países do “common law” os precedentes (ou “binding precedents”, que equivalem às súmulas vinculantes brasileiras) estão vinculados ao caso concreto que os originaram. Ainda, a forma de aplicação (ou superação do precedente) é feito por meio de um exercício de comparação entre os fatos do caso originário com aqueles a que se pretende utilizar o precedente, sempre na busca do atingimento da pacificação do conflito.

Nessa linha, fala-se em “distinguishing”, a técnica do confronto do precedente *versus* caso concreto, para se afastar a aplicação da solução empregada no paradigma (precedente) no caso sub *judice*.<sup>40</sup>

Paralelamente ao “distinguishing”, existe no direito do “common law” a superação de um precedente (para a substituição por outro precedente) pela técnica denominada “overruling”.

---

<sup>38</sup> CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993. p. 123-124.

<sup>39</sup> “Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados” (BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21/09/2016).

<sup>40</sup> DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011. p. 402-403.

A doutrina do precedente considerada clássica no direito dos Estados Unidos é a formulada no caso “Hertz v. Woodman”, no qual, segundo Pomorski (1975), embora os Tribunais tenham de aplicar a súmula (“precedent”) ao caso similar, isso não permite que eles não realizem a verificação (comparação) das razões fáticas que integraram o precedente e se estas coincidem com o caso concreto posto à decisão:

(...) Although courts are under an obligation to apply binding precedents this duty is subject to the decision of the court hearing the case. When it is said that a court is bound to follow a case, or bound by a decision (...) what it means is that a judge is under an obligation to apply a particular “ratio decidendi” to the facts before him in the absence of a reasonable legal distinction between those facts and the facts to which it was applied in the previous case. As we see this obligation is by no mechanical. For aside from the whole sometimes complicated technique of interpretation followed by the court in order to define “ratio”, the second stage involves a comparison of the material facts of the precedent and the facts of the case before the court. The court is bound there is no reasonable legal distinction between the two groups of facts.<sup>41</sup>

Para Pomorski, portanto, aplicação dos precedentes pelos tribunais do “common law” pode ser encarada de três formas: (i) como regra os precedentes devem ser seguidos, porque, com base no interesse da sociedade, o Direito deve ser estável e uniforme; (ii) o Tribunal é livre ou deve se afastar da aplicação de um precedente, se, por modificação das circunstâncias ou das necessidades sociais, a adesão à decisão do precedente possa resultar em prejuízo ao interesse público (ou desestabilidade do Direito); e (iii) a valoração quanto a uma decisão deve ser ou não seguida baseada em um critério de utilidade social, buscando o tribunal tomar a decisão mais justa, inclusive trazendo justificação suficiente para a derrogação do precedente (“overruling”).<sup>42</sup>

Com efeito, a estagnação da norma não resolve os conflitos sociais que precisam de demandas efetivas (e que atendam às características de novos direi-

---

<sup>41</sup> POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*. 2. ed. Warszawa, Poland: Polish Scientific Publishers, 1975. p. 44. “Embora os tribunais tenham a obrigação de aplicar súmulas vinculantes, este dever está sujeito à oitiva [prévia] do caso concreto pelos tribunais. Quando se diz que um tribunal é obrigado a seguir um caso, ou vinculados por uma decisão [...] significa que um juiz tem a obrigação de aplicar uma determinada “ratio decidendi” para os fatos antes dele, se ausente distinção legal razoável entre estes fatos e os fatos a que fora aplicado [o precedente] no caso anterior. Como vemos, esta obrigação não é meramente mecânica. Para além de toda a técnica, por vezes, é complexa a interpretação seguida pelo tribunal a fim de definir a “ratio”, sendo esta a segunda etapa que envolve uma comparação dos fatos relevantes do precedente e os fatos do caso perante o tribunal. O Tribunal é obrigado a aplicar o precedente, quando não houver distinção jurídica razoável entre os dois grupos de fatos”. (Tradução livre do autor.)

<sup>42</sup> POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*, p. 44-48.

tos). É justamente a evolução, e a correção dos precedentes anteriores (leia-se: que não atendem mais aos anseios sociais) que se tem o “*overruling*”.

Sobre o “*overruling*”, e a revogação do precedente, destaca Marinoni, que nem sempre será a melhor decisão, caso esta trazer instabilidade e prejuízos maiores do que a própria manutenção do anterior precedente a que se pretende revogar. De modo que, para que o “*overruling*” não tenha efeitos retroativos, é necessário que as situações e relação jurídicas estejam pacificadas e devidamente justificadas sua manutenção (segurança jurídica e ato jurídico perfeito). Do contrário, o incorreto afastamento do “*overruling*”, na verdade, pode representar, no caso concreto, a fossilização do precedente.<sup>43</sup>

Todavia, a forma como vem sendo utilizado o precedente no Brasil é equivocado, porque (i) não existe a preocupação de se construir um precedente com base do estabelecimento de premissas fáticas objetivas e que deverão necessariamente coincidir com os fatos do futuro caso concreto que se venha invocar o uso do precedente; (ii) o que se viu no Brasil foi o estabelecimento de precedentes que se prestam para criar rol de “jurisprudências defensivas” obstativas de seguimento de recursos nos tribunais e negativas de direitos aos jurisdicionados, mormente quando estes pleiteiam direitos contra o poder público, tema desenvolvido no próximo capítulo.

Se por um lado a aproximação dos sistemas de “*common law*” e “*civil law*” se tornou necessária, a fim de possibilitar a dinamização da norma jurídica, para atingir os primados de efetividade, a forma pela qual está sendo utilizada no Brasil traz insegurança, porque a criação de “precedentes” pelo Judiciário não visa atingir a justiça (equidade), tal qual fora idealizado no modelo inglês e norte-americano, mas sim visa desafogar o próprio Judiciário do número de demandas que estão sendo postas a julgamento.

### **A APLICAÇÃO DESENFREADA DOS PRECEDENTES COMO JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA QUE COMPROMETEM A EFETIVIDADE DA JURISDIÇÃO**

São inúmeros os exemplos de que no Brasil a técnica ou utilização dos precedentes judiciais não serve à efetivação da justiça (da forma como foi idealizada no modelo do “*common law*”), mas sim visa servir ao próprio Judiciário para desafogar o número de demandas que são postas ao julgamento todos os dias.

Para exemplificar, conforme dados obtidos no Relatório Estatístico de 2015 do Superior Tribunal de Justiça, o número expressivo de recursos rejeitados no STJ (seja pela inobservância de requisitos extrínsecos ou intrínsecos) em núme-

---

<sup>43</sup> MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011. p. 255-284.

ro totais, ou seja, sem mencionar a natureza do incidente recursal rejeitado, chegou-se no total de R\$ 77,86%, pois do total de julgados em 2015 (461.490), apenas 11,75% foi dado provimento, a 58,89%, negado, 18,97% não foram conhecidos, 4,58% encontravam-se na categoria “outros” (homologação de desistência/acordo, decisões proferidas em conflitos de competência, entre outras decisões) e 5,81% sem teor de decisão.<sup>44</sup>

Medina lança importantes críticas sobre esse tema:

Os tribunais superiores têm a grande função de apontar o rumo correto a ser seguido na interpretação e aplicação da Constituição e da lei federal. Devem, pois, ser tomados como exemplos do cuidado com que a norma jurídica deve ser interpretada e aplicada. A criação de requisitos recursais à margem da lei definitivamente não corresponde ao papel que deve ser desempenhado pelos tribunais. Esse, a meu ver, é o maior problema da jurisprudência defensiva. Os tribunais — e, no que respeita ao tema, especialmente os tribunais superiores — devem atuar com retidão, ao aplicar a lei. A criação de “entraves e pretextos” não previstos na norma jurídica “para impedir a chegada e o conhecimento de recursos” mancha a imagem daqueles tribunais que deveriam servir de guias na interpretação da própria lei.<sup>45</sup>

Dentro dos complicadores, pode-se citar o problema da chamada “repercussão geral”, introduzida pela Lei n. 11.418/2006, que obriga o recorrente no recurso extraordinário provar a existência de pertinência temática de seu “case” em nível de interesse nacional (a questão de direito – violação constitucional – do recurso extraordinário deve ultrapassar os interesses subjetivos das partes).

Outro problema, vinculado ao anterior, é a utilização da Súmula 284 do STF<sup>46</sup> e a questão da deficiência da fundamentação para a demonstração da repercussão geral. Diz o verbete da aludida súmula: “É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia”.

Essa súmula é perigosa, no sentido de atribuir total discricionariedade aos ministros do Supremo a interpretação do conceito jurídico indeterminado da

---

<sup>44</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. Relatório estatístico. Brasília, Df: Boletim Estatístico, 2015. 26 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relatorio Estatistico de 2015(Ultima Versao).pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

<sup>45</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia? Disponível em: <<http://www.http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 14/01/2014.

<sup>46</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284. Imprensa Nacional. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21/09/2016.

“deficiência”. O que é deficiente, em termos jurídicos, que impede a compreensão da controvérsia? Como combater essa declaração de “deficiência” por um dos ministros? São perguntas sem respostas objetivas.

Ainda, a utilização das Súmulas 07 do STJ<sup>47</sup> e 279 do STF<sup>48</sup> e a malfadada vedação ao reexame de fatos e provas em sede de recurso especial e extraordinário segue a mesma lógica de como enfrentar a violação à norma federal e constitucional sem, ao menos, inteirar-se dos fatos e provas produzidas nos autos e, dentro desse contexto probatório, se realmente foi analisado (e balizado) corretamente pelos juízos inferiores as provas com base nos institutos de lei e da própria Constituição.

Recentemente utilização do artigo 927 do Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/2015) que impõe ao julgador a ideia da observância dos precedentes judiciais e o problema da definição do que vem a ser precedente, com base do texto legal:

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I – as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade; II – os enunciados de súmula vinculante; III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; V – a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.<sup>49</sup>

A dificuldade reside no fato de que o aludido artigo não traz um conceito objetivo de precedente e, ainda, confunde conceitos distintos (súmulas vinculantes x jurisprudência x precedentes judiciais) como sendo todos o grande gênero de “precedentes” que dificulta a utilização, a sua compreensão e sobretudo a possibilidade de sua superação, quando invocado pelo juiz ou tribunal contra os interesses do particular.

Segundo Wambier,

---

<sup>47</sup> “Súmula 07: A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 07. Diário de Justiça. Brasília, 3 jul. 1990. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'>>. Acesso em: 21/09/2016).

<sup>48</sup> “Súmula 279: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. Imprensa Nacional. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>>. Acesso em: 21/09/2016).

<sup>49</sup> BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21/09/2016.

(...) a jurisprudência dominante [por meio] da súmula do STJ ou do STF, como parâmetros para a decisão (...) só podem gerar resultados saudáveis se os Tribunais Superiores deixarem de alterar suas decisões. Caso contrário, ousaríamos dizer que a quase todas essas inovações poderão ser consideradas um desastre. (...) Admitirem-se decisões diferentes concomitantes ou, ainda, as tais ‘grandes viradas’, é negar o Estado de Direito, é estimular a propositura de ações e o ato de recorrer.<sup>50</sup>

Maximiliano<sup>51</sup> esclarece que a jurisprudência não é precedente nos moldes do sistema do “common law”, pois “a jurisprudência é a causa mais geral da formação de costumes jurídicos nos tempos modernos. Contribui, como precedentes legislativos, para o Direito Consuetudinário; porém não se confunde com eles, nem com o uso.”

A jurisprudência no Brasil decorre da interpretação legal dada pelos juízes e tribunais, portanto, representa a própria aplicação da norma à realidade posta, considerando-se apenas o esclarecimento dos termos contidos na norma, ou seja, a jurisprudência ganha caráter meramente interpretativo.

Assim, a jurisprudência na realidade brasileira assume apenas o caráter subsidiário ao direito escrito, diferentemente do que ocorre em países derivados da tradição de “common law”, nos quais as decisões judiciais formam precedentes vinculantes, que são prioritariamente as fontes de direito, passando a legislação a ser complementar.

