

**Expediente da Faculdade de Direito do Sul de Minas**  
**Programa de Pós-Graduação em Direito – v. 36, n. 1**  
ISSN (eletrônico) N° 2447-8709

Editora-chefe: Prof. Pós-Dra. Ana Elisa Spaolonzi Queiroz de Assis.

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

Secretária: Natália Carvalho Campos Azevedo.

Editores associados: Bruna Monique Machado Simões, Érick de Freitas Mendes, Jéssica Yume Nagasaki e Jussara de Cesaro.

Conselho Editorial:

Prof. Dr. Andrea Panzarola - LUM - Libera Università Mediterranea "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 - Università degli 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 Germán Mejía - Lemos – National University of 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 Freire 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 Haydê e Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE;  
Prof. Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho – UCB – DF.  
Profª. Dra. Cidália Maria da Mota Lopes – Coordenadora da Coimbra Business School -  
ISCAC;  
Prof. Dr. João Carlos Relvão Caetano – Universidade Aberta, Portugal.

Pareceristas atuantes:

Alexandre de Castro Catharina – UNESA/RJ  
Ana Carolina Fernandes Mascarenhas – Faculdade Baiana de Direito e Gestão  
Ana Claudia Pompeu Torezan Andreucci - MACKENZIE  
Andressa Nunes Soilo - UFRGS  
Andreza de Socorro Pantoja de Oliveira Smith - UFPA  
Bruna Estima Borba -UFPE  
Carlos Alberto Simões de Tomaz – UVV  
Carina de Castro Quirino - UERJ  
César Augusto - UFGD  
Claudia Ribeiro Pereira Nunes – FAAR/RO  
Cláudio José Franzolin – PUC/CAMPINAS  
Cláudio Ribeiro Lopes - UFMS  
Cristian Kiefer da Silva - NEWTON / UNA / FAMINAS-BH  
Cristiano Thadeu e Silva Elias – FDSM  
Danielle Anne Pamplona – PUC/PR  
Eduardo de Carvalho Regê - CESUSC  
Elisiane Spencer Quevedo Goethel – UNESP  
Fernanda Busanello Ferreira – UNIBRASIL  
Fernanda Carolina de Araujo Ifanger – PUC/CAMPINAS  
Fernando Amorim – Centro Universitário CESMAC  
Flávio Luís de Oliveira - ITE  
Gina Gouveia Pires de Castro - Univasf, IFPE, Uninassau  
Gustavo Barbosa de Mesquita Batista - UFPB  
Harrison Ferreira Leite - Uni. Federal da Bahia e Universidade Estadual de Santa Cruz  
Henrique Weil Afonso - FADIC  
Jair Aparecido Cardoso – USP  
Jorge Luis Fortes Pinheiro da Camara - UFRJ  
José Eduardo Lourenço dos Santos - UNIVEN  
Julio Moraes Oliveira – FAPAM  
Larissa Araújo Coelho - Universidade do Minho

Livio Pera - Università degli Studi di Sassari

Luís Cesar Souza de Queiroz – UERJ

Malu Mendes - Unsepe

Maria Cristina Zainaghi - UNIP

Nikolay Henrique Bispo - FGV

Rafael Zelesco Barretto - MACKENZIE

Rildo Mourão Ferreira - UniEVANGELICA

Rodrigo Wasem Galia – UFSM

Rogério Barros Sganzerla - UFRJ

Tauã Lima Verdán Rangel – FAMESC

Vinicius Parolin Wohnrath - UNICAMP

Bibliotecária responsável: Jaqueline de Faria Monteiro Martins.

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. 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@fdsm.edu.br](mailto:revista@fdsm.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: <https://www.fdsm.edu.br/posgraduacao/revista.php>

Faculdade de Direito do Sul de Minas:

Diretor: Leonardo de Oliveira Rezende

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

ISSN 1516-4551

REVISTA  
da Faculdade de  
DIREITO  
do Sul de Minas

## FICHA CATALOGRÁFICA

**Elaborada pela Biblioteca da Faculdade de Direito do Sul de Minas**

Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas. Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação em Direito – Pouso Alegre, MG, v. 36, n. 1 (jan./jun. 2020)

Semestral 2020

ISSN 1516-4551

Anual 1984-2007 – Resumo em Português e Inglês.

1. Direito – Periódicos. I Faculdade de Direito do Sul de Minas. Programa de Pós-Graduação e Mestrado em Direito.

CDD 340.05

## EDITORIAL

### DIREITOS HUMANOS E DEMOCRACIA. QUAL DEFESA?

Boris Johnson (ultraconservador) terá o apoio da maioria no parlamento inglês. Aprovará o Brexit radical e, provavelmente, expulsará a maioria dos estrangeiros (europeus ou não) dos domínios da coroa inglesa. Surpresa? Quem hoje se espantaria com esse resultado quando a Europa já convive há tempos com Orbán (Hungria), Morawiecki (Polônia), Erdogan (Turquia) e Putin (Russia), notáveis políticos racistas, que podem com toda facilidade perseguir jornalistas no café da manhã, prender opositores no chá da tarde e matar inimigos antes de dormir? Quem está descontente quando os líderes das maiores potências econômicas e bélicas do mundo (EUA e China) travam uma guerra comercial que pode levar milhões de pessoas à miséria? Quem esperava outro resultado, quando a crescente desigualdade econômica e social causada pelo fluxo financeiro desenfreado e pelo avanço tecnológico incontrolável transformaram cidades inteiras em cemitérios de indústrias e seus habitantes em prestadores de serviços “contratados” por um aplicativo (Über ou Ifood) que lhes oferece duas opções: morra trabalhando ou morra de fome?

Nós nos espantamos. Nós acreditávamos na vitória da tolerância, da democracia, da mútua compreensão, da convivência, do pluralismo e da razão. Nós liamos. Lemos Dworkin, Habermas, Alexy e Boaventura. Discutíamos muito. Queríamos saber quando, como e onde o homem seria, enfim, declarado livre. Perguntávamos por que a democracia, a distribuição de renda, os direitos e a justiça social ainda não tinham sido plenamente realizados. Exigíamos respostas e providências. Caso contrário, ameaçávamos. Na falta de decisão política, acionariamos o judiciário e faríamos com que todos aceitassem goela abaixo a única verdade que para nós soava incontestável: os direitos humanos são tudo e vencerão, mesmo contra tudo e todos. Foi então que acordamos.

Fomos, na verdade, obrigados a acordar. Foram as pessoas de carne, osso e sangue que gritaram, marcharam e morreram, até que um dia lhes demos ouvidos. 2011, um jovem tunisiano ateou fogo no próprio corpo. Foi o início da primavera árabe. 2013, enquanto velhos e crianças passavam fome em virtude da crise econômica e das medidas de austeridade impostas pelo Fundo monetário internacional, meio milhão de pessoas marcharam pela praça Syntagma (Athenas). 2014, homens, mulheres e crianças que ocuparam a praça Maidan (Kiev) foram transformados em alvo de franco atiradores contratados pelo governo ucraniano em colaboração com o governo russo. 59 pessoas morreram. Rio de Janeiro, abril de 2019. Policiais militares fuzilaram uma família inteira

dentro de um carro, duas pessoas morreram. Os atiradores estão soltos e ainda não foram julgados. São Paulo, novembro de 2019. Policiais atiraram contra uma multidão em um baile funk. 9 pessoas morreram e o Governador disse que não se deve demonizar a polícia.

Esse cenário de terra arrasada nos faz rever os pressupostos mais básicos do pensamento. Talvez a defesa da democracia e dos direitos humanos não se sustente como imperativo categórico – um fim em si mesmo. Talvez nem mesmo exista um fim em si mesmo e aquilo que chamamos dignidade seja somente mais uma das ilusões que nos foram impostas por uma forma de pensamento que pretende louvar os ganhos da civilização ocidental e desconsiderar seus custos. Necessitamos, mais do que nunca de elaborar uma nova reflexão aprofundada e crítica de seus contornos, fins e conteúdo dos direitos e da democracia. Ela, a democracia (liberal), “nem sempre entregou o que seus adeptos esperavam dela e nem sempre teve as consequências salutares que seus teóricos previam”<sup>1</sup>, e chegou o tempo de saber se ela pode se reinventar ou se chegamos ao seu fim.

A afirmação dos direitos humanos insiste em conviver com sua negação prática. No plano global, mesmo relatórios otimistas de organizações internacionais, não deixam de reconhecer que metade da população mundial vive abaixo da linha da pobreza, com graves restrições no acesso a direitos essenciais, como saneamento básico e educação, e, em muitos casos, em áreas de conflito<sup>2</sup>. Aqui, passados trinta anos da Constituição de 1988, graves violações de direitos humanos persistem e se revigoravam. Diante do novo cenário político, com a ascensão da extrema-direita, saudosa da Ditadura Militar, direitos e garantias são esvaziados ou mesmo textualmente suprimidos. O otimismo e ingênua euforia com a Constituição “cidadã”, tão emendada e retalhada, já é passado distante. Novas práticas e hábitos não se promulgam.

Podemos ler, explicar e aplicar os textos normativos, mas somente a partir de nossas experiências e de nosso passado complexo. Neles, a palavra “direito” serve também para designar sua negação: violência e exclusão. Nessas circunstâncias é no mínimo hipócrita – para não dizer cruel – continuar ecoando o discurso emancipatório da modernidade. Enquanto citamos e repetimos frases belas de elogio dos direitos humanos e da razão, pessoas são dizimadas e sonhos, destruídos. Que defensores dos direitos são esses que se contentam em repetir fórmulas e falas antigas, presentes nos mais diversos manuais, jurídicos, mas se negam a ver e aceitar que esse mesmo discurso foi a fonte e o fundamento dos

---

<sup>1</sup> MARKOFF, John. *Democracia: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futuras*. Sociologias, Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 21.