A jurisprudência, quando consolidada, pode originar súmulas, que são o resultado do procedimento de uniformização de jurisprudência. Este procedimento de uniformização cria as súmulas, que são definidas por Cunha como “enunciados que, sintetizando as decisões assentadas pelo respectivo tribunal em relação a determinados temas específicos de sua jurisprudência, servem de orientação para toda comunidade jurídica”.<sup>52</sup>

Atualmente as súmulas são utilizadas como um norte interpretativo, sem qualquer ligação com os casos e julgamentos que as originaram. E, apesar de possuírem certa força vinculante, as súmulas não têm a pretensão de criar ou inovar a lei, e sim revelar seu sentido e definir sua aplicação.

As Súmulas Vinculantes, igualmente, são mecanismos criados pela Emenda Constitucional n. 45/2004 com intuito de garantir a uniformidade da interpretação jurídica do texto constitucional ou legal. Não se trata de precedente propriamen-

---

<sup>50</sup> WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito: civil law e common law. Ideias e opiniões. Curitiba, v. 7, out. 2009. p. 4.

<sup>51</sup> MAXIMILIANO, Carlos. Hermenêutica e aplicação do direito. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 187.

<sup>52</sup> CUNHA, Sérgio Sérvulo da. O efeito vinculante e os poderes do juiz. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 124.

te dito, porque as súmulas vinculantes não estabelecer enunciados “gerais e abstratos” que serviram para gama indeterminadas de situações jurídicas a partir de sua edição, e terão força vinculativa à administração pública direta e indireta e a todos os tribunais do país. Ora, as súmulas vinculantes são normas jurídicas criadas pelo próprio Judiciário.

Ainda, o incidente de resolução de demandas repetitivas, previsto nos artigos 976 e 987 ambos do Novo Código de Processo Civil – Lei n. 13.105/2015 igualmente não podem ser considerados precedentes, do modelo do “common law”, já que aludido incidente pressupõe, a teor do art. 976, I, do mencionado diploma processual, a “efetiva repetição de processos” em que se controverta “sobre a mesma questão unicamente de direito”.<sup>53</sup>

Assim, o ponto distintivo reside justamente em: enquanto no “common law” a situação fática é essencialmente verificada para que, havendo similitude (correspondência entre precedente e caso a que se deseja a reprodução do precedente), seja reproduzido o precedente; no incidente de resolução de demanda repetitiva exige-se que se repita a questão essencialmente jurídica de vários casos, pois é pouco importante a questão fática.

Desse modo, não é exagerado concluir que precedente no Brasil hoje é um campo nebuloso e utilizado para fins específicos para o Judiciário obstar o seguimento de recursos, como sendo a representação de uma jurisprudência defensiva, já que desvirtuou, quase por completo, o que efetivamente é o “precedent” de direito inglês e norte-americano, sendo no Brasil focado o uso para os fins de desafogamento do Judiciário e não (propriamente) para atingimento da justiça, por via da equidade.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O modelo do “common law” idealizado e concebido nas realidades inglesa e norte-americana possui como fonte primária do Direito o “precedent”, ou seja, a construção da solução jurídica com base na utilização de outros casos e soluções tomadas em decisões anteriores, buscando a pacificação social. A equidade possui importante papel no momento do juiz estabelecer o precedente.

O modelo do “civil law”, consagrado após a Revolução Francesa, e que possui como fonte primária do Direito a lei (enquanto representação de um texto escolhido pelos Poder Legislativo), foi o sistema que predominou na Europa Continental (nos países de tradição romano-germânica) e na América Latina, inclusive no Brasil.

---

<sup>53</sup> BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Lei. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21/09/2016.

O sistema do “civil law” foi importante instrumento a serviço dos Estados Modernos, porque permitiu a limitação legal do poder do soberano, por meio da submissão desta ao império legal. O juiz tornou-se, nesse contexto, mero “boca da lei”, que declarava o conteúdo normativo, mas não o criava. Desse modo, houve o enfraquecimento da função criativa dos juízes (e, também, enfraqueceu-se até mesmo a própria entrega jurisdicional).

Atualmente, a miscigenação dos sistemas de “civil law” e “common law”, sendo que naquele sistema a incorporação dos “precedents” deveria ser alternativa para tentar resgatar a justiça (e equidade) do juiz para solucionar os casos concretos que não eram mais possíveis de solução com base na simples leitura fria do texto legal e do processo de subsunção fato-norma.

Todavia, embora deveria ter vindo como alternativa para efetivação da tutela jurisdicional, no Brasil a incorporação dos precedentes vinculantes tergiver-sou da forma pela qual fora idealizado no direito da “common law”.

Os exemplos do que o Brasil chama hoje de precedente (com base no artigo 927, inciso I, do Novo Código de Processo Civil) não o são, pois:

(i) Jurisprudência no Brasil representa a reiteração de um determinado entendimento da norma concreta e não a construção de uma solução com base na análise da situação fática que originou o caso em paradigma;

(ii) Súmulas e súmulas vinculantes também não são precedentes, já que são apenas o resultado de procedimento da uniformização da jurisprudência;

(iii) O novo incidente de resolução de demandas repetitivas (art. 976, I do Novo Código de Processo Civil) também não é precedente, já que enfrenta questões meramente de direito (não podendo invadir a situação fática que originou o “leading case”).

Dessa forma, o precedente judicial no Brasil é utilizado pelo Judiciário para fins específicos de construção da jurisprudência defensiva dos tribunais, o que desvirtuou o conceito de “precedent” do direito inglês e norte-americano, o que leva à conclusão da não adoção pelo Brasil de uma doutrina precedencialista propriamente dita.

## REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 n. CF/88, de 5 de outubro de 1988. *Constituição Federal*. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Lei Federal n. 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. *Lei*. Brasília. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm)>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Assessoria de Modernização e Gestão Estratégica Coordenadoria de Gestão da Informação. *Relatório estatístico*. Brasília, DF: Boletim Estatístico, 2015. 26 p. Disponível em: <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Relatorio Estatístico de 2015(Última Versão).pdf>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 7. *Diário de Justiça*. Brasília, 3 jul. 1990. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/doc.jsp?livre=@num='7'>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 279. *Imprensa Nacional*. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 21/09/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 284. *Imprensa Nacional*. Brasília, 13 dez. 1963. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula>. Acesso em: 21/09/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabres Editor, 1993.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *O efeito vinculante e os poderes do juiz*. São Paulo: Saraiva, 1999.

DAVID, René. *Os grandes sistemas de direito contemporâneo*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. v. II. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

FAZZOLI, Carlos Eduardo de Freitas; SILVA, Fernando H. Rugno. A tutela interdita: um instrumento para a efetivação dos direitos fundamentais? *Revista direitos sociais e políticas públicas – Unifafibe*, v. 2, n. 2, 2014.

FERRAZ JR., Tercio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

GENNAIOLI, Nicola; SHLEIFER, Andrei. The evolution of common law. *Journal of Political Economy*. Chicago, p. 43-68. jan. 2007. Disponível em: <http://scholar.harvard.edu/files/shleifer/files/evolution\_jpe\_final.pdf>. Acesso em: 20/09/2016.

GROSSI, Paolo. *O Direito entre poder e ordenamento*. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GROSSI, Paolo. *Primeira lição sobre o direito*. Tradução de Ricardo Marcelo Fonseca. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. A transformação do civil law e a oportunidade de um sistema precedentalista para o Brasil. *Revista Jurídica*. Porto Alegre, ano 57, n. 380, p. 45-50, jun. 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. Eficácia temporal da revogação da jurisprudência consolidada dos tribunais superiores. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 906, p. 255-284, abr. 2011.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

- MEDINA, José Miguel Garcia. *Pelo fim da jurisprudência defensiva: uma utopia?* Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-jul-29/processo-fim-jurisprudencia-defensiva-utopia>>. Acesso em: 14/01/2014.
- POMORSKI, Stanislaw. *American common law and the principle nullum crimen sine lege*. 2. ed. Warszawa, Poland: Polish Scientific Publishers, 1975.
- RAMIRES, Maurício. *Crítica à aplicação de precedentes no direito brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira. *Tutela coletiva do direito à saúde*. Franca: Lemos e Cruz, 2010.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). *Acesso à justiça: uma perspectiva da democratização da administração da justiça nas dimensões social, política e econômica*. Birigui: Boreal, 2012.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; OLIVEIRA, Flávio Luis (Org.). *Constitucionalismo, democracia, procedimento e substância*. Birigui: Boreal, 2013.
- SOARES, Guido Fernando Silva. *Common law: introdução ao direito dos EUA*. São Paulo: RT, 2000.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; BRITO, Jaime D. Precedentes vinculativos e fontes do direito no Brasil: a proposta de um sistema geométrico variável? In: BRANDÃO, Fernanda Holanda de Vasconcelos; MAILLART, Adriana Sila; NETO, José Querino Tavares (Org.). *Acesso à Justiça I*. Florianópolis: Conpedi, 2014.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. A uniformidade e a estabilidade da jurisprudência e o Estado de direito: civil law e common law. *Ideias e opiniões*. Curitiba, v. 7, out. 2009.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Estabilidade e adaptabilidade como objetivos do direito: civil law e common law. *Revista de Processo*, v. 172, p. 121-174, jun. 2009.
- ZITSCHER, Harriet Cristiane. *Metodologia de ensino jurídico com casos: teoria & prática*. Com exemplo do Direito do Consumidor e do Direito Civil. Belo Horizonte: Del Rey, 1999.

Data de recebimento: 14/11/17

Data de aprovação: 09/08/17

# THE ACKNOWLEDGMENT OF HUMAN'S RIGHTS AND THEM VICTIMS THE DISASTERS

Érica Guerra da Silva\*

## ABSTRACT

This study aims at demonstrating another way to understand human rights through awareness of moral values. To achieve this purpose, this study aimed to theoretical foundation in the Doctrine of Kant, the analysis focused on the victims of disasters resulting from natural events.

**Keywords:** Kant; Moral values; the human rights.

## INTRODUCTION

The present work has main intent realize analysis about convergence between the systematic the Doctrine of Kant, the duties to others humans from respect due to them and the changes in the understanding of the human rights, considering the situation of disaster events victims.

The survey was divided into three items, and in the first one we study the systematic the Doctrine of Kant, considering the structured external system in the works “Metaphysics of the grounds of the Customs and Other Writings” e “The Metaphysics of Morals”. Study the Doctrine of Kant, the duties to others and the categorical imperative as central idea, weighing fraternity as the motivating goodness of interpretative choice before the face-to-face with each other.

In the second item, the historical development of the state is analysed to establish the ways that this has been transformed over time and determine the constant movements that competed in the formation and modification of the idea of human rights. Finally, the third item, the event is analysed owing to disasters, from a reflection of human rights through the prism of moral awareness.

## THE SYSTEMATIC DOCTRINE OF KANT

The last century showed us the collapse of modern society, expressed in two world wars and the bourgeois need for the realization of an emancipated form of life, that is, “the participants themselves must be understood preliminarily, it is not difficult verify that self- democratic organization of a legal community form the normative core of this project.”<sup>2</sup>

---

\* Doutora em Direito. Professora Adjunta da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro. Instituto Três Rios – UFRRJ/ITR. E-mail: Erica-guerra@ig.com.br.

<sup>2</sup> HABERMAS, Junger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I. 2. ed. ver. pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, p. 9.

Kant held a double specification in the term “system”<sup>1</sup> stating that there is no systematic scientific and the system is a set of propositions that must be deduced from a single principle. The system concept corresponds to an accumulation of organized concepts according to an idea.

The task of the philosopher is to study the mechanism by which the external system in the summary can receive new content.<sup>2</sup> Always there should be link between the component parts of a system.

The systematic Kant is present in there critical reasons – Critique of Pure Reason (1781); Critique of Practical Reason (1788) and Critique of the Faculty of Judge (1790):

(...) The first reflects on the limits of knowledge, laws priori reason to impose-knowledge. The Critique of Practical Reason states that, in the order of human action, the reason to practice driving mode unconditional and formal human action, determines the categorical imperative of apodictic way of duty. A Critique of the Faculty of judge, in turn, establishes as pure a priori principles governing through aesthetic judgment, what we call inter-subjective communication. In all considered critical if the rational priori that will pave the sapereaude of modern man.<sup>3</sup>

In his works “Metaphysics of the grounds of the Customs and Other Writings “and” The Metaphysics of Morals”, Kant demonstrates in practice systematic, given that the work Critique of Pure Reason is the precursor of his works and considered the basic text of Kantian thought.