<sup>2</sup> BANCO MUNDIAL. *Poverty and Shared prosperity 2018. Piecing together the poverty puzzle*. Washington, 2018.



mais diversos ataques bélicos e desastres humanitários? Iraque, Yemen, Síria, são alguns dos exemplos que mostram como o discurso dos direitos humanos não foi, nas últimas décadas, nada além de um discurso. Esses direitos foram convertidos em formas de dominação e de agravamento da exclusão. Cumpriram seu trágico destino. Transformaram-se naquilo que seu maior crítico sempre neles viu: o universalismo dos direitos humanos não é nada além da forma mais acabada e radical de luta e dominação. Tornaram-se os instrumentos perfeitos para se estabelecer uma guerra mundial que marca, persegue e elimina todos aqueles que ousem desafiá-los<sup>3</sup>.

Perdemos de vista que não fomos pensados como parte deste discurso. A exclusão do latino-americano, do africano e do terceiro mundo como um todo, é constitutiva da modernidade. Marca-a a descartabilidade de vidas humanas que é anterior e vai muito além da “vida nua” que Giorgio Agamben “descobriu” com o Holocausto: “a “vida nua” que Agamben “descobriu” e que tanto entusiasmou a mentalidade branca da Europa ocidental e dos Estados Unidos, é tardiamente o que os índios e negros já sabiam desde o Século XVI<sup>4</sup>. Nesse cenário, a repetida relação indissociável entre a experiência democrática e a cultura de direitos humanos – uma contribuindo para o reconhecimento, consolidação e ampliação da outra<sup>5</sup> – tem subsistido, senão como ideologia, mais como expectativa do que como realidade.

Devemos abandonar o discurso dos direitos e da democracia? Não parece ser essa a resposta. Essas ideias devem ser defendidas, mas é mais do que nunca necessário que se elabore uma na análise acurada e crítica que supere os compromissos e perspectivas morais ingênuos em relação afirmação dos direitos humanos “universais”<sup>6</sup>. É fundamental, ainda, o debate das contradições inerentes à afirmação da democracia na perspectiva liberal individualista hegemônica. Não se olvide que a liberdade individual vai tão longe a ponto de permitir ao indivíduo recusar a razão, abandonar o espaço público democrático<sup>7</sup> e vociferar

V

---

<sup>3</sup> SCHMITT, Carl. *Begriff des Politischen*, Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien, Berlin: Duncker und Humblot, 1963, p. 26.

<sup>4</sup> MIGNOLO, Walter D. El pensamiento decolonial: desprendimiento y apertura. Un manifiesto. In CASTRO-GÓMEZ, Santiago; GROSFUGUEL, Ramón (compil.). *El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad Central, Instituto de Estudios Sociales Contemporáneos y Pontificia Universidad Javeriana, Instituto Pensar, 2007, p. 40.

<sup>5</sup> COMITÊ NACIONAL DE EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS. *Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos/Ministério da Educação/Ministério da Justiça/UNESCO, 2007, p. 24.

<sup>6</sup> KOSKENNIEMI, Martti. Carl Schmitt and International Law. In: MEIERHENRICH, Jens; SIMONS, Oliver (ed.). *The Oxford Handbook of Carl Schmitt*. Oxford University Press, 2016.

<sup>7</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre factibilidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. 2. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2012, v. 1, p. 156.

contra direitos humanos dos outros. Democracia é risco, choque e contradição, inclusive contra ela mesma.

Mas não é só isso. Falar de democracia exige também reconhecer que a igualdade nela afirmada passa necessariamente por um momento de exclusão e distinção. O apelo à inclusão universal é ficção. Cidadania e democracia correspondem a um “misto de inclusão e exclusão” e a cidadania nacional que não inclui a todos constitui “mecanismo básico de sustentação da desigualdade planetária”<sup>8</sup>. A defesa da democracia e os direitos humanos, enfim, não pode se furtrar, no final das contas, à reflexão sobre a medida em que tais ideias se contradizem. Negam-se.

Os textos desta Edição da Revista da Faculdade de Direito do Sul de Minas nos convidam a refletir sobre esse momento de inflexão e negação. Convidamos, por isso, a todos a lerem e debaterem esses textos. Nunca isso foi tão necessário.

*Guilherme Perez Cabral*

*Lucas Catib De Laurentiis*

---

<sup>8</sup> MARKOFF, John. *Democracia*: transformações passadas, desafios presentes e perspectivas futura. Sociologias, Porto Alegre, ano 15, n. 32, jan./abr. 2013, p. 40.

## SUMÁRIO / CONTENTS

<b>Editorial.....</b>	<b>III</b>
<b>A CIDH e o “hipervalor” da dignidade humana.....</b>	<b>1</b>
<i>Inter-American Commission of Human Rights and the hypervalue of human dignity</i> Fernando Rister de Sousa Lima ■ Matteo Finco	
<b>A democracia como procedimento: uma defesa do pensamento político de Hans Kelsen.....</b>	<b>17</b>
<i>Democracy as a political procedure: a Hans Kelsen political philosophy’s study</i> Moisés João Rech ■ Felipe Taufer ■ João Ignácio Pires Lucas	
<b>A democracia procedimental deliberativa e a implementação de políticas públicas mais igualitárias .....</b>	<b>41</b>
<i>Deliberative procedural democracy and implementation of most equal public policies</i> Adriana da Costa Ricardo Schier ■ Fernando de Oliveira Torres	
<b>A imunidade tributária e as finalidades essenciais dos templos religiosos na jurisprudência do STF .....</b>	<b>63</b>
<i>Tax immunity and the essential purposes of religious temples in the STF jurisprudence</i> Elaine Cristina Sotelo Fachini ■ Maria de Fátima Ribeiro	
<b>Metafísica da desobediência civil na filosofia do direito: a phýsis, o theós e o ánthropos como subjectum .....</b>	<b>85</b>
<i>The metaphysics of civil disobedience in the philosophy of law: the phýsis, theós and the ánthropos as subjectum</i> Márcio Luiz da Silva	
<b>Ambiente saudável como direito fundamental indisponível.....</b>	<b>107</b>
<i>Healthy environment as fundamental right unavailable</i> Edihermes Marques Coelho	
<b>As eleições ante o abuso do poder religioso ou abuso do direito de liberdade religiosa? Um contraste entre os direitos individuais e os objetivos das eleições.....</b>	<b>125</b>
<i>The elections face religious power abuse or religious freedom right abuse? A contrast with individual freedom in a lay democratic state</i> João Hagenbeck Parizzi ■ Claudia Regina dos Santos ■ Lucas Pereira Pontes	

<b>Assistência ao idoso e o acesso às instituições de longa permanência .....</b>	<b>149</b>
<i>Assistance to the elderly and access to long-term institutions</i>	
Carla Roberta Ferreira Destro ■ Vladimir Brega Filho	
<b>Atención virtual de la salud real. Reflexiones sobre la digitalización de los datos clínicos .....</b>	<b>171</b>
Elián Pregno	
<b>Cidadania corporativa e responsabilidade social: interfaces do envolvimento empresarial com a sociedade.....</b>	<b>183</b>
<i>Corporate citizenship and social responsibility: enterprises's involvement with the society</i>	
Glaucia Cardoso Teixeira Torres ■ Zulmar Fachin	
<b>Ciência, direito e a tutela do humano: breves aproximações .....</b>	<b>201</b>
<i>Science, right and the protection of human: brief approaches</i>	
Alessandro Severino Vallér Zenni ■ Walter Lucas Ikeda	
<b>Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a execução fiscal: análise material, processual e genealógica .....</b>	<b>219</b>
<i>Disregard incident of the legal personality and the tax execution: analysis material, procedural and genealogical point of view</i>	
Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho ■ Bruno Miola da Silva	
<b>O assédio moral à luz da reforma trabalhista e a dignidade do empregado ....</b>	<b>237</b>
<i>Moral harassment in the light of labor reform and the employee's dignity</i>	
Leda Maria Messias da Silva ■ Jeferson Luiz Cattelan	
<b>O destino do bem de família na dissolução da entidade familiar: perspectiva das relações familiares e da dignidade humana.....</b>	<b>257</b>
<i>Managing family property in cases of dissolution of the family unit: perspective of family relationships and human dignity</i>	
José Sebastião de Oliveira ■ Paulo Gimenes Alonso	
<b>O enfrentamento de geração e destinação inadequada dos resíduos sólidos sob o viés ambiental e o consumo consciente .....</b>	<b>277</b>
<i>The counterpart of generation and inadequate destination of solid waste under the environmental vine and conscious consumption</i>	
Antônio Carlos Efig ■ Jéssica Fernanda Maciel da Silva	
<b>O fenômeno perverso das candidaturas fictas: a inefetividade das cotas eleitorais femininas enquanto fraude à democracia .....</b>	<b>295</b>
<i>The perverting phenomenon of the filing candidatures: o the ineffectiveness of women's electoral quotas as a fraud against democracy</i>	
Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro ■ Luciana Gaspar Melquíades Duarte	

<b>O incidente de demandas repetitivas e o direito como integridade: um diálogo entre o <i>civil law</i> e o <i>common law</i>.....</b>	<b>319</b>
<i>Mass litigation judgment incident and the law as integrity: a dialogue between civil law and common law</i>	
Eloy Pereira Lemos Junior ■ André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita	
<b>Os caminhos para a superação do positivismo: os postulados da Escola do Direito Livre nas decisões judiciais brasileiras .....</b>	<b>333</b>
<i>The ways to overcoming positivism: the postulates of the Free Right School in the brazilian judicial decisions</i>	
Wilson Engelmann ■ Camilo Stangherlim Ferraresi	
<b>Reflexões sobre a desigualdade no contexto do desenvolvimento sustentável: da exclusão político-social ao desenvolvimento da personalidade humana .....</b>	<b>361</b>
<i>Reflections on inequality in the context of sustainable development: from social-political exclusion to the development of human personality</i>	
Anna Carolina Kähler de Moraes Barros ■ Pedro Ivo Ribeiro Diniz	
<b>Repensando o caráter subsidiário da ADPF .....</b>	<b>381</b>
<i>Rethinking the subsidiary character of the ADPF</i>	
Emerson Ademir Borges de Oliveira	

# A CIDH E O “HIPERVALOR” DA DIGNIDADE HUMANA

## INTER-AMERICAN COMMISSION OF HUMAN RIGHTS AND THE HYPERVALUE OF HUMAN DIGNITY

*Fernando Rister de Sousa Lima\**  
*Matteo Finco\*\**

### ABSTRACT

Esse trabalho analisa, numa perspectiva sociológica, os pressupostos e as características da relação entre os direitos humanos, por um lado, e os documentos (constituições, declarações, documentos internacionais) em que são formulados, por outro. Partindo da teoria dos sistemas sociais – desenvolvida pelo sociólogo alemão Niklas Luhmann na segunda metade do século XX – a política e o direito modernos são entendidos como subsistemas da sociedade que se articulam mutuamente através de constituições: passando do nível nacional para o nível internacional e transnacional, questiona-se, portanto, qual é a “contribuição” de declarações como o CIDH. Aqui apresentamos a hipótese de que, além de garantir um padrão comum e, portanto, a possibilidade de um diálogo jurídico entre diferentes países, sua verdadeira função é fornecer uma ideia específica de ser humano, funcional à realidade social moderna: a de um indivíduo autônomo, um sujeito de direito e uma pessoa capaz de participar nas diferentes áreas de uma sociedade cada vez mais complexa. A dignidade é entendida, nesse sentido, como um “hipervalor” capaz de ativar a dialética político-jurídica e a possibilidade de pensar em normas que, na sociedade global, sejam “indispensáveis”.

**Palavras-chave:** CIDH; Direitos humanos; Dignidade humana; Niklas Luhmann; Teoria sistêmica.

### ABSTRACT

This work analyzes, from a sociological perspective, the assumptions and characteristics of the relationship between human rights on the one hand,

---

\* Professor-doutor na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo (FDIR-UPM). E-mail: fernando.lima@mackenzie.br.

\*\* Doutor em Social Sciences (Università degli Studi di Macerata, Italia). Bolsista pos-doutorado PNPd/CAPES, UniRitter (Porto Alegre). E-mail: fincomatteo@gmail.com.

and the texts in which they are formulated (constitutions, declarations, international papers), on the other. Starting from the Social System Theory – developed by the German sociologist Niklas Luhmann in the second half of the Twentieth century – in the modernity politics and law are conceived as social subsystems, mutually articulated through constitutions. So, moving from the national level to the international and transnational one, we can wonder what is the “contribution” of declarations like the CIDH. Here we construct the hypothesis that, in addition to guaranteeing a common standard and therefore the possibility of a legal dialogue between different countries, their true function lies in providing a specific idea of human being, that is functional to the modern society: that of an autonomous individual, a legal subject and a person that could participate in the different areas of the increasingly complex society. Dignity is seen, in this sense, as a “hyper-value” able to activate the political-juridical dialectic and the possibility of thinking about norms that, in the global society, are “indispensable”.

**Keywords:** CIDH; Human rights; Human dignity; Niklas Luhmann; System theory.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho examina, numa perspectiva sociológica, os pressupostos e as características da relação entre os direitos humanos, de um lado, e os documentos (constituições, declarações, documentos internacionais) em que são formulados, por outro. O objetivo é analisar as peculiaridades da Convenção Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), os direitos humanos que ela prevê e a contribuição que ela fornece no nível jurídico (como ferramenta de ligação entre os diferentes ordenamentos a nível inter- e transnacional) e no nível socio-cultural (universo de valores comuns).

A abordagem é, mais precisamente, sócio jurídica, mediante o uso da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann (desenvolvida na segunda metade do século XX). Nesse sentido, a política e o direito modernos são entendidos não apenas como âmbitos sociais, mas como *subsistemas sociais* – cada um deles com uma função específica – que vão se articulando (isto é, coordenam-se) reciprocamente por meio de uma ferramenta especial: a Constituição. Definidas como *acoplamento estrutural* entre direito e política, as constituições permitem, de um lado, organizar o Estado que seja legítima do ponto de vista jurídico e, do outro, a definição de normas fundamentais – fundamentais tanto no sentido de inalienáveis, irrenunciáveis, quanto no sentido que representam a base sobre a qual subsequentemente é possível criar outras normas. Nesse sentido, elas contêm direitos que são, de fato, *valores* gerais, indefinidos, abrangentes, e que, por essa razão, podem e devem ser continuamente rearticuladas e redefinidas em relação às mudanças sociais.

Se as constituições são, portanto, um instrumento jurídico-político tipicamente moderno, interno ao âmbito nacional/estadual, parece possível pensar os documentos e as declarações internacionais de direitos como seus equivalentes em um contexto internacional e/ou transnacional. Aqui apresentamos a hipótese de que – além de garantir um padrão comum e, portanto, a possibilidade de um diálogo jurídico entre diferentes países – a verdadeira função dos direitos humanos seria de fornecer uma ideia específica do ser humano mesmo, que deve ser funcional para o social e para a sociedade mundial global, sendo capaz de viver nela contribuindo para reproduzi-la. Em outras palavras, é uma ideia de ser humano como *indivíduo* autônomo em suas decisões, como *sujeito* de direito e como *pessoa* capaz de participar nas diferentes áreas da sociedade. A dignidade pode então ser entendida, nesse sentido, como um “hipervalor”, como fundamento dos direitos humanos, uma referência essencial para a dialética político-jurídica, que possibilita pensar em normas que sejam “indispensáveis” em uma sociedade cada vez mais complexa.

Antes de analisar as normas e os direitos contidos na CIDH, avaliando as características e a função do ponto de vista sociológico, é necessário introduzir alguns conceitos fundamentais da teoria sistêmica, delineando os contornos principais do sistema do direito. Posteriormente – e sempre a partir da perspectiva sistêmica – expor-se-á brevemente as peculiaridades e funções dos direitos humanos, para então analisar o valor da dignidade humana. A análise dos direitos expressos na CIDH será acompanhada com algumas reflexões sobre os desafios presentes e futuros do direito no nível global, procurando identificar quais recursos a CIDH coloca à disposição nesse sentido.

## O DIREITO DA MODERNIDADE E OS DIREITOS HUMANOS

Na perspectiva da teoria dos sistemas sociais, a sociedade moderna é uma sociedade mundial policêntrica e policontextual<sup>1</sup>, ou seja, uma sociedade sem um *centro* reconhecido como tal (e portanto sem *periferias*), caracterizada por uma variedade de diferentes âmbitos (economia, direito, política, etc.) não organizados hierarquicamente entre eles, no sentido de que não há um que seja mais importante que os outros. A sociedade é, portanto, considerada como um *sistema*: um conjunto de elementos conectados entre si, dentro de uma estrutura. Esses elementos não são seres humanos, instituições, estados, mas *comunicações*: isto é, informações de vários tipos que são compreendidas em situações de “dupla contingência” (conceito adotado por Parsons) e que, por isso mesmo, não são necessariamente compreendidas na mesma forma que foram pensadas ori-

---

<sup>1</sup> LUHMANN (1997).



ginalmente. O *social* se identifica, portanto, com a comunicação: é a operação que dá vida a uma realidade que deve ser colocada em um nível diferente do interpessoal, emergente, não redutível aos seres humanos individuais e às relações que eles têm entre eles. Se o conjunto recursivo das diferentes operações comunicativas constitui os sistemas sociais, cada tipo de operação comunicativa alimenta um subsistema específico da sociedade: uma comunicação jurídica (como a decisão de um juiz) é diferente de uma comunicação econômica (como uma ordem de pagamento) ou uma realizada no âmbito político (como uma lei criada por um parlamento). Cada âmbito é assim caracterizado por uma função específica, ou seja, resolve um determinado problema.

Por exemplo, a economia forma-se a partir da sequência de pagamentos (operação comunicativa), proporcionando a distribuição de recursos (função), enquanto o direito (sistema jurídico: *Recht*) é estruturado como um conjunto de decisões judiciais (operação comunicativa) baseadas nas normas correntes, e garante que as expectativas normativas sejam mantidas (ou seja, se sabe o que fazer se uma lei for violada: função), etc. Esse conjunto de subsistemas dentro do sistema mais amplo da sociedade é descrito com a expressão *diferenciação funcional*: a sociedade moderna, isto é, não é mais uma sociedade diferenciada para clã ou tribo (*diferenciação segmentária*), ou baseada na distinção entre centro/periferia ou classe (*diferenciação estratificada*). Por essa razão, cada indivíduo pode participar da vida social em diferentes áreas e de maneira relativamente livre, enquanto no passado o acesso era regulado com mais rigor e menos liberdade.

Qualquer sistema social – e, portanto, qualquer sistema – deve ser pensado em conjunto (isto é, simultaneamente) com o seu *ambiente*, ou seja, com o que é externo a ele, que não pertence ao sistema. Se a sociedade é feita de comunicações (e não de indivíduos de carne e osso), então até mesmo os seres humanos estão no ambiente da sociedade. Obviamente, o que eles fazem (comportamento, reivindicações, etc.) influencia (em termos sistêmicos: *irrita*) o sistema do direito, que, no entanto, reproduz-se não porque há seres humanos (mesmo em seus papéis: juízes, advogados, réus, etc.) mas porque as decisões continuam a ser tomadas com base em normas. Normas que devem ser generalizáveis no nível *material* (ou seja, aplicáveis em diferentes circunstâncias, a diferentes casos) e que tem um consentimento geral. Desta forma, o direito pode atuar como “sistema imunológico” da sociedade, pois permite de reagir a situações anômalas que não são totalmente previstas, restabelecendo algum tipo de ordem.

O princípio básico em que se baseia o funcionamento do direito (ou seja, o seu *código*) é direito/não-direito (*Recht/Unrecht*). Assim o sistema pode identificar o comportamento lícito (conformidade as normas, as leis, ao direito já positivado) e produzir decisões, assim reproduzindo si mesmo (é *autopoietico*, ou seja, é uma sequência de operações comunicativas).