Michael J. Sandel comments on Kant’s philosophy:

(...) The Rationale raises a big question: What is the supreme principle of morality? In answering this question, does another, also extremely important: What is freedom?

The answers to these questions Kant part of the moral and political philosophy ever since. But its historical influence is not the only reason to pay attention to it. No matter how challenging the philosophy of Kant may seem at first glance, it is actually from behind much of contemporary thinking on moral and policy, even if we did not give it out. So in trying to understand Kant we are not examining some of the key assumptions implicit in our public life.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*, v. I: Das origens à escola histórica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes, p. 250.

<sup>2</sup> LOSANO, op. cit., p. 133.

<sup>3</sup> BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 43.

<sup>4</sup> SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 3. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileiro, 2011, p. 137.

It is observed that the work “Metaphysics of the grounds of the Customs and Other Writings” divided into three parts, Kant developed the fundamentals and principles of the Theory of Knowledge, dealing with moral and philosophical knowledge. Since this work the philosopher addressed the Critique of Pure Practical Reason. All concepts are developed considering the idea of categorical imperative.

Kant's work “Metaphysics of Morals”<sup>5</sup> addressed the Doctrine of Law and the Doctrine of Virtue. Regarding the Doctrine of Law, the work is divided into two parts: Part I-Public Law (three chapters). Already in the Doctrine of Virtue, the work is divided into three headings: Metaphysical First Principles of the Doctrine of Virtue; Ethics doctrine of the elements, with two parts: Part I- Duties to Himself in General and Part II of Virtue Duties with the others; and the title on the Doctrine of Ethics Methods.

### DOCTRINE OF LAW KANTIAN

In the introduction to the “Doctrine of Right, left untreated in the work”, Kant establishes the systematic of the general division of rights and basic concepts for understanding of Kantian doctrine of law. Describes how the concept of law “the sum of the conditions under which the choice of someone can be attached to the choice of others according to a universal law of freedom.”<sup>6</sup>

Feel the freedom as the only birth right belongs to all humanity of these men. Unlike the usual thought until then that conceived freedom as natural liberty (do what you want); Legal freedom (do what the law does not prohibit) or free will (college of choice). The idea of freedom as autonomy appeared in Kant, the central theme of Kantian ethics. As noted by Karina Salgado:

Freedom in Kant is presented in the form of a negative concept, which is possible to extract a positive concept. Freedom, as the Critique of Pure Reason, is presented as a kind of different from that causality of nature. Freedom is able to be the first cause of a particular stock without interference from something external. Here already reveals the concept of negative liberty. Free is one that is not determined by something external. This negative concept it is possible to extract another positive: if the individual is not determined by anything external, the phenomenal world, he necessarily determines itself up. The independence of spontaneous causality of action in relation to the phenomenal world is self-determination. (...)

<sup>5</sup> BARRETTO, op. cit., p. 48

<sup>6</sup> KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. A doutrina do direito e a doutrina da virtude. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003, p. 76.

The notion of freedom arises, then, as autonomy, in that it is only free one that is determined by your reason, without influence of sensitive, meaning that establishing a maximum of action that can be elevated to universal law.<sup>7</sup>

The negative concept allows establishing the possibility of error, beholding, and the will that triggers the cognitive desire requires knowledge regarding the general content to avoid the error. In the case of action, freedom appears as a link between the provision of mandatory and the will:

Where, however, the limits of our possible knowledge are very narrow, where the urge to judge is very strong, the illusion that presents very misleading, and the prejudice caused by considerable error, then the negative in education, serving only to prevent -In the errors, it is more important than many positive teachings by which our knowledge could grow. It is called discipline coercion limiting, and ultimately eliminate, the constant impulse to disregard certain rule.<sup>8</sup>

The kind of causality that freedom is related to actions that it triggers and the phenomena<sup>9</sup> which are observed. It is admissible that the intelligible men practice an action without influence of empirical that results only of pure reason. Free will gives the human being intelligible the power to determine a maximum coinciding with the moral law, since the action is set in a willingness to seek a universal law.

Line with the above, Michael J. Sandel to explain the concept of autonomy according to Kant:

(...) So if we are able to be free we must be able to act not only in accordance with a law that has been given to us or imposed, but according to a law that we grant ourselves.

But where would this law? Kant's answer: reason.

(...) The Kantian concept of reason – practical reason that it has to do with morality – is not that of an instrumental reason, but “A pure practical reason, which creates its a priori laws, despite any empirical goals.”<sup>10</sup>

Kant deals with the innate equality as a human quality to be your own master, thank you up with more than you can turn. The Copernican revolution of Kant located in the pure rational grounds (reason), the man is not subject to

<sup>7</sup> SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant – Atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/Fumec, 2008, p. 52-54.

<sup>8</sup> KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Tradução de e notas de Fernando Costa Mattos. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2013, p. 529, B737.

<sup>9</sup> KANT, op. cit., p. 535, B748.

<sup>10</sup> SANDEL, op. cit., p. 150-151.

the nature or the transcendent will, focuses on freedom, and that, all being free and rational beings carry with them equality.

The concepts of law and freedom, sets the universal law of right, namely “acts externally so that the free use of your referee can coexist with the freedom of all according to a universal law.”<sup>11</sup>

As in the construction of a building, all real system there is a definite need in the basic idea, which brings together the concepts that have links. After the construction of each floor, comes to an understandable result. It being understood that each floor is a step, which should be explained by the precedent.

## THE KANTIAN DOCTRINES OF VIRTUE AND THE DUTIES TO OTHERS

In the Doctrine of Virtue, Kant discusses the concepts of ethics according to the central idea of the categorical imperative, objective criterion of morality, sets it as the supreme principle of the doctrine of virtue: “Act in accordance with a maximum of purposes that can be a law universal to be considered by all.”<sup>12</sup> The Kantian moral is facing the subject and not isolated from the others, and freedom of choice the supreme principle of morality. “The treatment of others as ends. That’s because the man knows no other like thing in itself, but only as a phenomenon.”<sup>13</sup> The validity of the categorical imperative must be thought of as a condition of possibility of assigning a sensitive and rational being a will.<sup>14</sup>

Virtue<sup>15</sup> is treated as unattainable, so it must be in constant progress. It is possible to establish ends that are also duties, for example, the very perfection. Also it is a must promote the happiness of other human beings as its own end. However, happiness<sup>16</sup> itself cannot be considered a duty, not to be a desired order reluctantly.

Ethics has the maximum of the shares, being the maximum of voluntary actions only condition of being suitable for producing a universal law. The reward for the end achieved in voluntary action generates the moral pleasure, for making their happiness his own, with the recognition we have the sweet without merit and recognition bitter merit, and that the greatest merit.

The Doctrine of Virtue has Kantian categorical imperative as central idea, which is on duty: “always act in accordance with a maximum would you want that could be both a universal idea.”<sup>17</sup>

---

<sup>11</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 77.

<sup>12</sup> BARRETTO, op. cit., p. 53.

<sup>13</sup> SALGADO, 2008, op. cit., p. 47.

<sup>14</sup> SALGADO, 2008, op. cit., p. 50.

<sup>15</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 238.

<sup>16</sup> SALGADO, 2008, op. cit., p. 109.

<sup>17</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005, p. 51.

In structuring the appropriate system Kantian, settled divisions of ethics, considering the subject and having the duties of human beings to him and other beings.

The ethics requires that human beings act according to rational nature, to effectiveness of the principle, “acts with respect to every rational being (yourself and others) so that it at your maximum worthwhile to order in itself.”<sup>18</sup>

Thus, the act ethically is to ensure the healthy social life, because it is a duty to him, which also includes the duty to “be a useful member of the world, since it also concerns the humanity of value in their own person who should not defile.”<sup>19</sup>

By not being able to demean the value of humanity, in the Doctrine of Virtue man must seek perfection as a moral order, whose duty love with other humans.

The Doctrine of the division of Virtue considering the duties of human beings to other beings in the work “The Metaphysics of Morals” is well prepared: two chapters: Chapter 1. Duties to others simply as human beings, being divided into two sections- section I. the duty of love with other humans and Section II. The duties of due to other human beings from the respect due to them, in chapter 2. Of the reciprocal ethical duties of human beings in relation to the condition of these.

Kant when dealing with love to the next established the distinction between benevolence and beneficence. Grace is the duty to prepare ourselves to help someone in need acting to spare him the humiliation and saving your respect for yourself. The division of duties of love is: a) Charitable b) Gratitude and c) Solidarity. It is mercy “satisfaction with happiness (welfare) of others; beneficence, however, is the maximum to make the happiness of others the very end, and the duty corresponding to this is to be the subject constrained by his reason to adopt this maxim as a universal law.”<sup>20</sup> It is observed that benevolence requires an active attitude to do well, it will be possible for those who admittedly are closer to me; have mercy is to will to all others as my end.

The sympathetic feeling is related to the duty to humanity, and means of promoting active benevolence front of another’s suffering, what Kant called aesthetic duty. Already gratitude is a duty to return a favour, and his transgression capable of destroying the moral stimulus to charity.

The vices of hatred to humans: envy, ingratitude and malice, are opposed to the duty of love with other humans. And any sense that makes the hateful human nature is seen as addiction to Kant.

Kant, in Section II: Of the virtue of duties to other humans from the respect due to them, emphasizes dignity:

---

<sup>18</sup> KANT, 2005, op. cit., p. 68.

<sup>19</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 287.

<sup>20</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 296.

Everyone has a legitimate right to respect of his fellows and is, in turn, obliged to respect everyone else. Humanity itself is a dignity as a human being (or by other or even for yourself), but should always be used at the same time as an end.<sup>21</sup>

In the book “Metaphysics of Morals the Rationale and Other Writings”, Kant had stated that in the kingdom of ends is considered worthy thing which admits of no equivalent, therefore, is priceless.<sup>22</sup>

About Chapter 2: Of the reciprocal ethical duties of human beings will respect these conditions, Kant stated “They are just modified rules according to differences of persons to whom the principle of virtue (the prism of what is formal). It is applied in cases arising in the experience (the material).<sup>23</sup>

Virtue is the product of pure reason (moral rule), which must fight inside enemy within the human being.<sup>24</sup> This time, one must have the sacrifices of the joys of life of joyful way, so that in the face of situations that threaten morality can master them.

## THE INTERNATIONAL ORGANIZATION HUMAN RIGHTS

The Peace Treaties of Westphalia (1648) had the existence of documentation character of a new type of state, with the feature of overcoming the notion of absolute sovereignty. It was the modern state.

The eighteenth century is marked by great changes that gave start to the new state model.

The initial phase of industrialization cominava in forced labour, long shifts and few rights the working class. The public order was affected by inequality and the pursuit of equality raised sedition.

In France, the concept of the State based on the Social Contract of Jean-Jacques Rousseau was structured, the role of the state to guarantee citizens the light of the general will, the effectiveness of the natural rights of liberty, equality and fraternity develop.

The French Revolution influenced by the humanist movement of the Renaissance modifies the idea of justice, to the conception of justice equality of human beings as free beings, creators of its political and legal orders:

This new law, given the magnitude and bold revolutionary principles would be both a new public law articulated in a new relationship with

---

<sup>21</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 306.

<sup>22</sup> KANT, 2005, op. cit., p. 65.

<sup>23</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 311.

<sup>24</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 327.

citizens and the power they emanated, and new private law hum, which provide a Society for the egalitarian and stripped [privileges] An Open Society and free, its own functioning, fluid and spontaneous.<sup>25</sup>

The language of rights inaugurated by the French Revolution is not studied with specificity for Kant; however, it is undeniable that their principles were important to the nineteenth century the German school to establish the subjective right as a central figure of the legal system.

The notes Joaquim Carlos Salgado:

Although the Revolution put, along with the freedom and equality, fraternity, which later developed into social purpose of the rule of law, while this should achieve the common good (art. 1 of the French Constitution of 1793), Kant did not take into consider centralizing their concept of justice in a highly ethical element, freedom, and beside her equal. The first suum, the first well to be recognized in each, for the simple fact of being human, is freedom.<sup>26</sup>

The Kantian philosophy to free him from the metaphysical tradition, established the philosophical principles of modernity, characterized as the historical era in which man erect reason as nuclear instrument in knowledge and human action.<sup>27</sup>

The currents of utilitarianism and pragmatism stood at opposite side to Kantian, since both were ruled on empiricism (concrete experience) and not in pure rational grounds (reason):

The Kantian conception of State differs from other developed throughout history and seems to be a step forward in building the theory of the state. In affirming the state as rational or right, Kant breaks with the classical and medieval tradition. The idea of the state as an expression of human rationality differs from the Aristotelian tradition, which considers the natural social organization to man as it is, in essence, a political animal, and also opposes the theological view that prevailed in the middle Ages, according to which the state is justified because it is God's service. (...) Kant returns to man his independence from the story to deny their subjection to nature or transcendent will.<sup>28</sup>

The phrase of Kant ['let it be justice, the world ends'], considering the pure rational basis the principle of law, describes the obligation of those in power:

---

<sup>25</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos – La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994, p. 45.

<sup>26</sup> SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012, p. 4.

<sup>27</sup> BARRETTO, op. cit., p. 42.

<sup>28</sup> SALGADO, 2008, op. cit., p. 108.

(...) Not refuse anyone the right nor restrict by antipathy or sympathy for another person; for this, it is required above all an internal constitution of the State in accordance with the pure principles of law and in view of a legal adjustment (analogous to a universal state) of their discord.<sup>29</sup>

Industrialism, the formidable technical development, transport, communications and commerce raises liberalism, in which the will of the new dictated Law oriented individual rights.

During the fights between ownership s established in the Liberal State occurred the collapse of Western civilization wars. Requiring the transformation of the state, to check the effectiveness of the primacy of equality and, establish a dignified existence for the poor.

The idea of an individualistic law has been rejected by the appreciation of idea the corporate interests. This change started to occur in the first decades of the century past when, influenced by the social movements and the industrialization, the state we had to intervene in the economy starting up the state of social nature.

In the twentieth century, are identified in the Brazilian Constitutions principles and standards establishing social duties to the development of private economic activity. The Brazilian Civil Code of 1916, which outlined individualistic and patrimonial ideas, it has been weakened by editing extravagant laws that already lay out principles facing justice social.<sup>30</sup>

After World War II, consolidates the welfare state. No more presupposes equality among men as stated in the previous period, when the proclamation of the Rights of Men and Citizens of 1789 precepts, soon your art.1, that “men are born and are free and equal in rights”, whose application was to produce deep social inequalities. Then attaches itself to the State, in its new conception, the mission to seek effective equality. To this end, should intervene in economic and social order, seeking to help the poor.

The biggest concern moves from freedom to equality, generating. Unlike the prevailing individualism in the liberal state, a greater concerns the common good and public interest. It was found, however. That with the establishment of the Social state of law and its overgrowth, would be put at risk individual liberty, affecting the separation of powers (with the strengthening of Executive Branch and leading to inefficiency in the delivery of services.

---

<sup>29</sup> KANT, Immanuel. *A paz perpétua*. Um projecto filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhão: LusoSofia, 2008, p. 43.

<sup>30</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999, p. 6

The negative consequences produced by social rule of law. They complained about new changes in the state's role, adding thereby to Social status, the idea of democratic rule. The state, while remaining State Right protective of individual liberties, and without ceasing to be the welfare state guard the common good, also happened to be Democratic, aiming thereby to participation popular in the political process, the decisions of the Government in the control of management Public.

In the modern state, the evolution of the liberal state to the rule of law and, later for Social state of law could lead one to believe that the state Right democratic would be a simple combination of the above terms and ideas however, as well explains Jose Afonso da Silva:

The configuration of Democratic rule of law is not just unite formally the concepts of democratic state and rule of law. Is actually in creating a new concept, which takes into account the concepts of the elements but to the extent that outweighs It incorporates a revolutionary transformation component of the status quo. And demonstrates the extreme importance of art. 10 of the 1988 Constitution, when it says that the Federative Republic of Brazil constitutes State Democratic rights, the horn mere promise to organize such a state, because the Constitution there is already proclaiming and funding.<sup>31</sup>

The democratic state is concerned not only with material goods that initiative aims of freedom, but also with values considered essential to In fact dignified existence, freedom and dignity overlap which requires action State to reduce social inequalities and to take the whole community's well-being.

In fact, the aim was to replace the idea of State Legal purely formalistic, by the rule of law linked to the ideals of justice. It is intended to submit the States Law and u n the only formal sense law. Then talk-democratic state Law, which includes the aspect of citizen participation (Democratic State) and material justice (rule of law).

Kant describes the democratic form of government the most composed of all and also the best "(...) she first joins the will of all to form a people then joins the will of the citizens to form united public affairs (Republic); and then it sets this sovereign, who is himself the united will of the citizens, the public thing."<sup>32</sup>

In this sense, explains Vicente de Paulo Barretto:

(...) The democratic regime is more than simply the manifestation of the will of the majority becomes a regime endowed with moral values that underlie and justify. The importance of the recovery of the Kantian

<sup>31</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional* positivo. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 123.

<sup>32</sup> KANT, 2003, op. cit., p. 182.

tradition becomes all the more urgent as the emptying of the positivist perspective, in the context of modern techno-scientific culture requires the construction of a new theoretical paradigm in the theory of law that responds consistently to the legitimacy of requirements law of the democratic rule of law.<sup>33</sup>

The starting point of modernity took place in the late eighteenth century, its symbolic closure occurred with the fall of the Berlin Wall in 1989. "In the meantime, the natural rights proclaimed by the statements of the eighteenth century turned into human rights, its scope and jurisdiction expanded in France and the United States for all humanity (...)."<sup>34</sup>

The evolution of natural rights, for human rights and human rights began with the statements of the eighteenth century: Declaration of Independence (1776) and Bill of Rights (1791), the strong American and Declaration des Droits del'Homme et du Citoyen (1789), in France.<sup>35</sup> The claims brought in their Introductory texts that were guaranteed rights universal and inalienable. Already in the body of the statements had assured identity of the rights and principles governing the relationship then society and state, who followed the precepts of rights natural, free membership of state intervention. The statements entirely exhausted their legitimacy in their acts of emancipation.

The Declaration of Human Rights (1789) substantially influenced the Universal Declaration of Human Rights (1948), signed three years after the signing of the United Nations Charter (1945), which is the common denominator between the existing ideological currents in the different legal systems. Human beings began to radiate the human rights standards and rights.<sup>36</sup> In modernity, the legal essence was the protection of the rights of "man" against state power.

The Commission on Human Rights (CHR) d United Nations was responsible for negotiating the Universal Declaration of Human Rights (1948). Sixty years after its creation, the 62 Session was declared extinct giving way to the Board of Rights Human. The justification of extinction was that the HRC dissipated amid excessive "politicization of its decisions"<sup>37</sup>, embraced the selectivity and consequently. lost authority and legitimidade.<sup>38</sup>

---

<sup>33</sup> BARRETTO, op. cit., p. 41.

<sup>34</sup> COSTA DOUZINAS. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luiza Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2009, p. 99.

<sup>35</sup> ENTERRÍA, op. cit., p. 66-67.

<sup>36</sup> LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: rt. 1998, p. 159.

<sup>37</sup> BELLI, Benoni. *A politização dos direitos humanos: o conselho de direitos humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países*. São Paulo: Perspectiva, 2009, p. 3.

<sup>38</sup> BELLI, op. cit., p. 3.

The board of Human Rights was established on 1 March 5, 2006 through Resolution 60/25 1 adopted by the UN General Assembly by 170 countries, with 04 countries against and 03 abstentions, to review the system established by the former Commission on Human Rights (CHR), in order to create a more effective monitoring system.

The CHR resolutions<sup>39</sup> that served as instruments to deal with human rights violations in recent years the CHR lost credibility by serving certain groups, being used to criticize and condemn opponents pushed into the plan the human rights issues.

The established between polarization states within the CHR was between two groups of countries: the first formed by sponsors of condemnatory resolutions (Among them US, European Union and Canada) and the second group integrated by those who were targets of the resolutions.

The polarization of human rights in doctrinal discussions, the practice of States and human rights promotion system is evidenced by dichotomies: civil and political rights versus economic, social and cultural rights; University versus particularity historical, religious and cultural: democracy versus development.

The main interest of countries such as Brazil, as regards the Council of the Human Rights. With regard to the “function of its internal commitments, cannot be to completely eliminate the political pressure, whose function was and will remain important for the protection of human rights, but to create instruments that condition this pressure treatment as objective as possible of situations.”<sup>40</sup>

The UN’s active role in the libertarian strand of human rights today is used as a tool by power politics; once, it was driven largely by social movements in several countries. Including Brazil. Such measures are contrary to the Kantian principle of self-respect and respect for others that violate the duty of respect inherent in people as rational beings, who hold humanity:

Respect Kantian; however is respect for, humanity itself. The rational capacity that we all possess. This explains why the infringement regarding a person herself is as reprehensible as the violation of respect for others, and explains why the Kantian principle of respect applies the doctrines of human rights of all, regardless of where they lived or degree of knowledge we have of them, simply because they are human beings, rational beings and therefore worthy of respect.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> BELLI, op. cit., p. 3.

<sup>40</sup> BELLI, op. cit., p. 7.

<sup>41</sup> SANDEL, op. cit., p. 155-156.

The Universal Declaration of Human Rights (1948) is criticized for expressing the Western-liberal brand of the dominant discourse of human rights, having been “developed without the participation of most people in the exclusive recognition of individual rights, with the sole exception of the right collective self-determination (...); the priority given to civil and political rights to social and cultural rights.”<sup>42</sup>

Regarding the argument that the Universal Declaration of Human Rights (1948) was drafted without the participation of the majority of people<sup>43</sup>, it must be remembered that the time the UN had 58 member states. several territories were still colonial domains and groups representing various cultures and religions were present. Over the years “it was recognized that much of the Declaration Customary international, thus taking mandatory for all.”<sup>44</sup> In the II World Conference on Human Rights held in Vienna (1993) participated in 171 states, 95 observer bodies organizers and 841 NGO's, Universal Declaration of Human Rights was rejected by the Asian countries<sup>45</sup>. contrary universality of human rights, because they understand that the argument Cultural diversity is always favor the state and used to justify the exercise arbitrary power.<sup>46</sup>

It is noteworthy that there expressly in II World Conference Document Human Rights (1993) parameters that recognize the universality<sup>47</sup> of rights Humans without exception, while recognizing the importance of the particularities Cultural. Representing a breakthrough in the quest to prevent are used, “in S-modern powder episteme globalized economically and culturally anti Universalist, As a cover to legitimize yourself a universal system falsely free, ethical and façade Inhuman in content.”<sup>48</sup>

## THE RECOGNITION OF HUMAN RIGHTS BY MORAL AWARENESS AND DISASTER VICTIMS

In the twentieth century, the repercussions of globalization<sup>49</sup> triggered numerous inequalities and exclusions for its process have been instrumental to Consolidations of interest to economically stronger groups raising questions about the language adopted on human rights:

<sup>42</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Contexto Internacional*: Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 7-32, jan./jun., 2001, p. 17.

<sup>43</sup> BELLI, op. cit, p. 45

<sup>44</sup> BELLI, op. cit., p. 45.

<sup>45</sup> BELLI, op. cit., p. 98.

<sup>46</sup> BELLI, op. cit., p. 99.

<sup>47</sup> <<http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/viena/viena.html>>.

<sup>48</sup> ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: Funag/Ibri, 2001, p. 148.

<sup>49</sup> SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. Contexto Internacional*: Rio de Janeiro, v. 23, n. 1, p. 7-32, jan./jun., 2001, p. 7.

The international system of human rights protection could be considered additional element in the struggle for enlightenment utopia mentioned by Rorty<sup>50</sup>, which certainly does not mean to endorse the idea that mankind necessarily goes toward the strengthening of human rights. The problem today is that there is enormous skepticism with regard to any philosophical position to defend some form of utopia. The old Enlightenment reason seems to have given way, at least in practice, instrumental reason, as well as demonstrates the return of torture as a means tolerated for confessions and valuable information for combating terrorism.<sup>51</sup>

There doctrinal voices willing to consider human rights from the perspective of morality. In post-modern<sup>52</sup>, there is a disbelief of the doctrine that the legal recognition of human rights represents a breakthrough in its effectiveness, since legal recognition is the promise of justice always yet to come.<sup>53</sup> Defends a look beyond the legal recognition of human rights by moral awareness of these values.