O direito moderno diferencia-se daquele antigo: não é mais um direito natural (baseado na distinção entre *lex divina* e *lex humana*)<sup>2</sup>, ou seja, subordinado à religião; nem é subordinado à moral. Ele é, pelo contrário, positivo, ou seja, fundamentado em si mesmo, autônomo. O direito moderno positivado pode mudar, para responder às mudanças sociais, evoluindo como a sociedade mesma. Por exemplo, uma decisão se baseia na lei, mas as leis mudam. Um direito é tal somente se é criado através da atividade legislativa ou em outras formas: não é mais um direito herdado, estabelecido do começo e indiscutível. Daí o direito é um sistema aberto à aprendizagem, a mudança, a incorporação de novidades dá ao seu ambiente. Mas o sistema permanece fechado no sentido do seu funcionamento: ou seja, é operativamente fechado, em quanto funciona somente com base no seu próprio código e reage somente com base nos seus elementos estruturais).

Dentro do direito, tens um papel de destaque os direitos humanos.

Do ponto de vista histórico, pode-se identificar o início do desenvolvimento da ideia de direitos humanos no sentido moderno no século XVII, com o enfraquecimento do antigo direito natural europeu e o surgimento do Contratualismo, que pensava a validade do contrato com base na renúncia aos direitos naturais dos indivíduos, de acordo com o estabelecimento de uma ordem capaz de garantir a segurança. Com a rejeição dessas construções contratuais, na segunda metade do século XVIII, há a positivação dos direitos individuais, reconhecidos pelo Estado e escritos: é a era do *Bill of Rights*, das declarações de direitos humanos, das constituições, com as quais os seres humanos são concebidos como equipados de direitos pré-positivos, direitos que são positivados precisamente através desses documentos<sup>3</sup>.

Luhmann, do ponto de vista sistêmico, mostra que o conceito de direitos humanos não é universal, mas é totalmente contingente<sup>4</sup>. Ele tem interesse mais na função latente dos direitos humanos, que na função manifesta (reconhecer direitos e dignidade com base em uma abordagem humanista).

La funcion latente de estos derechos humanos no se halla, entonces, precisamente en honrar y ratificar ventajas que estan dadas con la “naturalidad del ser humano”. Se encuentra, mas bien, en que en la sociedad moderna no se puede predecir por principio en que contextos sociales quien tiene que decir algo o aportar de alguna manera. Radica en mantener abierto el futuro contra toda determinacion anticipada que pudiera provenir de alguna division o clasificacion de los seres humanos (por ejemplo, de mayor o menor) y, ante todo, de las clasificaciones politicas.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> LUHMANN (1990a, p. 112).

<sup>3</sup> LUHMANN (1993).

<sup>4</sup> MOELLER (2008, p. 130).

<sup>5</sup> LUHMANN (2006, p. 852).

Por Luhmann, o problema dos direitos humanos consiste no problema dos seus fundamentos, da sua justificação: ele desenvolve isso tratando das formas como esse “paradoxo” (como pensar a origem dele, as distinções indivíduo/sociedade, indivíduo/direito) foi “resolvido” ao longo da história. Depois da “solução” do contrato social, é a positivização através dos textos (declarações, constituições) que positiviza direitos pré-positivos, reconhece e declara abertamente, dando-lhes validade plena, direitos que não é possível justificar de outra forma<sup>6</sup>.

Então, na modernidade os direitos humanos, indo além dos limites determinados das fronteiras nacionais<sup>7</sup>, são “expectativas normativas de inclusão jurídica de toda e qualquer pessoa na sociedade (mundial) e, portanto, de acesso universal ao direito enquanto sistema social”<sup>8</sup>. Eles são as condições básicas para a inclusão: o fato de ser humanos dá o direito de ter o direito, de avançar reivindicações, de participar na sociedade e de ser reconhecidos.

Não é por acaso que os direitos humanos sejam abertos, relativamente indeterminados, e que possam expandir-se, adaptando-se a situações concretas e contextos culturais diferentes.

A forma dos Direitos Humanos, então, pode ser definida como um esquema que permite ao Direito expor-se à contínua evolução, isto acontece porque a moldura dos Direitos Humanos deixa aberta ao Direito a possibilidade de alcançar níveis sempre mais altos de artificialidade, níveis sempre mais refinados de sedimentação jurídica da comunicação social: aquela moldura deixa ao Direito a possibilidade de elaborar tecnologias conceituais sempre mais complexas. Isso ocorre também porque aquela moldura reabre continuamente o espaço social destinado ao sistema político.<sup>9</sup>

De fato, uma característica dos direitos humanos é de ser, em essência, *valores*. Isso é preciso para poder eles ser flexíveis: pode-se pensar, por exemplo, no direito/valor à felicidade individual afirmado na constituição dos Estados Unidos da América. Estabelecer concretamente o que é tal felicidade seria, de fato, uma restrição percebida como inaceitável da liberdade individual e seria provavelmente considerada inconstitucional. Daí, os direitos humanos são fórmulas “vazias”, e exatamente aqui reside a força deles, em quanto desta forma eles podem

---

<sup>6</sup> LUHMANN (2005).

<sup>7</sup> É preciso distinguir entre “direitos fundamentais constitucionalmente garantidos pelos Estados e direitos humanos protegidos internacionalmente, estes afirmados inclusive contra os Estados. Os seus conteúdos, porém, entrecruzam-se na categoria de direitos civis, políticos, sociais e novos direitos” (NEVES, 2009, p. 223).

<sup>8</sup> NEVES (2009, p. 225).

<sup>9</sup> DE GIORGI (2017, p. 334).

ser constantemente adaptados a situações novas que não é possível prever no momento em que uma constituição é elaborada<sup>10</sup>.

Não é uma coincidência que as constituições e as declarações internacionais contêm os direitos humanos<sup>11</sup>: eles representam as condições de inclusão e os núcleos semânticos em torno dos quais a política e o direito (subsistemas) são chamados a operar. Luhmann define as constituição como o *acoplamento estrutural* entre direito e política<sup>12</sup>. Trata-se de uma ferramenta para distinguir entre a legislação e a administração da justiça, para regular as influências recíprocas entre os dois sistemas, que assim podem permanecer separados e autônomos:

The constitution serves the dual function of including and excluding reciprocal perturbations of political and legal operations. Its two-sided form of including and excluding influence maintains the separation of the systems and allows for separate autopoietic reproduction without any confusing overlap. It also characterizes the ways in which the legal system (and on the other side, the political system) avoids isolation (which means entropy) and constructs on its internal screen what can serve within the system as information.<sup>13</sup>

## A DIGNIDADE COMO “IPERVALOR”

Como G. Oestreich resume muito bem<sup>14</sup>, quando se fala de direitos humanos (ou fundamentais) refere-se ao “bem” inalienável da vida humana, cujo valor é incomparável a qualquer outra forma de vida. Esse é também um *bem comum* da comunidade humana, em quanto mantém unida a coletividade. A vida humana é, portanto, uma vida *digna* – mais do que qualquer outra – a ser vivida.

O conceito de dignidade representa o pressuposto de dois outros direitos (valores) modernos: liberdade e igualdade. A vida deve ser livre, não determinada e, portanto, deve poder evoluir. E, no mesmo tempo, essa característica deve ser comum a todos os seres humanos.

Assim, dignidade, liberdade e igualdade são efetivas quando são reconhecidas coletivamente, como escreve Hobbes a dignidade é o “valor público de um homem, aquele que lhe é atribuído pelo Estado”<sup>15</sup>. Mas antes disso, a dignidade é um atributo relacionado à percepção individual, à própria autoconsciência:

---

<sup>10</sup> CORSI; MARTINI (2018, p. 31).

<sup>11</sup> CORSI (2016).

<sup>12</sup> LUHMANN (1996).

<sup>13</sup> LUHMANN (1992). Sobre a constituição e o relacionamento entre direito e política, veja-se também CAMPILONGO (2002) e LUHMANN (1993).

<sup>14</sup> OESTREICH (2001).

<sup>15</sup> HOBBS (1979, p. 54).

avaliar se a nossa vida é digna é um papel de cada um ção da dignidade da própria existência pertence a cada um de nós<sup>16</sup>.

A dignidade então, na história do Ocidente, como escreve Peces-Barba, “se sitúa en lo que llamo el proceso de humanización y de racionalización que acompañan a la persona y a la sociedad”<sup>17</sup>. Ela reúne todos os direitos fundamentais<sup>18</sup>, tornando-se assim como o direito humano por excelência, condição essencial de todos os outros.

A relação entre os direitos humanos e a concepção tipicamente ocidental de individualidade, portanto, encontra seu pressuposto em dignidade: ao contrário de outros valores, a dignidade pode ser exclusivamente *humana*. Ela representa o atributo que dá forma ao *indivíduo* (único, diferente de todos os outros, enquanto no passado a identidade era preestabelecida desde o nascimento em virtude de pertencer a um clã ou a uma tribo, a uma família, a uma classe social), à *pessoa* (conjunto de atributos e condições que permitem participar na comunicação; pode-se ser mais ou menos ricos e, ao mesmo tempo, exercer uma profissão intelectual ou manual, participar de diferentes formas na vida política etc.), ao *sujeito* (portador de direitos)<sup>19</sup>.

A dignidade, portanto, permite agir na sociedade de forma livre e independente, sendo capaz de reivindicar direitos. Como a abordagem sistêmica nos permite destacar, trata-se de um construto “artificial”, produto da evolução, social, especificamente moderno. Paradoxalmente, não é “natural”, como costuma-se pensar dos direitos humanos. Ao contrário do que se pensa, essa ideia de construção social não diminui sua importância, no entanto, serve de alerta que se trata de uma conquista social e, por isso mesmo, pode ou não ser respeitado conforme os valores sociais em hegemonia naquele momento num determinado grupo social.