Costa Douzinas, adds on human rights from the perspective of moral:

(...) the writing of the history of human rights is doubly involved the duplication of a look back that is firmly established in the future policy. The natural law, the parent and a companion of Human rights, unlike other theories and practices classic, not entirely belong to any era. It violates the constraints of time, in In order to preach the eternal law in place of a temporal positivity decadent, but to judge this according to the protocols of the past on behalf of the future.

(...) Human rights represent the negative principle in the heart of Social imaginary. The end of human rights, as well as the end of the law Natural is the promise of the “not yet”, the indeterminacy of autocracia before the existential fear of uncertainty and inauthentic certainties present. When the apologists of pragmatism proclaim the end of Ideology, history or utopia, they do not mark the triumph of rights Human; on the contrary, they put an end to human rights. The end of Human rights comes when they lose their utopian order.<sup>54</sup>

Address human rights through moral awareness is connected to the principle of freedom of choice of Kant (this principle requires the individual to act

---

<sup>50</sup> RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Shute, Stephen; Hurley, Susan (Eds.). *On human rights*. New York: Basis Books, 1993, p. 180.

<sup>51</sup> BELLI, op. cit., p. 256.

<sup>52</sup> COSTA DOUZINAS, op. cit., p. 359-360.

<sup>53</sup> NINO, Carlos S. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélcio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2011, p. 21.

<sup>54</sup> COSTA DOUZINAS, op. cit., p. 380-384.

according to their own will, that takes universal legislator)<sup>55</sup> and the inviolability of rights, which was treated by Carlos Santiago Nino:

Only when we take into account the way I treat others, the purposes they choose for themselves. I'm treating them as ends and not by imposing sacrifices illegitimate. I treat others as simple means as adversely to affect the heat exercised their autonomy in choosing and carrying out life plans.<sup>56</sup>

Disasters allows us to reflection of human rights through the prism of moral awareness, since the free human activity is managed to develop and structure complex systems grounded in greed<sup>57</sup>, geared to meet only economic interests, which combined with natural hazards lead each disaster more painful.

Natural hazards expose the risks also include any person, but in practice, proportionally, the most disadvantaged are the most affected. Due to the fact that there a much larger number of low-income population living in more houses fragile, in more densely populated areas and increased susceptibility of land to dangers.

The analysis of the situation of the victims affected by disaster events is inserted in global discussions of the century<sup>58</sup>, which leads us to question the current itself<sup>59</sup>. This is the essential function established from the modern philosophy (late eighteenth and nineteenth centuries), that keeps on postmodernity, with the continuity of the cultural process of *Aufklärung*<sup>60</sup> puts us in the past, for the future and in relation to this, so we make changes within the present. It is essential to the enlightenment of the people as a means of human progress:

Enlightenment is the liberation of man from his guilty disability. The failure means the inability to make use of his intelligence without the orientation of others. This inability is guilty because his cause no is the lack of intelligence, more decision-making and value to serve for you it without tutelage of another.<sup>61</sup>

Kant in the text of the second dissertation *Conflict Colleges*, describes the conflictual relations between philosophy and the right<sup>62</sup> through the question:

<sup>55</sup> BARRETTO, op. cit., p. 53.

<sup>56</sup> NINO, Carlos S., op. cit., p. 198-199.

<sup>57</sup> SANDEL, op. cit., p. 16.

<sup>58</sup> <<http://www.igeologico.sp.gov.br/downloads/livros/DesastresNaturais.pdf>>.

<sup>59</sup> FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 14-21.

<sup>60</sup> FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. Tradução Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 14-21.

<sup>61</sup> KANT, Immanuel. *Respuesta à pergunta: O que é esclarecimento?* (Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?) Tradução de Floriano S. Fernández. In BUZZI, Arcangelo R; BOFF, Leonardo. *Immanuel Kant – textos seletos*. Petrópolis: Vozes, 1974, p. 41.

<sup>62</sup> KANT, 2008, op. cit., p. 33-34.

there is a steady progress for mankind? So there's reminiscent signals (signals that has always been so), statement (signs that is what currently happens) and prognosis (which shows us what will happen permanently so) a progress that stems from a trend and ensure a general trend mankind its entirety. In a text excerpt Kant states:

Do not expect this event [reminiscent of value, statement, prognosis; MF] consists of high made important gestures or committed by men as a result than what was great among men is small, or what was small becomes big, nor in ancient and brilliant political buildings disappear as if by magic, while in its place are other, in a way, the earth's depths. That's not it.<sup>63</sup>

In this text, Kant explains that they are not in the great events that we get the reminiscent, demonstrative signs and prognosis, but in almost imperceptible. What matters is how individuals who are not involved in the event they see it, that is, the enthusiasm that the event generates in those who are not essential actors for change. It is visible progress from the changes of these smaller events.

In the context of disasters, after major disasters changes legal in the legal, internal order and the internal standard does not have the factuality social utility recognized in full. It can be pointed out as a factor account for the low social validity not to be a collective action for that succeed in actions related to the reduction of disaster risks, constituting a rationally motivated agreement among the partners involved on the legal conditions to be fulfilled.

The systematic structured activities to disasters can be divided into three moments: a) overcoming of grief; b) reconstruction of what was destroyed and c) return to normal life. It is observed that structured systematic does not contribute to the recognition of the moral argument the situation of victims of disasters, since it gives priority to re-establish the situation quo, without anything substantial is done to prevent future harmful events, aiming to save future expenditures associated with: injuries and deaths, problems in services and loss in productivity. There is no incentive to attitudes necessary for structuring a good society, that is, do not settle discussions on issues of morality.

Think of the notion of a well-ordered society as an interpretation of the idea of a kingdom of ends thought of as a human society under circumstances of justice. Now the members of such society are free and equal and so our problem is to find a rendering of freedom and equality that it is natural to describe as Kantian.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> KANT, 2008, op. cit., p. 40.

<sup>64</sup> RAWLS, J. A kantian conception of equality. In: FREEMAN, S. (Org.) Collected Papers. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999, p. 264.

The State action should not have an ephemeral character, but designing a condition that represents an end in itself<sup>65</sup>, namely that represents the ratio of morality and freedom of choice that Kant described as necessary in order to establish a universal law through its maximum. "Now morality is the only condition that can make a rational being an end in itself, because only by she is able to be legislator member of the kingdom of ends."<sup>66</sup>

## FINAL THOUGHTS

Kant to structure the external system on the Doctrine of Virtues in the work *Metaphysics of Morals*, established the constructivist method to treat the duty of being human to the Other.

It being understood that the Kantians the system design central principle of Ideas is the categorical imperative to act with the utmost which can be taken universal in the specification introduced by Kant, the system concept of match an accumulation of organized concepts according to an idea, it is shown in maximum that the human being must advance their virtues, seeking knowledge priori constraint necessary for the exercise of moral right to respect for other.

This time, is on duty with the other merely as human beings, specifically, the duty to love one's neighbor, which Kant dealt with the imperative categorical to make the happiness of others the very end, in order to stimulate the duty of humanity charitable. In the quest to improve the virtues that humans must not differ from the suffering of the other, cultivating a sense of solidarity.

Human rights progenitor's natural rights were being treated in International documents, which served as a common denominator between the chains ideological on human rights in different legal systems.

In post modernity, the discussion on human rights from the perspective of moral demonstrates that the exercise of improvement of virtues, is the autonomy of will not treat the other as medium. The events resulting from natural disasters prove that the human being to create addicts systems by greed (addiction hate to humans) requires sacrifice and other illegitimate medium condition, which is Unlike the Kantian categorical imperative to act according to the maxim that can taking universal.

## REFERENCES

ALVES, José Augusto Lindgren. *Relações internacionais e temas sociais: a década das conferências*. Brasília: Funag/Ibri, 2001.

---

<sup>65</sup> SANDEL, op. cit., p. 154.

<sup>66</sup> KANT, 2005, op. cit., p. 65.

- BARRETO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de Filosofia do direito*. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2009.
- BARRETO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BELLI, Benoni. *A politização dos direitos humanos: o conselho de direitos humanos das Nações Unidas e as resoluções sobre países*. São Paulo: Perspectiva, 2009.
- COSTA DOUZINAS. *O fim dos direitos humanos*. Tradução de Luiza Araújo. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de. *La lengua de los derechos – La formación del derecho público europeo tras la revolución francesa*. Madrid: Alianza, 1994.
- FOUCAULT, Michel. *O governo de si e dos outros: curso no Collège de France (1982-1983)*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.
- HABERMAS, Junger. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. 2. Edição revista pela Nova Gramática da Língua Portuguesa. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012.
- KANT, Immanuel. *Respuesta à pergunta: o que é esclarecimento? (Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung?)* Tradução de Floriano S. Fernández. In: BUZZI, Arcângelo R.; BOFF, Leonardo. Immanuel Kant – textos seletos. Petrópolis: Vozes, 1974.
- \_\_\_\_\_. *A metafísica dos costumes. A doutrina do direito e a doutrina da virtude*. Tradução de Edson Bini. Bauru: Edipro, 2003.
- \_\_\_\_\_. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução de Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2005.
- \_\_\_\_\_. *A paz perpétua*. Um projecto filosófico. Tradução de Artur Mourão. Covilhão: LusoSofia, 2008.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da razão pura*. Tradução de e notas de Fernando Costa Mattos. 3. ed. Petrópolis/RJ: Vozes; Bragança Paulista/SP: Editora Universitária São Francisco, 2013.
- LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: RT, 1998.
- LOSANO, Mario G. *Sistema e estrutura no direito*. V. I: Das origens à escola histórica. Tradução de Carlos Alberto Dastoli. São Paulo: WMF Martins Fontes.
- NINO, Carlos S. *Ética e direitos humanos*. Tradução de Nélio Schneider. São Leopoldo: Editora Unisinos. 2011.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.
- RAWLS, John. reply to Habermas. *The Journal of Philosophy*, v. XCII, n. 3, março 1995.
- \_\_\_\_\_. A kantian conception of equality. In: FREEMAN, S. (Org.) *Collected papers*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999, p. 254-266.
- \_\_\_\_\_. Kantian constructivism in moral theory. In: FREEMAN, S. (Org.) *Collected papers*. Cambridge (Massachusetts): Harvard University Press, 1999, p. 303-358.
- RORTY, Richard. Human rights, rationality and sentimentality. In: Shute, Stephen; Hurley, Susan (Eds.). *On human rights*. New York: Basis Books, 1993.

SALGADO, Karine. *A paz perpétua de Kant – Atualidade e efetivação*. Belo Horizonte: Mandamentos, Faculdade de Ciências Humanas/FUMEC, 2008.

SALGADO, Joaquim Carlos. *A ideia de justiça em Kant*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2012.

SANDEL, Michael J. *Justiça – O que é fazer a coisa certa*. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para uma concepção multicultural dos direitos humanos. *Contexto Internacional*, Rio de Janeiro, vol. 23, n. 1, p. 7-32, jan./jun., 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

Data de recebimento: 21/07/17

Data de aprovação: 09/08/17

# THE PROBLEM OF THE ACCEPTANCE OF THE NON-PUNITIVE VICTIM IN THE CRIMINAL JUSTICE SYSTEM

*José Roberto Xavier\**

The social category “victims of criminal actions” has gained a lot of visibility in the last two decades. The emergence of victims’ movements, the exploitation of victims’ dramas in the media, the quests for legal changes to “protect” or “in consideration of” the victims, these are all scenarios that have become more frequent in many different countries from different legal traditions. But this visibility brings some challenges and inconveniences for the traditional actors of the criminal justice system. For judges and prosecutors, it seems that more often than not the victims are perceived as a problematic new actor that should remain estranged from the process of imposing a criminal punishment. It is a new actor in the scene, and an actor who does not have an established legitimacy when it comes to determining a criminal punishment. The process of sentencing is not – theoretically speaking – concerned with the desire of the victim to make the criminal suffer. In short, the inconvenience that the victim poses to the criminal justice system would come from its novelty and also from its (perceived) strong punitive feelings. But, and here is the theme of this article, what happens with the criminal justice system when it faces a victim that does not want punishment, a victim that demands a different solution? How do judges react to a victim that is ready to settle, to forgive or to do not seek a punishment in any sense? To answer or, more accurately speaking, to develop these questions, we use the data from some qualitative interviews with judges and prosecutors in a Civil Law tradition country (Brazil) that were collected in during our doctoral research. We intend to raise questions about how the criminal justice system, specifically in matters of sentencing, deals with non-punitive victims and, more importantly, how it perceives solutions that depart from the frame of the modern theories of punishment and its traditional punishments. Can the criminal justice system accept a victim’s pardon, resolution or lack of interest in pursuing a criminal punishment as a solution to the conflict? Can it conceive that the “interest of society” sometimes may worsen a conflict more than bring any form of solution? And can we conceive that, despite all the mediatized punitive portray of the victims, some of them are looking for a solution of a conflict that differs from the traditional infliction of punishment, the only option that criminal justice system seems to offer?

---

\* Law Professor at Faculdade Nacional de Direito, Universidade Federal do Rio de Janeiro.  
Email: joseroberto@direito.ufrj.br

## INTRODUCTION

The emergence of victims as a new voice in the context of the criminal justice system seems to be a characteristic of the turning of the century. This new “social category” (Erner, 2006) seems to have become a common place for movements interested in making legal changes or influencing judicial procedures. The “victims”, as real actors or as an invoked category, have clearly acquired a new status in society, which seems to present new challenges to the actors of the criminal justice system.

In a context of increasing penal populism, opposing the demands of the victims seems to be an inglorious task. This “sanctified category” seems to have legitimacy in itself and carry a new idea of “justice”. Responding to the victims’ needs seems to have become a necessity, a fundamental (for its supporters) task of a “humanist” and “just” criminal justice system. As Garland puts, “[i]f the centre-piece of penal-welfarism was the (expert projection of the) individual offender and his or her needs, the centre of contemporary penal discourse is (a political projection of) the individual victim and his or her feelings.” (Garland, 2001: 144)

However, if the victims may have arrived to the centre of the penal discourse, it does not mean that they have arrived to be the centre of concern for the criminal justice system actors. Especially when it comes to determine a sentence, the inputs of the victims seem to be very problematic stimuli. Traditionally, the task of determining a criminal punishment is, regardless of the legal tradition, based on legal criteria and theories of punishment that do not seem to give great importance to the victims.

*Taking the victims in consideration* does not seem to be in itself a discourse that brings a problem. Many judges and prosecutors will say that they are very aware of the victims’ sufferings and ordeals and they are sympathetic towards them. The problem appears when *taking the victims in consideration* means *taking the victims’ opinion for the penal solution in consideration*. If, in one hand, to be “sympathetic” and “compassionate” to the victims does not bring much concern to judges and prosecutors and it is even perceived as a “humanistic” attitude, accepting a victim’s will as a penal sanction is perceived as inappropriate, as an usurpation of the criminal justice system powers.

One of the main arguments for keeping the victims out of the “construction” of the criminal response is that, besides the lack of legitimacy, they would bring a disproportional answer. Victims, as they are perceived, act out of strong emotions and feelings of revenge and for that reason they would unbalance the system, they would make it irrational and extremely severe.

However, we do know that conciliatory victims do exist. Our interviewees, when asked about them, will always remember one or two cases where they had

faced a victim that did not seem interested in inflicting suffering upon the offender or at least seemed more interested in conciliation or compensation. So by having noticed the existence of non-punitive victims, our point here is: if one of the main arguments to not take victims in consideration in the criminal response is that they are perceived as overly severe and irrational, why can't we take in consideration victims that are not interested in the infliction of punishment? Why can't we take in consideration victims that believe their conflict is solved with a simple mediation? Or those who are ready to forgive? Or even those for whom compensation with damages is enough?

With these questions in mind, we carried out interviews which had, among other purposes, the goal of evaluating the openness of the criminal justice system for solutions which depart from the traditional sentencing. Considering that the imposition of the traditional criminal sentences – especially imprisonment – very often brings more problems to the people involved in the case than solutions (not to speak of the social consequences of the mass imprisonment), the openness to different forms of conflict resolution seems to us a key element to a less socially harmful criminal justice system.

### **A SHORT NOTE ABOUT THE EMPIRICAL DATA**

The following excerpts of interviews are part of a database of 42 interviews with judges and prosecutors in different parts and of different courts in Brazil. We performed semi-directive interviews (with a list of subjects, but no specific questions) of about 1h15 each to capture their representations on many different subjects: mandatory punishment, the role of public opinion and alternatives to punishment were some of these topics. The part concerning victims was focused on identifying the roles that victims can or cannot play in the criminal justice system according to these actors, as well as the acceptance of agreements between victims and offenders.

### **CJS ACTORS' PERCEPTIONS OF THE VICTIMS AND REASONS TO KEEP THEM AWAY**

On the reasons why the non-punitive victims should not play any role in the criminal justice system, we were particularly interested on those which reinforce the “system of ideas” (infra 4) of the referred system. As we will explain in the following section, we work with a theoretical framework which is concerned with how the theories of punishment make it extremely difficult for alternative solutions to become mainstream. This is justified by the fact that these alternative solutions foresee the criminal justice system as a conflict solving instance more than a punishment delivery institution. These theories, despite their differences and incompatibilities, they all work with the idea that a penal “solution” is the

infliction of punishment/suffering, excluding conciliatory solutions, forgiveness and other solutions alike.

Therefore, our main goal was to find arguments excluding the participation of non-punitive victims based mainly on the theories of punishment. However, the range of reasons we found in our interviews were broader than we thought. In the following lines, we expose the main reasons (that appeared in the discourse of our interviewees) why non-punitive victims cannot be accepted in the process of determining a criminal response to a given criminal act.

#### a) The precedence of society over the individual victim

First of all, some interviewees were clear in their rejection of the non-punitive victims, but their reasoning was very poor. Here is one example:

I'm gonna tell you something: I really don't care about what the victim wants. The victim's right, the victim's right of an opinion... that's an individual thing. I'm worried with what's collective. You can forgive whoever you want, it's your right. Depending on the circumstances, I think it could be good for you to forgive. You are gonna grow as a person, you're gonna reach the nirvana, whatever... (...) But I myself have learnt that if one doesn't reprove, one doesn't amend. If I kill you in a traffic accident; an accident in which I was at fault. I never meant to kill you. I was going fast, but I never intended to kill you. I'm a good person, I'm a family man, I raise my kids... Maybe even your parents will forgive me. (...) But I've committed a crime. It's there in the law that this is a crime. Why wouldn't I be held responsible?<sup>1</sup> (prosecutor 9)

In this excerpt, we see a very crystallized rejection of the non-punitive victim even though the reason to do so is far from clear. In his sarcastic terms, this prosecutor let us know that he despises completely the role of giving an answer to the individual conflict. What he is worried about is the “community group”:

---

<sup>1</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: “Eu vou dizer para o senhor o seguinte: tô pouco interessado no que a vítima quer. Porque o direito da vítima, o direito de opinião da vítima, é uma coisa individual. Eu fico preocupado é com o coletivo. Você pode perdoar quem você quiser, é um direito seu. [...] Acho até melhor para você, porque você vai crescer como pessoa, você vai atingir o nirvana, você vai o que você quiser. Só que eu aprendi [...] [que] se você não repreende você não se acerta. Não basta você dizer pra mim: “não eu estou, olha eu estou arrependido”. Sim e daí? E aquela coisa que a gente aprende desde que o mundo é mundo que todo ato gera uma consequência. Eu mato você num acidente de trânsito, um acidente de trânsito em que eu tive culpa. Eu nunca quis matar você, eu estava em velocidade excessiva, mas eu jamais pensei em matar você. Eu sou uma boa pessoa, eu sou pai de família, crio os meus filhos, de repente os seus pais vão até me perdoar, eu não tive vontade de matar você... Mas eu cometi um crime, está ali na lei que aquilo é crime. Por que eu não vou ser responsabilizado?”

the individual conflict should not in any sense precede the criminal justice role (as he sees it) of punishing on behalf of the group. An obligation of punishment and the non consideration of the victims here are clear, but the reasons for that are far from explicit in his talks.

A little more eloquent in his argument is our next interviewee:

Well, I myself believe (...), by principle and philosophy that the characteristic of criminal law is the maximum social defence, and because of that the possibility that the victim may interfere in the process is minimal and must continue to be like that. Therefore, the use of the [penal] machine and the imposition of a punishment is a characteristic of the State. This largely exceeds the personal interests of the victim and his relatives. So [the discourse that says] “listen, for me it’s fine, it’s over, it was a tragedy, it was unfortunate...” I’m sorry, but no! It’s still a non relevant position. The position here [that counts] is the society’s one. If we leave to the will [of the victim] this creates distortions and corruptions, and this will make the criminal law ineffective.<sup>2</sup> (judge 8)

This judge is very clear on the fact that the conflict “belongs” to society: the wishes of the victim cannot counter the fact that the State has the monopoly of the distribution of justice. Holding on a traditional argument of the theories of punishment (the State is the only legitimate source of answer for a criminal offense) which was essential in the foundation of the modern criminal law, a displacement of the conflict from the victim’s hands is operated here. Their presence would be the source of “inequalities”, “corruptions”, “ineffectiveness”. It’s worth noting that the argument of “inequality” here is used in an odd way to contribute to the severity of criminal justice system: since others are punished for similar cases, as a matter of equality, we should not listen to the non-punitive victim and punish the offender in this case as well.

Finally, it is worth noting too that this argument on the lack of legitimacy of the victim is not exclusive to the non-punitive victim. I would say that this seems to be the most important argument – or at least the most prominent one – to keep victims out of the system, no matter if they are punitive or not.

---

<sup>2</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: “Bom, eu entendo, eu continuo dizendo por princípio e filosofia que a característica do direito penal é a de defesa máxima social e, assim sendo, a condição de que a vítima possa interferir no processo é e deverá permanecer sendo mínima. Então a movimentação da máquina e a imposição da pena é uma característica do Estado, transcende em muito os interesses pessoais da vítima e de seus familiares. [...] Então, [o discurso que diz] “olha pra mim na verdade tá tudo bem, pra mim acabou, foi uma tragédia, uma infelicidade”... Me desculpe, mas não. Continua não havendo uma relevância na sua posição. A posição aí é uma posição da sociedade. Se isso ficar ao bel prazer isso cria distorções e corrupções, e aí sim vai mostrar um direito penal ineficiente.”

## b) Individual deterrence and incapacitation

Another good reason to do not take in consideration non-punitive victims' opinion is the argument of the "social relevance" of the segregation of the offender. The importance of inflicting a punishment is because of the dangerousness of the offender and the need of either incapacitating or deterring him. Our judge 22 gives one good example of this kind of argument:

It depends on the case. For instance, there are situations, let's say some crimes against property... The person was a victim of a non-violent theft (...) and when you'll hear the victim he says: "what a poor guy, I didn't even want to do anything... but I went to the police station etc." It's that after sometime at the police station, when he was angry that someone robbed him, things cooled down, he calms down, he realises that what was stolen wasn't that valuable, he goes to see the offender... "what an unfortunate person". He feels bad for what's happening... In these cases you can't consider the will of the victim. The crime really took place and the person is only acting out of emotion. But [in these cases] who is a really a victim is society. (...) You have to think of society, not only the person who was robbed. Why? Because if this person [the offender] is set free (...) he's gonna do that again and any other person in society can be a victim. So you've gotta think about society, you can't just say "no, it's fine". We understand what the victim says and that he feels sorry for the offender, and we don't blame him for that. You can't give much importance to that. (judge 22)<sup>3</sup>

In this excerpt, the judge brings back an old argument of social defence, an argument very popular in the end of nineteenth and beginning of the twentieth century, with the positivist criminology: the problem of the dangerousness of the criminal. This idea, that has increasingly regained strength with a new the-

---

<sup>3</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: "Depende da situação do caso, por exemplo, há situações vamos dizer crime contra o patrimônio um furto, se a pessoa foi vítima num furto e tal e foi instaurado um inquérito a ação penal você vai ouvir a vítima e a vítima "não ele é um coitadinho não nem queria sabe, por mim não teria nem... mas eu fui na delegacia e tal" é que depois que ele foi lá que ele tava no calor da revolta alguém lhe tinha retirado os bens né é foi lá e acusou e a pessoa foi encontrada, mas depois aquilo esfria os ânimos de acalmam, saiu de lá até não tinha tanto valor, aí vai ver a pessoa "ah um coitadinho", fica com pena da pessoa com pena do acusado e pensa "puxa, mas por que isso está acontecendo?" aí nesse caso você não pode considerar a vontade da vítima, o crime você vê que o crime realmente ocorreu e que pra pessoa não há importância ela só tá agindo emocionalmente né, agora ali quem é vítima realmente é a sociedade também né, não é só a pessoa se você condenar ou não você tem que pensar na sociedade não só na vítima que sofreu o furto. Por quê? Porque se essa pessoa for liberada se é que não houve a consequência a pessoa vai praticar novamente e qualquer outra pessoa da sociedade pode sofrer por aquilo. Então você tem que pensar também na sociedade, então nesses casos tem casos que você não pode considerar "não, tudo bem" você entende o que a vítima disse você entende que ela sentiu pena e não pode reprová-la por isso, mas você tem que dar um peso menor." (judge 22)

ory of incapacitation<sup>4</sup>, upholds that some people present a danger to society and the only reason to stop them is with a criminal sanction (meaning prison). For that reason, some people may even be forgiven by their victims, but still they present a threat to society, and for that reason society has to ignore whatever the actual victim thinks. We should notice that the argument of the precedence of society over the individual is always present here, but with an incapacitation reasoning underneath it this time.