## OS DIREITOS HUMANOS NA CIDH

A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (adotada em 1969) abre-se com a referência a alguns conceitos tradicionais relacionados à direitos humanos, democracia, estado de direito e, mais genericamente, à tradição jurídico-política ocidental. Obviamente, não é assim por acaso, pois a intenção dos

---

<sup>16</sup> Como afirma Luhmann, a dignidade e a liberdade são as condições fundamentais para uma *auto-representação* bem-sucedida, o que, por sua vez, permite que o indivíduo se pense como capaz de agir no contexto social. Sem dignidade, em outras palavras, não é possível socializar o ser humano “como personalidade individual” (LUHMANN, 1965).

<sup>17</sup> PECES-BARBA MARTINEZ (2003, p. 66).

<sup>18</sup> OESTREICH (2001, p. 138).

<sup>19</sup> Sobre a individualidade moderna e as ideias de indivíduo, sujeito e pessoa, veja-se também LUHMANN (1995b; 1990b; 1981).

Estados signatários é precisamente a de “consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade pessoal e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do homem”<sup>20</sup>.

Os Estados americanos colocam-se em linha com a tradição democrática “ocidental”, moderna, dos países mais ricos e mais desenvolvidos, apesar da história colonial, com os abusos e injustiças sofridas. Por outro lado, seria contraditório pretender reconhecer e afirmar os direitos humanos fora de uma perspectiva “ocidental” (ver a discussão sobre a disputada universalidade dos direitos humanos<sup>21</sup>). Os direitos humanos são, de fato, um produto histórico do Ocidente, tanto os “Direitos do Homem” (*Rights of Man*) do Iluminismo – que queriam transformar “direitos naturais em direitos de cidadania” –, quanto os “direitos humanos” em sentido estrito (*Human Rights*) – aqueles do período pós-segunda guerra mundial, de natureza universalista, pós-moderna, antipolítica<sup>22</sup> – foram concebidos e reivindicados na Europa e nos Estados Unidos, isto é, no “lado da sorte” do mundo. E se o direito entendido como um subsistema social deve ser entendido globalmente – em quanto existe apenas uma sociedade mundial – o direito positivo é o resultado da tradição da “velha Europa”<sup>23</sup>.

A Convenção, portanto, abraça essa visão “ocidental” e, ao mesmo tempo global do direito e também da história.

Já no preâmbulo do texto, a ideia de “direitos essenciais do homem”, que não do fato de pertencer a um determinado Estado (cidadania), é acompanhada pela ideia de pessoa, indivíduo e, portanto, de sujeito ao direito. Esses direitos têm “como fundamento os atributos da pessoa humana” e até mesmo o vínculo que expomos entre direitos humanos e a concepção personalista do indivíduo (e do direito) é confirmado por esta declaração.

Imediatamente depois, já é possível identificar uma característica essencial desta Convenção, ou seja, a referência explícita aos “direitos econômicos, sociais e culturais”. De fato, foi a Terceira Conferência Interamericana Extraordinária (Buenos Aires, 1967) que prevê a inclusão na Carta da Organização de “normas mais amplas” com respeito a esses direitos e, acima de tudo, a prefigurar a própria Convenção, para determinar “a estrutura, competência e processo dos órgãos encarregados dessa matéria”. Além dos direitos políticos e civis, tradicionalmente considerados direitos humanos de “primeira geração”<sup>24</sup>, também os direitos eco-

---

<sup>20</sup> COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (1969).

<sup>21</sup> PANIKKAR (1996).

<sup>22</sup> FERRONE (2016, p. 23).

<sup>23</sup> LUHMANN (1993).

<sup>24</sup> Conforme, por exemplo, BOBBIO (1997).

nômicos, sociais e educacionais são declarados essenciais e devem ser garantidos para preencher a lacuna com os países mais desenvolvidos.

O artigo 1º da Convenção afirma o compromisso dos Estados signatários “a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos”, assegurando-os universalmente sem discriminação (de “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social”) a cada “pessoa”, um termo que – é imediatamente especificado – refere-se “a todo ser humano”. Assim é expressa a relação de equivalência entre os direitos, por um lado, e os indivíduos-sujeitos-pessoas, por outro. Isto é imediatamente confirmado no artigo 3º, que expressa o direito à personalidade jurídica<sup>25</sup> – logo depois o compromisso dos Estados de adotar “as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades” quando “o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1º ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza”. Podemos, portanto, já reconhecer fortes indícios de uma referência – por enquanto implícita – à dignidade, entendida justamente como uma qualidade intrínseca ao ser humano, merecedor de direitos simplesmente porque existe.

O direito à vida (artigo 4º) continua nesse caminho. Aqui, ao contrário do que geralmente acontece, há também uma tentativa de especificar esse direito, afirmando que ele é protegido “em geral, desde o momento da concepção”. Isto não é um detalhe. Estamos diante de um direito há muito tempo no centro de discussões vivas, onde, com referência a temas específicos, é invocado de posições diferentes e às vezes opostas (pode se pensar apenas no direito reivindicado à vida por os fetos em oposição ao direito ao aborto, ou a reivindicação do direito à (boa) morte em face do sofrimento severo e da impossibilidade de cura). Em continuidade com o direito à vida, a pena de morte não é negada em um sentido absoluto, mas é limitada aos “delitos mais graves, em cumprimento de sentença final de tribunal competente e em conformidade com lei que estabeleça tal pena”, proibindo a “sua aplicação a delitos aos quais não se aplique atualmente”, para os Estados que já o aboliram, para crimes políticos, para menores de 18 anos, pessoas com mais de 70 anos e mulheres grávidas.

Com o artigo 5º, que afirma o direito ao respeito da “integridade física, psíquica e moral” e, portanto, a proibição da tortura e a “penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes”, temos uma referência explícita à “dignidade inerente ao ser humano”, que também deve ser respeitada para aqueles que são privados da liberdade. Deste ponto de vista, a Convenção trata da condição dos

---

<sup>25</sup> “Toda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica”.

presos e afirma a “finalidade essencial” da “reforma” e da “readaptação social dos condenados”.

A liberdade da escravidão, do trabalho forçado ou obrigatório (artigo 6) é certamente motivada pelo passado colonial dos países signatários, mas é especificado que nos países que prescrevem a “pena privativa da liberdade acompanhada de trabalhos forçados”, ela “não deve afetar a dignidade nem a capacidade física e intelectual do recluso”.

O direito à liberdade e segurança pessoal é formulado no artigo 7, especificando as garantias concedidas aos presos.

Portanto, um espaço importante é dedicado ao judiciário, com o direito à “devidas garantias” (artigo 8), e, entre outras, “a que se presuma” a inocência do julgado e ao “direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada”; o princípio da legalidade e da retroatividade (artigo 9), o direito “a indenização” (artigo 10).

Então temos novamente uma referência explícita à dignidade: o artigo 11 expressa a “proteção da honra e da dignidade”, com o “respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade”, a proteção contra “ingerências arbitrárias ou abusivas” na esfera pessoal, familiar, domiciliar, da correspondência, da reputação. Nesse sentido, a dignidade está ligada à esfera privada e individual, legitimando assim a autonomia individual, que significa independência dos outros e responsabilidade pelas próprias decisões. Nesse sentido devem ser entendidas também as liberdades de consciência e religião e de pensamento e expressão, que incluem não apenas a dimensão interna (consciência pessoal), mas também a dimensão externa (manifestações exteriores do próprio mundo interior, também através de comportamentos ativos).

Por enquanto, trata-se de direitos individuais e subjetivos, com a exceção da referência ao necessário “respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas” e à proteção das crianças. A referência à vida em sociedade, à dimensão coletiva da existência humana, se dá através de um complexo de artigos que devem ser levados à análise em bloco: o artigo 15 e o artigo 16 afirmam, respectivamente, “o direito de reunião pacífica e sem armas” e a liberdade de associação, enquanto o artigo 17 formula a “proteção da família. A família é definida como “o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”.

Essa dimensão coletiva também está presente no campo do direito ao nome (artigo 18), dos direitos das crianças e do direito à nacionalidade (cidadania): estes, embora sejam direitos subjetivos, implicam o reconhecimento da individualidade na esfera pública, na comunidade, no âmbito social. Uma individualidade que deve ser protegida, pois é frágil (infância), pois é diferente de todas as



outras (nome), mas que encontra um reconhecimento ainda mais completo em um contexto sócio-jurídico-cultural específico (nacionalidade).

Também o direito à propriedade privada (artigo 21) pressupõe a dimensão coletiva, também porque se afirma que a “lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”, “por motivo de utilidade pública ou de interesse social”.

O direito de circulação e de residência (artigo 22) é o complemento necessário ao direito à nacionalidade, pois oferece a possibilidade “de sair livremente de qualquer país, inclusive do próprio”, “o direito de buscar e receber asilo em território estrangeiro”, a proibição de expulsão em países onde o direito à vida ou à liberdade pessoal estão em perigo.

Também na esfera pública achamos uma série de direitos humanos “clássicos”: os direitos à participação política (artigo 23), ou seja, de votar, ser votados e eleitos e de ter acesso a funções públicas; a igualdade perante a lei (artigo 24), a proteção judicial (artigo 25).

Assim, chegamos aos direitos econômicos, sociais e culturais, com o compromisso dos estados de buscar o desenvolvimento progressivo nessas áreas (artigo 26).

A seção dedicada às exceções (artigo 27) – isto é, os casos de “guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte” – especifica que as disposições adotadas pelos Estados não devem ser “incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social”. Além disso, não são permitidas exceções em vários casos: não por acaso, para os direitos civis e políticos (nome, nacionalidade, participação política), para aquela estritamente pessoais (personalidade jurídica, vida, à integridade pessoal, liberdade da escravidão, princípio da legalidade e da retroatividade) e para aqueles que preveem o reconhecimento e a proteção desta individualidade na esfera pública (liberdade de consciência e religião, proteção da família, direitos da criança).