In the next passage we have a similar argument:

In this case [a homicide], the victim is not only the deceased person or his relatives, it's society itself (...). Therefore in this case it's not about a settlement or a solution to that conflict created to the family of the victim. In a certain way, the conflict is much broader. The person who committed that crime is potentially dangerous to the point of being segregated from the others, to be arrested, to be convicted and kept in prison. And this is so that even if the families of the victims think otherwise... The judge, the State, has to be aware of this need, if this is necessary in the case... (judge 22)<sup>5</sup>

The example we were discussing was that of a homicide which was perpetrated by a very young offender, with no previous criminal history, who showed a clear regret. For that reason, the family of the victim was able to forgive the offender after some mediation (the case was based on a true case, but was presented in a hypothetical manner to the judge). Again here the fact that it seems to be an unlikely recidivist, an offender with no previous criminal history and clearly suffering the moral consequences of his act, does not seem enough to counter the argument that we are dealing with a potential threat to society – a threat that should be neutralized – and because of that the opinion of the family against a prison sentence should not be considered.

### c) General deterrence

To our interviewees, Another good reason to keep non-punitive victims away from the sentencing process is the argument that of one of the main theories of punishment, the theory of general deterrence.

---

<sup>4</sup> About the emergence of incapacitation in late twentieth century, see Zimring and Hawkins, 1995.

<sup>5</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: “nesse caso a vítima não é apenas a pessoa que foi morta ou os parentes da vítima, nesse caso é a própria sociedade [...]. Então nesse caso não é só os parentes você não vai estar tentando solucionar ou compor apenas aquele conflito, o conflito criado na família da vítima. De forma alguma, o conflito é bem maior é se essa pessoa que cometeu esse crime ela é potencialmente perigosa a ponto de ter que ser separada dos demais, ou seja, ser presa, ser condenada e ser mantida presa. Então isso mesmo que os familiares da vítima acham que não, o juiz, o Estado deve verificar se há essa necessidade, se houver essa necessidade no caso, entende...”

(interviewer) If it's about reinstating the legal order, why the offender cannot settle directly with the victim?

Because there's the interest of the State. The crime is not something that only interests the victim; it also concerns the State. (...) [B]ecause when A steals from B, the victim is the one who has the interest in being repaid etc., but the State has the predominant interest in not seeing that behaviour happening again. (prosecutor 5)<sup>6</sup>

In this passage we see the classical argument of the deterrence theory: not punishing means not sending a message to others potential offenders that that behaviour is unacceptable and whoever engages in similar acts will be punished. As if reading Beccaria, the prosecutor makes it very clear that an agreement is unacceptable because it undermines the deterrence effect of criminal punishment. In other terms, the punishment is necessary because without it nothing would prevent others from transgressing the norm.

Here, once again, we see society taking precedence over the individual conflict, but now through a general deterrence argument.

#### d) Retribution

The traditional argument of the theory of retribution – the infliction of a punishment is the only way of making justice – seems to be another good reason to not give voice to the non-punitive victims.

(interviewer) “You can't leave it unpunished because this crime deserves a punishment so justice can be served in a retributivist conception? Is it so or I am...”

“Yes, it's also that. (...) He committed a very serious crime (...) and has to be punished, there has to be a consequence for that. As I always say, (...) I see sometimes my peers – and they don't like my opinion on this matter – when they have to sentence... (...) I tell them: “But your sentences are too lenient”. (...) It's like if we were being generous with someone else's life on the line. But how can I be generous at the expense of other people's lives? Because the family forgave... the family said “no, I'm ok. I have accepted the mistake and I forgive him”. It's a crime with intention, not an unintentional one. If it wasn't intentional, that would be another story, I could give a judicial pardon. But in an intentional

---

<sup>6</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: “se isso se trata de recompor a ordem jurídica por que o autor do delito não pode transacionar diretamente com a vítima? Porque aí você tem o interesse do Estado. O crime não é só um interesse da vítima, ele é um interesse do Estado, [...] porque quando um fulano A pratica um roubo contra o fulano B, a vítima o fulano B é quem tem um interesse maior em se ver ressarcido e etc, mas o Estado tem o interesse predominante de não ver aquela conduta se repetir.”

crime... “no, it’s fine, we have accepted what happened and understood the circumstances which led him to do it”... In other words, it’s as if I was being clement to look well to the Creator’ gaze... But nobody asked the victim if she would herself give the offender this pardon. (judge 21)<sup>7</sup>

This excerpt is a little trickier because since it is a homicide case, the direct victim could not give an answer, and the pardon of the family’s victim seems insufficient to the judge. But what is really important to us is the conception underneath his belief in criminal punishment. Even if the interviewer seems to have gone a little too far here in suggesting the retribution, it seems clear that the interviewee holds a belief that severe punishment in homicide cases is the only way to do justice. His concerns are not utilitarian ones: a punishment, and not a lenient one, is deserved; the offender *has* to suffer a consequence. And his sense of moral righteousness about the retributive punishment is even stronger when he condemns his peers for not being severe enough: being lenient means “being generous” at someone else life’s expense; in his conception, the judge does not have the right to not punish severely because that would be, in a certain way, despising the value of someone’s else life.

#### e) Seriousness of the offence

If the general perception supports sidelining victims, there is however one factor – the seriousness of the crime – that seems to mitigate this attitude. The less serious is the crime, the more willing judges and prosecutors are to consider the victims’ opinions. Let’s take a look at another excerpt:

If there’s something that really disgusts me in any situation is the creation of exceptions, states of exceptions for more or less. There should be a rule for the participation of the victim in the more serious crimes and in the

---

<sup>7</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: “Não pode deixar impune porque esse crime merece um castigo pra se fazer justiça com a concepção retributiva? É isso ou eu estou...”

Sim, também. [...] ele cometeu uma conduta gravíssima [...] e tudo ele tem que ser punido, tem que receber uma consequência por isso. Porque eu sempre inclusive às vezes eu digo isso e eu já me acabei me indispondo com muitos colegas em relação à isso, eu vejo os juízes às vezes na hora de quantificação das penas eu sempre fui de um juiz de uma linha assim mais rigorosa na dosimetria da pena e às vezes eu digo com os colegas “mas vocês estão fixando pena baixa”, [...] é como se a gente fosse fazer cortesia com a vida dos outros. Como é que eu vou fazer cortesia com a vida dos outros? Aí porque a família perdoou, a família falou “não eu estou bem já aceitei o erro que ele fez ele tá perdoado”? O crime é doloso, nós não estamos falando de crime culposo. Culposo é outra história, vale até o perdão judicial. Mas num crime doloso “não já está tudo bem nós já aceitamos já entendemos as circunstâncias que ele cometeu o delito”... Ou seja, eu estaria fazendo cortesia pra ficar de bem talvez perante o Criador com a vida da outra pessoa. Ninguém perguntou pra vítima se ela daria a ele delinquente ele infrator esse perdão.”

less serious ones... Of course, if it's considered a criminal event there's always some seriousness. In the less serious ones, it could even be accepted the abolition of the punishment, the judicial pardon or the substitution of the punishment for something else. But in the more serious ones, we keep the punishment (...) but diminishing it's duration. (judge 10)<sup>8</sup>

It's clear here that the less serious crimes are perceived very often by the actors of the criminal justice system as something that should not even be dealt by the criminal law. Some crimes of damage, of personal offense, small thefts etc. do not seem to present a challenge. It is easy to consider them as forgivable, as not deserving a punishment, as something that criminal law should not worry much about. In this sense, it is easy for the actors of the criminal justice system to consider not a problem taking non-punitive victims in consideration here. The bottom line is that these crimes are very frequently not perceived as "real crimes", or "what counts". Because of that, a greater tolerance for the participation of victims is seen here.

It should be noted that even though the interviewee was talking about less serious crimes, such representation of the criminal response theoretically opens a very interesting possibility to the participation of the non-punitive victims in the criminal justice system. The simple fact that this judge sees as acceptable diminishing a punishment due to a victim's pardon to the offender is a form of escaping what we define in the following section as the *modern penal rationality*.

## THE VICTIM AND THE MODERN PENAL RATIONALITY

To conclude our argument in this article, we need to make explicit our theoretical framework which guides our observation of the lack of acceptance of the non-punitive victims.

The main concept that we have in mind throughout the text is the idea of a *modern penal rationality* developed by Pires (1998, 1999, 2001, 2002a, 2002b, 2004a, 2004b, 2006, 2007, 2008; Pires and Acosta, 1994; Pires and Cauchie, 2007; Pires and Garcia, 2007). According to this author, modern criminal law is trapped in a system of ideas that makes it very difficult for any form of alternative resolution to be stabilized in the criminal justice system. Criminal law has very limited creativity in solving conflicts due to the cognitive obstacles of its own system of thought.

---

<sup>8</sup> Free-translation from the original transcript of the interview: "Uma coisa que me repugna em qualquer situação é a criação de exceções, estados de exceção pra mais ou pra menos, quer dizer me parece que deveria ser uma regra que a participação da vítima em graves ou em não graves, menos graves, certo que se teve a tutela penal teve alguma gravidade. No menos grave que até implicasse na abolição da pena, no perdão judicial, na substituição da pena; mas que nos mais graves mantivesse a pena se houvesse arrependimento, mas com a redução da sua extensão."

This idea of a system of thought comes from the observation of the modern theories of punishment – we are thinking here specifically about deterrence, retribution, rehabilitation and denunciation – from a different angle. They all present themselves in opposition to the other theories in a way that they exclude each other as a justification to punishment. However, what if – as a theoretical exercise – we try to see what they have in common instead of focusing on their differences?<sup>9</sup> Can they be that much different if we, empirically observing, see these theories in many cases being used together? In fact, as a simple jurisprudential research can show, many legal operators (judges, prosecutors) do not really see a problem in determining a punishment invoking at the same time denunciation and retribution, or retribution and rehabilitation, or even retribution and deterrence.

So the question that lies beneath this idea of a system of thought is: despite all their differences, what are the elements that bring these theories of punishment closer together? What are the elements of the criminal law that they support in spite of the fact they often claim to have nothing in common? In answering these questions, we come to a set of characteristics of the modern criminal law which are so ontologized that they make it very difficult for those who work with them to come up with stable alternative solutions. Here are these characteristics:

a) Obligation of responding: these four theories of punishment support the idea that the right to punish is more than a simple right/authorization of punishment; it is a right/obligation to punish. We can use Luhmann's concept of *medium* and *form*<sup>10</sup> (1998 [2007]: 149 e ss.) to make this idea a little more clear. Using this author theoretical framework, we can say that the expression "right to punish" is a *medium*, what means that it can take many different *forms* in a communication, and that the expression itself is nothing else but an empty envelope. It does not have a preconceived and invariable content, it is not "ontologized": the *form* it assumes depends on the content we associate with it. We can conceive the right to punish as a simple *authorisation for a sanction*, or as an *obligation to react to a crime in a very broad sense* or as an *obligation to inflict a punishment*. Therefore, the "right to punish" depends on the *form* we create. And here is the place where the theories of the punishment meet: the *form* they create is always the same, an *obligation to punish 'stricto sensu'* (not an authorisation and not an obligation to sanction in broad terms).<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> This "intuition" was first explicated by Van de Kerchove (1981).

<sup>10</sup> For a similar use of this concept, see Garcia, 2009 and Possas, 2009.

<sup>11</sup> Taking a different path than ours here, Foucault (1975) offers a very interesting argument for the emergence and a consolidation of an obligation to punish in the modern criminal law. In demonstrating the decline of the ordeals and the emergence of the modern punishment of the disciplinary society, Foucault shows how important it was for the reformers to limit the absolute power of the sovereign at the time to inflict a punishment. If in one hand that meant "ra-

b) Besides this obligation to punish, the system formed by the theories of punishment (the modern penal rationality) will contend that the meaning of punishing is the *infliction of a suffering*. For the actors of the criminal justice system, a punishment that intends to be positive, to bring a reconciliation (and this instead of punishing, not as a complement), may even be a good alternative, but is very often not considered a *criminal sanction*. The criminal punishment *must* inflict a suffering to do not be seen as an “inappropriate sanction”, as a “civil sanction”, it must cause a suffering. In luhmannian terms, the *medium* “punishment” is invested by the content of inflicting suffering: to “truly” punish is to impose an afflictive sanction.<sup>12</sup>

c) The over appreciation of prison and the exclusion of alternatives punishments come as a consequence and as an element to reinforce “a” and “b”. A good explanation for the lack of imagination for penal alternatives may be found in the support that prison gets from this system of ideas derived from the theories of punishment. Since they all support an obligation of punishment *stricto sensu*, prison is an ideal place: it inflicts suffering at the same time that it prevents the punishment from being perceived as inhumane as the pre-modern forms of the criminal law. Besides, prison is the ideal place for a project of individual reform, as it is supported by the rehabilitation theory. Therefore, with this obligation to inflict pain and an institution so socially solid<sup>13</sup>, there’s no space for the alternatives to really become mainstream in the criminal justice system. There’s a lack of theoretical support for them; they never get to be perceived as “real” responses of the criminal law.

d) The conception of the protection of society is another important characteristic of this modern penal rationality. According to this idea, the criminal law, through its modern penal rationality, conceives its role

---

tionalize” and “humanize” the punishment by putting an end in deeply violent practices, on the other hand – and this is the less known part of Foucault that interests us here – it was also a matter of limiting the sovereign’s power to forgive and to set people free. To reach an “effective” criminal justice system, as intended by the reformers, punishment should be “moderate” but “absolutely certain”. That means keeping out all possibilities of pardon and composition between the parties.

<sup>12</sup> Christie (1981: 46, 47) has also noticed this over appreciation of the suffering in the criminal justice system: “Worse than the importance given to crime and individual blame is the legitimacy given to pain. Pain, intended to be pain, is elevated to being the legitimate answer to crime. But I learned in school, through the non-hidden curriculum, that the best answer was to turn the other cheek to him who struck me. Highly regarded solutions such as non-reaction, forgiveness and kindness are pushed into obscurity in the neo-classical simplicities. [...] Neo-classicism presents punishment as the inevitable solution, as a matter of course, by making it the only, invariable, alternative.”

<sup>13</sup> And nobody has demonstrated this strength of the prison better than Foucault (1975) with his argument that all the criticism of the prison is contemporary to the institution itself, and since the beginning it only has served to call for more prison.

as fundamental to the existence of society. This conception leads to two things: the importance of the *ultima ratio* argument and the notion of the necessity of a present and concrete evil for an immaterial (and sometimes in the future) good. Concerning the latter, we are talking about a way of thinking, present in all theories of punishment, according to which we have to do a tangible evil in the present to achieve an immaterial good to society: e.g., by inflicting pain now, we re-establish justice (retribution) or we deter potential criminals (deterrence) (Pires 2004b: 43, 44). About the idea of *ultima ratio*, this modern penal rationality encloses the idea that criminal law, differently from other branches of law, must bring the strongest possible answer since it is the last resort as society's answer to a certain problem. It is actually a two folded idea: criminal law must be society's last alternative to a problem and, for that reason, it must hold the toughest responses. However, it seems that the side of the "last alternative" has become far less important than the "toughest answers" side (which seems evident with the amount of many criminalized behaviors in different countries, of different legal traditions, that are hardly justifiable as a threat to society that ask for its last resort solution).

After this detour about the modern penal rationality, what this has to do with the problem of the non-acceptance of the non-punitive victims? Our point here is that – and this is a hypothesis for now – the non-punitive victim, due to the fact that it collides with the system of ideas of the criminal justice system (the modern penal rationality), is even more problematic than the punitive victim. If the latter is very problematic because it is perceived as demanding, as trying to play a role that is not his, as trying to interfere in the sphere of action of judges and prosecutors, the former is even more problematic because not only does it present all these characteristics, but also because of the *form* of his demand. In other words, this *form* – a non-punitive request – goes against a system configured to be punitive, to inflict pain and to refuse conciliation and forgiveness. Besides, the non-punitive victim, in a way, deconstructs the "pacifier" role (the idea that without the criminal justice system conflicts in society would always certainly degenerate in perpetual revenges) of the criminal justice system as perceived by many of its actors. How can some actors still support the idea that the referred system exists to pacify conflicts when we come across these victims that do not want any vengeful solution to their conflicts?

To conclude, and to make explicit our point of view here, despite all the criticism to the non-acceptance of the non-punitive victim in this article, we believe that a lot of precautions should be exercised when considering the integration of victims in the criminal justice decision process. If listening and paying attention to the victims' needs seem to be a very positive way to helping this category in coping with an unfair offense and consequently helping cooling down

social conflicts, we understand that a great deal of victims do not want only to be listened, but to have an impact in the outcome of the sentencing process in a punitive sense. We are aware that the non-punitive victims portrayed here are not a fair sample of all the victims of the criminal acts.

So, defending taking victims in consideration in the sentencing process may be a risky business. It is certain that we believe that the non-punitive ones bring a much needed fresh air in terms of alternatives to solving conflicts and avoiding the infliction of socially harmful punishments. However, it is impossible not to notice that in our “society of victims” (Erner, 2006) those who are more punitive are more vocal and more present (at least for the criminal justice system actors). Moreover, the punitive victims, despite their apparent inconvenience to the referred system, may certainly seem more “palatable” on a closer look. Their demands, even if sometimes are perceived as too punitive, go in the same direction of this system of ideas of the theories of punishment: the obligation to punish, the exclusion of alternatives and the intolerance with forgiveness.

## REFERENCES

- Christie, Nils (1981) *Limits to Pain*. Oregon: Wipf and Stock.
- Erner, Guillaume (2006) *La société des victimes*. Paris: La découverte.
- Foucault, Michel (1980) “La poussière et le nuage.” In: M. Perrot (Org.), *L'impossible prison*, Paris: Seuil, p. 29-63.
- Foucault, Michel (1975) *Surveiller et Punir*. Paris: Gallimard.
- Garland, David (2001) *The Culture of Control*. Chicago: The University of Chicago Press.
- King, Michael; Thornhill, Michael (2003) *Niklas Luhmann's Theory of Politics and Law*. London: Palgrave MacMillan.
- Luhmann, Niklas (1998 [2007]) *La sociedad de la sociedad*. México: Herder/Universidad Iberoamericana.
- Pires, Alvaro (1998) “La formation de la rationalité pénale moderne au XVIIIe siècle.” In: C. Debuyst, F. Digneffe and A. Pires. (Org.), *Histoire des Savoirs sur le Crime et la Peine*, v. 2. Bruxelles: De Boeck Université.
- Pires, Alvaro (1999) “Alguns obstáculos a uma mutação “humanista” do direito penal.” *Sociologias*, vol.1, n. 1, p. 64-95.
- Pires, Alvaro (2001) “La rationalité pénale moderne, la société du risque et la juridicisation de l'opinion publique.” *Sociologie et Société*, vol.33, n. 1, p. 179-204.
- Pires, Alvaro (2002a) “La “ligne maginot” en droit criminel: la protection contre le crime versus la protection contre le prince.” In: R. De Giorgi (Org.), *Il diritto e la differenza. Scritti in onore di Alessandro Baratta*. Lecce: Edizioni Pensa Multimedia.
- Pires, Alvaro (2002b) “Codifications et réformes pénales.” In: L.Mucchielli e Ph.Robert (Org.), *Crime et Sécurité. État des Savoirs*. Paris: La Découverte.

Pires, Alvaro (2004a) “La recherche qualitative et le système pénal. Peut-on interroger les systèmes sociaux?” In: D. Kaminski e M. Kokoreff (Org.), *Sociologie pénale: système et expérience*. Ramonville Sainte-Agne: Éditions Érès.

Pires, Alvaro (2004b) “A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos na modernidade tardia.” *Novos Estudos CEBRAP*, vol. 68, p. 39-60.

Pires, Alvaro (2006) “Tomber dans un piège? Responsabilisation et justice des mineurs.” In: F. Digneffe e T. Moreau (Org.), *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*. Bruxelles: Larcier, p. 217-241.

Pires, Alvaro (2007) “Une ‘utopie juridique’ et politique pour le droit criminel moderne?” *Criminologie*, vol.40, n. 2, p. 9-18.

Pires, Alvaro (2008) “Théories de la peine: introduction générale.” *Unpublished document*. Ottawa: Canadian Research Chair in Legal Traditions and Penal Rationality. University of Ottawa.

Pires, Alvaro; Acosta, Fernando (1994) “Les mouches et la bouteille à mouches: utilitarisme et rétributivisme classiques devant la question pénale.” *Carrefour*, vol.XVI, p. 8-39.

Pires, Alvaro; Cauchie, Jean-François (2007) “Un cas d’innovation “accidentelle” en matière de peines: une loi brésilienne sur les drogues.” *Champ Pénal, Research Seminar available online on September, 28th, 2007*. <http://champpenal.revues.org/document1541.html>. Last visited on August 3rd, 2009.

Pires, Alvaro; Garcia, Margarida (2007) “Les relations entre les systèmes d’idées: droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort.” In: Y.Cartuyvels, H.Dumont, F.Ost, M. van de Kerchove, S. Van Drooghenbroek (Org.), *Les Droits de l’Homme, Bouclier ou Épée du Droit Pénal?* Bruxelles: Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis.

Possas, Mariana (2009) “Système d’idées et création de lois criminelles: le cas de la loi contre la torture au Brésil.” *PhD Thesis, Department of Criminology*. Ottawa: University of Ottawa.

Van De Kerchove, Michel (1981). “Culpabilité et dangerosité. Réflexions sur la clôture des théories relatives à la criminalité”, In: C. Debuyst et F. Tulkens (Org.), *Dangerosité et Justice pénale. Ambiguïté d’une pratique*. Genève: Masson, Médecine et Hygiène, p. 291-309.

Xavier, José Roberto (2005) “L’opinion publique au sein du système pénal: l’affaire James Bulger.” *Master’s Thesis*. Department of Criminology. Ottawa: University of Ottawa.

Xavier, José Roberto (2008) “Les rapports entre l’opinion publique et la détermination de la peine du point de vue de la science.” *Unpublished work*. Ottawa: University of Ottawa.

Xavier, José Roberto (2012) “La réception de l’opinion publique par le système de droit criminel.” *Ph.D Thesis*. Department of Criminology. Ottawa: University of Ottawa.

Xavier, José Roberto (2013) “Public, opinion publique et détermination de la peine tels qu’ils sont vus par la science: quelques notes critiques.” In: R.Dubé, M.Garcia and M.Machado (org.), *La rationalité pénale moderne. Réflexions théoriques et explorations empiriques*. Ottawa: Les Presses de l’Université d’Ottawa, p.115-141.

Zimring, Franklin; Hawkins, Gordon (1995) *Incapacitation: Penal Confinement and the Restraint of Crime*. New York: Oxford University Press.

CONVIDADO