A “abertura” ao reconhecimento de outros direitos (artigo 31) não é que a confirmação da já mencionada mutabilidade do direito positivo moderno, da sua evolução contínua, mas também da sua “abertura” para o futuro dos mesmos direitos humanos, do seu grau relativamente elevado de indeterminação, do fato de ser valores antes mesmo que direitos; em essência, da sua função evolutiva, que consiste na negação da possibilidade de regressão a estágios anteriores e mais limitantes de garantias.

Outra característica essencial das Convenções é a menção, ao lado aos direitos, dos deveres da pessoa. O artigo 32 trata da relação entre direitos e deveres, afirmando que “toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a

humanidade” e que “os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática”. O fato que os direitos subjetivos encontrarem sua própria limitação nos direitos dos outros é outra maneira de dizer que a liberdade é tal, apenas se for direito de todos, de que o indivíduo é livre somente sendo no mesmo tempo igual aos outros: que somos livres sendo iguais na nossa liberdade. Uma liberdade, como vimos, que é um atributo moderno do indivíduo-sujeito-pessoa.

## CONCLUSÕES

### Desafios para o futuro e ferramentas disponíveis na CIDH

A modernidade então produz a ferramenta inovadora dos direitos humanos, essenciais e inalienáveis, fazendo com que eles pareçam “naturais” – em quanto direitos de todos pelo mero fato de pertencer à raça humana – embora na realidade sejam “artificiais”, como qualquer outro direito. A CIDH parece confirmar essa intenção. Ela se encaixa na longa tradição “ocidental” onde o “paradoxo dos direitos humanos” – o problema paradoxal de sua fundação e sua validade – é “resolvido” através da formulação escrita nos textos. Se as constituições são a solução para os Estados, as declarações e os tratados são a solução no nível internacional e transnacional. Em quanto na Europeia já se tinha adotado no 1950 a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, os Países do continente americano – com exceção dos Estados Unidos – responderam quase vinte anos depois com a CIDH. Os conteúdos das duas declarações são semelhantes. A CIDH, examinada aqui, define extensivamente vários direitos, declina eles no nível coletivo, menciona explicitamente a dignidade em vários pontos enquanto é possível percebê-la como latente em outros, equilibra os direitos com os deveres.

Tentamos, especificamente, de mostrar a importância, o peso da dignidade humana, na sua capacidade de representar um “hipervalor”, um fundamento para outros direitos, em quanto considerada intrínseca do ser humano. Isso representa não somente uma característica da CIDH, mas também um grande potencial – provavelmente o mais importante – dela: aquela “abertura” para o futuro tanto essencial para que os direitos humanos sejam um fator de inclusão, uma ferramenta para que o direito compreenda em si mesmo sempre novos casos, adaptando-se a situações concretas e contextos culturais diferentes e inéditos, contribuindo a realiza um futuro que – se não necessariamente mais “justo” – com certeza vai ser cada vez mais global.

Nesse sentido, apesar dela ter já cinquenta anos, ela parece adequada para enfrentar os desafios de um presente e de um futuro onde a eficácia dos direitos

humanos ela é posta à prova e o “paradoxo” mencionado desses direitos precisa de novas resoluções: não é por acaso que Luhmann menciona uma terceira forma de “resolver-lo”: não mais através os textos escritos, mas através do sentimento de rejeição diante dos “escândalos inaceitáveis”, ou seja, das violações da dignidade humana<sup>26</sup>. Exatamente por isso, a CIDH parece uma ferramenta adequada para o futuro.

## REFERÊNCIAS

- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Convenção Americana sobre Direitos Humanos, 1969.
- CAMPILONGO, Celso. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.
- CORSI, Giancarlo. On paradoxes in constitutions. In: Alberto Febbrajo; Giancarlo Corsi (Eds.). *Sociology of Constitutions: a paradoxical perspective*. Abingdon-New York: Routledge, 2016, p. 11-29.
- CORSI, Giancarlo; MARTINI, Sandra Regina. *L'ambiguità dei diritti costituzionali. Il caso della judicialização da saúde in Brasile*. Sociologia del diritto. 1, 2018, p. 29-44.
- DE GIORGI, Raffaele. Por uma ecologia dos direitos humanos. *Revista Opinião Jurídica*, Fortaleza, a. 15, n. 20 jan./jun. 2017, p. 324-339.
- FERRONE, V., Diritti umani o diritti dell'uomo, «Il Sole 24 Ore», 17 aprile 2016, p. 23.
- HOBBS, Thomas. *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LUHMANN, Niklas. *Esistono ancora norme indispensabili?* Roma: Armando Editore, 2013 (*Gibt es in unserer Gesellschaft noch unverzichtbare Normen?* C.F. Müller: Heidelberg, 1993).
- LUHMANN, Niklas. *La sociedad de la sociedad*. México: Universidad Iberoamericana, 2006.
- LUHMANN, Niklas. *Globalization or world society: how to conceive of modern society?* International Review of Sociology. v. 7, Issue 1, Mar 1997. p. 67-79.
- LUHMANN, Niklas. La Costituzione come acquisizione evolutiva. In: *Il futuro della costituzione*. Gustavo Zagrebelsky; Pier Paolo Portinaro; Jörg Luther (Eds.). Torino: Einaudi, 1996 (*Verfassung als evolutionäre Errungenschaft*. *Rechtshistorisches Journal*. 9, p. 176-220).
- LUHMANN, Niklas. Individuo, Individualidad, Individualismo. *Zona Abierta*. 70-71, 1995b, p. 53-157 (Individuum, Individualität, Individualismus. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Band. 3. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, p. 149-259).

<sup>26</sup> LUHMANN (2013).

- LUHMANN, Niklas. *Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung*. In: *Soziologische Aufklärung 6: Die Soziologie und der Mensch*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1995a.
- LUHMANN, Niklas. *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1993.
- LUHMANN, Niklas. Operational closure and structural Coupling: The Differentiation of the Legal System. *Cardozo Law Review*. 13, 1992, p. 1419-1441.
- LUHMANN, Niklas. The Individuality of the Individual: Historical meanings and Contemporary Problems. In: *Essays on Self-Reference*, New York: Columbia University Press, 1990b, p. 107-122.
- LUHMANN, Niklas. *La differenziazione del diritto*. Raffaele de Giorgi (Ed.). Bologna: il Mulino, 1990a.
- LUHMANN, Niklas. Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins fuer die moderne Gesellschaft. In: *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*. Band 2. Suhrkamp: Frankfurt am Main, 1981, p. 45-104.
- LUHMANN, Niklas. *Grundrechte als Institution: Ein Beitrag zur politischen Soziologie*. Duncker & Humblot: Berlin, 1965.
- MOELLER, Hans-Georg. »Human Rights Fundamentalism«. The Late Luhmann on Human Rights. *Soziale Systeme*. 14, vol. 1, 2008, p. 126-141.
- NEVES, Marcelo. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- OESTREICH, Gerhard. *Storia dei diritti umani e delle libertà fondamentali*, Gustavo Gozzi (Ed.). Roma-Bari: Laterza, 2001.
- PANIKKAR, Raimon. Is the notion of human rights a Western concept? In: *Human Rights Law*. Philip Alston (Ed.). Aldershot-Singapore-Sidney: Dartmouth, 1996, p. 161-188.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. *La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho*. Dykinson – Instituto de derechos humanos “Bartolomé de las Casas”, Cuadernos del Instituto “Bartolomé de las Casas”, n. 26, Madrid, 2003.

# A DEMOCRACIA COMO PROCEDIMENTO: UMA DEFESA DO PENSAMENTO POLÍTICO DE HANS KELSEN

## DEMOCRACY AS A POLITICAL PROCEDURE: A HANS KELSEN POLITICAL PHILOSOPHY'S STUDY

*Moisés João Rech\**

*Felipe Taufer\*\**

*João Ignácio Pires Lucas\*\*\**

### RESUMO

O objetivo do artigo é levantar considerações a respeito da teoria política de Hans Kelsen, no intuito de contradizer as críticas redutoras dirigidas a seu pensamento. Como, por exemplo, desmistificar as acusações de *reductio ad Hitlerum* feitas pelos seus críticos. A hipótese principal é a de que Kelsen defende uma espécie de relativismo axiológico. A partir disso pode fundar a teoria da democracia enquanto procedimento. Como metodologia utilizou-se a revisão bibliográfica das obras kelsenianas e de comentadores. Sendo que, a partir das análises empreendidas, os resultados obtidos afirmam que a teoria da democracia como procedimento é a posição política de Kelsen no debate sobre qual é a melhor forma de governo. Assim, a título de conclusão, observa-se o fundamento democrático da teoria de Kelsen, o que afasta as críticas de *reductio ad Hitlerum* dirigido ao seu positivismo jurídico.

**Palavras-chave:** Democracia; Liberdade; Igualdade teoria política; Hans Kelsen.

---

\* Graduado em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS. Professor do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul – RS. Doutorando em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – RS. Bolsista do Prosuc/Capes. Mestre em Direito pela Universidade de Caxias do Sul – RS. E-mail: mjrech7@gmail.com.

\*\* Doutorando em Filosofia pela Universidade de Caxias do Sul – RS. Bolsista do Prosuc/Capes. Mestre em Filosofia pelo Programa de Pós-Graduação em Filosofia da Universidade de Caxias do Sul. Graduado em Administração pela Universidade de Caxias do Sul – RS. E-mail: fe.taufer@hotmail.com.

\*\*\* Professor do Curso de Direito da Universidade de Caxias do Sul – RS. Doutor e Mestre em Ciência Política pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul. E-mail: jiplucas@ucs.br.

---

**ABSTRACT**


---

This paper main theme is to point out some considerations on Hans Kelsen's political theory in order to contradict the reductive critique directed at his thought. For example, demystify the claims of *reductio ad Hitlerum* made by its critics. The main hypothesis is that Kelsen defends some kind of axiological relativism. From this support, he can ground democracy as procedure as a theoretical position. The following methodology was the bibliographic review of the Kelsen's work and some of its commentators. The results obtained asserts that the theory of democracy as a procedure is the kelsenian political position on 'what is the better form of government?' debate. Concluding, because Kelsen's theory entails a democratic principle the of *reductio ad Hitlerum* critique directed to its legal positivism does not proceed.

**Keywords:** Democracy; Freedom; Equality; People; Hans Kelsen.

**INTRODUÇÃO**

Exclamam Radbruch e Strauss que, sob o manto do positivismo jurídico<sup>1</sup>, os mais sanguinários sistemas autocráticos do Velho Mundo legitimavam suas atitudes intransigentes e bárbaras. Foi assim que a crítica ao positivismo jurídico se estabeleceu sobre as ruínas da Segunda Guerra Mundial, porquanto era uma necessidade apontar os culpados, além de justificar as hediondas barbáries dos regimes autocráticos.

A suposta culpa do positivismo jurídico<sup>2</sup> foi escancarada em Nuremberg, quando um dos réus justificou sua ação com base na lei do Estado: “Persegui,

---

<sup>1</sup> “[...] a ideia geral do positivismo jurídico é que é possível construir uma ciência do direito sobre o modelo das ciências naturais, o que implica, em princípio, uma distinção nítida entre o direito e a ciência do direito; em seguida, que o jurista deve se limitar a conhecer seu objeto, sem procurar versar sobre seus julgamentos de valor (postulado da ‘Wertfreiheit’); em terceiro lugar, que esse objeto só pode ser o direito positivo, ou seja, o direito ‘posto’ pelas autoridade políticas, à exclusão do direito natural ou moral; em quarto lugar, enfim, que a ciência do direito deve ser composta por proposições verificáveis ou refutáveis através de procedimentos análogos àqueles que são admitidos nas ciências da natureza.” ARNAUD, André-Jean; BELLEY, J. G; CARTY, J. A et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 608.

<sup>2</sup> Há que se destacar que a culpa pelos atos dos regimes fascistas é questionada: “Como um não-positivista, tenho a necessária imparcialidade para criticar os equívocos da doutrina brasileira nas suas invectivas contra o positivismo, que muitas vezes caracterizam verdadeira ‘falácia do espantalho’: ataca-se não a própria teoria positivista, mas uma distorcida caricatura dela. Duas afirmações erradas, que eu mesmo já fiz em textos anteriores, são muito frequentes: a de que o positivismo recusa a aplicação dos princípios jurídicos, e a de que ele teria sido a filosofia do Direito cultivada na Alemanha nazista. Quanto ao primeiro ponto, não há nenhuma incompatibilidade lógica entre positivismo e princípios, desde que os princípios estejam devidamente incorporados na ordem jurídico-positiva. [...] mesmo no Direito Público brasileiro,

torturei e matei porque assim ordenava a lei. E a lei é a lei.”<sup>3</sup> Foi então cristalizada a crítica ao positivismo jurídico que, postulando a neutralidade axiológica, permitia a formação de corpos jurídicos injustos. Assim, a partir das críticas de Radbruch<sup>4</sup> e Strauss,<sup>5</sup> desenvolveu-se um argumento contrário e falacioso ao positivismo jurídico chamado de *reductio ad Hitlerum*.<sup>6</sup> A contestação deste argumento está sub-repticiamente presente no artigo.

Busca-se, aqui, analisar o pensamento político de Kelsen, que se identifica com a forma democrática de governo, transitando pelos conceitos de liberdade, igualdade, povo e partidos políticos. A temática centra-se no campo da teoria política, cujo corte metodológica delimita o objeto de pesquisa especificamente sobre o conceito de democracia em Hans Kelsen. Tem como objetivo, portanto, analisar o conceito de democracia defendido pelo autor vienense, demonstrando, como corolário, as injustiças cometidas por seus detratores ao acusá-lo de legitimar regimes totalitários.<sup>7</sup>

---

juristas de inspiração positivista kelseniana construíram suas teorias com apoio em argumentação principiológica, como o falecido Geraldo Ataliba e Celso Antonio Bandeira de Mello. No que tange ao segundo ponto – a chamada *reductio ad hitlerum* – os estudos mais autorizados de História do Direito comprovam que não foi o positivismo a teoria jurídica dominante no nazismo, mas uma espécie de jusnaturalismo de inspiração hegeliana, que se insurgia contra o formalismo e recorria com frequência a conceitos muito vagos para justificar a barbárie, como os de ‘comunidade popular.’” SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 264. Para as críticas contra Kelsen, ver: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012.

<sup>3</sup> MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, 2009, p. 11-16.

<sup>4</sup> RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

<sup>5</sup> STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: University of Chicago, 1953.

<sup>6</sup> “Quando se pretende rejeitar uma teoria ou visão política, afirma-se que ela foi adotada pelo regime nazista ou, pelo menos, que correspondia à ideologia nazista. Isso permite rejeitar imediatamente essa teoria ou visão política, já que ninguém aceitaria, em nossos dias, defender o pensamento nazista. Temos aqui um artifício retórico que objetiva desqualificar os adversários sem análise da substância. No nosso tema, alega-se que os positivistas aprovam a forma de agir de Hitler. E, já que Hitler encabeçou a pior ditadura do século XX, o positivismo jurídico que se identifica com o nazismo merece a mais firme condenação.” DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 260. Sobre o chamado argumento *reductio ad Hitlerum*, ver: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Estado de exceção e ideologia juspositivista..., op. cit., p. 11s. MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 135. BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999, p. 225. STRAUSS, Leo. op. cit., 1953, p. 327.

<sup>7</sup> “Muitos constitucionalistas que criticam Kelsen com ferocidade em razão de sua suposta legitimação do regime nazista não parecem demonstrar nenhum pudor ou indignação quando

Este objetivo justifica-se na medida em que Kelsen, como fundador do moderno positivismo jurídico e mais destacado teórico desta corrente de pensamento<sup>8</sup> é conhecido mais a respeito de suas obras jurídicas e menos conhecido por suas obras políticas, como a reunião de ensaios publicadas no Brasil sob o nome de *A democracia*. Este artigo busca analisar seu pensamento político. Além disso, Kelsen é por vezes identificado como um dos intelectuais que contribuíram para a fundamentação de regimes autoritários, e esta é igualmente uma questão a ser rebatida pelo artigo.

Nesse sentido, as questões secundárias que aqui se apresentam tratam justamente de desmistificar o positivismo jurídico kelseniano das acusações infundadas, uma vez que a proposta é apresentar uma incursão no pensamento político de Kelsen, que, doravante, se revelará como um pensador que defende a democracia como sistema político e seus valores. Conforme Amado<sup>9</sup>, contrariamente aos juristas que faziam parte de movimentos políticos autocráticos, nacionalistas e jusnaturalistas, que chamavam Kelsen de “cão judeu” nos tempos de Hitler e que, mesmo após a guerra, ao se converterem em democratas, perpetuaram as acusações e a culpa de seus crimes ao positivismo jurídico, o estudo do pensamento político kelseniano indica uma total oposição a regimes autocráticos. Assim, a contribuição deste artigo visa analisar o pensamento político de Kelsen.

Em vista das recentes turbulências na vida política brasileira e, também, dos abusos que o Estado Democrático Brasileiro tem praticado sob o manto de legalidade, o presente texto visa resgatar alguns fundamentos dos valores políticos e democráticos que interessam à atualidade. A jovem democracia brasileira encontra-se profundamente afetada. Logo, dada a atualidade e a pertinência no que diz respeito à democracia para a teoria política atual, o estudo do pensamento de Kelsen, para além dos muros da ciência jurídica, é necessário na medida em que a sociedade, em tempos de pós-verdade, necessita não perder de vista o que está em jogo em uma relação harmoniosa entre a democracia como forma de governo e os valores políticos de igualdade, liberdade e fraternidade.

---

tecem loas e encômios a seu adversário, o assumidamente nazista Carl Schmitt, autor tão em moda no atual meio universitário brasileiro. Também parece interessante lembrar que Heidegger, apesar de sua inegável filiação nacional-socialista, continua a ser lido com grande proveito pela filosofia contemporânea, marcadamente anti-autoritária e libertária” MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Estado de exceção e ideologia juspositivista...*, op. cit., p. 27-28.

<sup>8</sup> BULYGIN, Eugenio. Validez y positivismo. In: ALCHOURRON, Carlos E; ALCHOURRON, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análises lógico y Derecho*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 500.

<sup>9</sup> AMADO, Juan Antonio García. Defesa de Kelsen diante dos ignorantes e cretinos. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 23.



Para atingir a finalidade proposta foi utilizada como metodologia de pesquisa a análise hermenêutica das obras kelseniana que transitam pelo campo político. Assim, procedeu-se com uma análise de bibliografia primária e de apoio, elaborando uma revisão bibliográfica do material teórico kelseniano, bem como de seus interlocutores.

Desse modo, o artigo divide-se em três momentos de análise teórica. O primeiro corresponde a uma análise dos conceitos de igualdade e liberdade como os fundamentos da teoria democrática de Kelsen. O segundo momento analisa o conceito jurídico de povo e sua ligação com os partidos políticos. Um último, por sua vez, que se apresenta como um estudo propriamente dito sobre o conceito de democracia como procedimento em Kelsen.

## LIBERDADE E IGUALDADE

Em sua exposição sobre a democracia<sup>10</sup>, Kelsen remonta a duas ideias elementares que constituem dois postulados da razão prática, que nada mais são que dois instintos primordiais do indivíduo moderno, a ideia de liberdade e de igualdade. Sob o aspecto da igualdade, o homem toma consciência de que está inserido em um corpo social que lhe dita regras, sua reação natural contra a sociedade é de protesto contra a vontade alheia, contra o tormento da heteronomia. Tanto maior será o sentimento de opressão quanto maior será o sentimento no homem de seu valor como indivíduo. “Ele é homem como eu, somos iguais, então que direito tem ele de mandar em mim?”<sup>11</sup> irá afirmar Kelsen.

Diante da igualdade dos indivíduos entre si, a saber, da ideia de que ninguém é superior a ninguém, decorre que nenhum indivíduo pode imbuir-se na faculdade de mandar em outro. A partir desta ideia radical de igualdade, de que a qualquer homem é de seu interesse subtrair-se a qualquer vontade alheia à sua com a finalidade de se submeter a seu próprio interesse e vontade, decorre que esta mesma ideia de igualdade entre indivíduos presta serviço à ideia de liberdade.<sup>12</sup>

---

<sup>10</sup> Uma primeira aproximação ao conceito de democracia é oferecida por Bobbio: “Da idade clássica a hoje o termo ‘democracia’ foi sempre empregado para designar um a das formas de governo, ou melhor, um dos diversos modos com que pode ser exercido o poder político. Especificamente, designa a forma de governo na qual o poder político é exercido pelo povo.” BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco A. Nogueira. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 135.

<sup>11</sup> KELSSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 27.

<sup>12</sup> Como destaca Cicco e Gonzaga, Kelsen estabelece a distinção apenas entre duas formas de governo, a autocracia e a democracia. “A distinção básica entre as duas formas de governo encontra-se na ideia de liberdade política. A democracia implica sujeitos politicamente livres, ou seja, cidadãos que participam da criação e concordam com a ordem jurídica vigente. Ao contrário da democracia, na autocracia o indivíduo não participa das decisões do governo, sendo politicamente condicionado às decisões dos governantes e subordinados a uma ordem

Por outro lado, sob o aspecto da liberdade há um destaque de Kelsen para a transformação desta em natural para política, isto é, sob o pressuposto contratualista<sup>13</sup>. Kelsen destaca a transformação da liberdade natural em liberdade política: “politicamente livre é quem está sujeito a uma ordem jurídica de cuja criação participa”<sup>14</sup>, em outras palavras, é dizer, quem está submetido à vontade própria e não à vontade alheia. Na liberdade natural, o indivíduo estabelece sua própria lei. A transição para a liberdade política, portanto, suscita uma tensão: como é possível ser livre e ao mesmo tempo estar sujeito a uma ordem social?

Esta passagem da liberdade da anarquia para a liberdade da democracia está antecipada no pensamento de Rousseau, assim enunciada: “encontrar uma forma de associação que defenda e proteja a pessoa e os bens de cada associado com toda a força comum, e pela qual cada um, unindo-se a todos, só obedece, contudo a si mesmo, permanecendo assim tão livre quanto antes.”<sup>15</sup> A autonomia do indivíduo, isto é, a submissão do indivíduo à sua própria vontade, é conservada mesmo diante desta transformação da liberdade natural em liberdade política, por meio da lei da maioria.

Um sujeito é politicamente livre na medida em que a sua vontade individual esteja em harmonia com a vontade “coletiva” (ou “geral”) expressa na ordem social. Tal harmonia da vontade ‘coletiva’ com a individual é garantida apenas se a ordem social for criada pelos indivíduos cuja conduta ela regula. Ordem social significa determinação da vontade do indivíduo. A liberdade política, isto é, a liberdade sob a ordem social, é a autodeterminação do indivíduo por meio da participação na criação da ordem social. A liberdade política é liberdade, e liberdade é autonomia.<sup>16</sup>

---

jurídica da qual muitas vezes podem até discordar, mas devem obedecer.” DE CICCO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do estado e ciência política*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 82. Para mais detalhes, ver: KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Tradução de Luiz C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 405s.

<sup>13</sup> “A norma acaba por se opor à lei causal. Do ponto de vista da natureza, liberdade significa, originalmente, negação da legalidade natural ou causal (livre-arbítrio). ‘Volta à natureza’ (ou à ‘liberdade natural’) significa apenas ‘libertação dos vínculos sociais’. A ascensão da sociedade (ou liberdade social) significa ‘libertação da legalidade natural’. Esta contradição resolve-se apenas quando a ‘liberdade’ se torna a expressão de uma legalidade específica, ou seja, da legalidade social (equivale a dizer ético-política e jurídico-estatal), quando a antítese de natureza e sociedade se torna a expressão de duas legalidades diferentes e, portanto, de dos modos diferentes de consideração.” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 28.

<sup>14</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 406.

<sup>15</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 32.

<sup>16</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 408.

Esta harmonia entre a vontade do indivíduo e a vontade da maioria, como condição da liberdade política, é analisada em detalhes por Kelsen. O grau máximo de liberdade política, ou seja, a máxima autonomia que seja compatível com a ordem social (heteronomia) é tão somente harmonizada com o princípio da maioria simples. A ideia subjacente a este princípio é de que o maior número de indivíduos esteja em concordância com a ordem social vigente, e o menor número esteja em discordância.

Desse modo, dado que a liberdade política consiste na identidade entre a vontade individual e a vontade coletiva (a *volunté générale*) cristalizada na ordem social, é por meio do princípio da maioria simples que é assegurado o grau máximo de liberdade política dentro da ordem social. Na hipótese de que a ordem social não pudesse ser alterada por uma maioria simples, mas qualificada ou unânime, então um único indivíduo ou uma minoria de indivíduos poderiam impedir a modificação da ordem que a maioria deseja. Nesta hipótese, uma minoria decidiria sobre a vontade da maioria, e a ordem social estaria em discordância com a maioria dos sujeitos.<sup>17</sup>

O princípio da maioria não decorre da ideia de igualdade, uma vez que sob a perspectiva da igualdade, todos os votos são iguais entre si e não é possível afirmar, portanto, que a maior quantidade de votos tenha maior valor em relação à quantidade menor de votos. Na letra mesma de Kelsen, lê-se: “da pressuposição puramente negativa de que um indivíduo não vale mais que outro não se pode deduzir, positivamente, que a vontade da maioria é a que deve prevalecer.”<sup>18</sup>

A ideia de igualdade não pode sustentar o princípio da maioria diante desta dificuldade de valorar igualmente votos diferentes, desse modo, o princípio da maioria apenas pode ser sustentado a partir da ideia de liberdade. “Há apenas uma ideia que leva, por um caminho racional, ao princípio majoritário: a ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é [...]”<sup>19</sup> Sob esta perspectiva está em jogo a liberdade política do maior número possível de indivíduos contrariando o menor número deles.

Este raciocínio, afirma Kelsen<sup>20</sup>, tem por fundo o princípio da igualdade em virtude de que não é buscada a liberdade deste ou daquele indivíduo em vista de este valer mais que o outro, mas procura a liberdade de todos ou do maior número possível de indivíduos diante de sua igualdade. Assim, o princípio da maioria simples é um mecanismo que facilita a concordância da vontade entre os indivíduos e a vontade do Estado, pois é necessário um menor número de indivíduos para se obter a modificação da vontade do Estado.

---

<sup>17</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 410.

<sup>18</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 31.

<sup>19</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 32.

<sup>20</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 32.

Caso houvesse, portanto, a necessidade de uma modificação da vontade do Estado por uma maioria unânime ou qualificada, “poderia ocorrer que uma minoria pudesse impedir uma mudança na vontade do Estado, contrariando a maioria.”<sup>21</sup> O princípio da maioria simples não é uma ditadura da maioria sobre a minoria, ao contrário, somente pressupõe que a própria existência de uma maioria implica a existência de uma minoria. Tal princípio determina que todos podem participar da criação da ordem social, muito embora o conteúdo seja determinado pela maioria. Dessa forma, a exclusão da minoria da atividade pública é considerada antidemocrático por ser contrário ao princípio da maioria.<sup>22</sup>

Com efeito, a síntese dos princípios de liberdade e igualdade são as características da democracia enquanto sistema, embora Kelsen considere que a democracia é a melhor forma de governo na qual a liberdade<sup>23</sup> pode ser correspondida. Assim, para Kelsen<sup>24</sup>, o princípio fundamental da democracia é a liberdade.<sup>25</sup> A democracia é sistema, na qual a vontade social constrói a forma do Estado, é dizer, a ordem social é criada e moldada pelos sujeitos que submetem a si mesmos

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 32.

<sup>22</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 411.

<sup>23</sup> Embora Kelsen se identifique com a democracia-liberal, em sua obra *A democracia*, o autor apresenta uma crítica ao pensamento ultraliberal de Hayek, que postula uma incompatibilidade entre democracia e socialismo. Kelsen irá afirmar que “Os ideólogos do socialismo não-marxista exigem uma redefinição da democracia como um sistema de governo baseado em direitos políticos válidos contra o poder econômico. Isso significa: a democracia deve ser combinada com o socialismo. Pessoalmente, não sou contra esse programa político e acredito que a democracia seja compatível com o socialismo. Contudo, nego enfaticamente que, para realizar esse programa, seja necessário redefinir o conceito de democracia. É possível substituir o capitalismo por uma democracia socialista sem que, para tanto, seja preciso mudar o significado de democracia [...]” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 264. Em contraposição Hayek classifica Kelsen como socialista e o positivismo jurídico como antiliberal. HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, Kelsen y el liberalismo. *Doxa*, Alicante, v. 2, n. 21, p. 201-218, 1998. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/2358284432570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II\\_16.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/2358284432570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_16.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2016. p. 203. Sobre a incompatibilidade entre democracia e socialismo, ver: HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5. ed. Tradução de Anna M. Copovilla, José I. Stelle e Liane de M. Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2010, p. 69s.

<sup>24</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 35.

<sup>25</sup> “É o valor de liberdade e não o de igualdade que determina, em primeiro lugar, a ideia de democracia. Certamente a ideia de igualdade também participa da ideologia democrática, embora [...] em sentido totalmente negativo, formal e secundário. De fato, uma vez que todos devem ser livres na maior medida possível, todos devem participar da formação da vontade do Estado e, consequentemente, em idêntico grau. Historicamente a luta pela democracia é uma luta pela liberdade política, vale dizer pela participação do povo nas funções legislativa e executiva. A ideia de igualdade, por ser diferente da ideia de igualdade formal na democracia, isto é, de igualdade dos direitos políticos, nada tem a ver com a ideia de democracia. Isto fica claramente demonstrado pelo fato de a igualdade material – não a igualdade política formal – poder ser realizada tão bem ou talvez melhor em regimes ditatoriais, autocráticos, do que em regime democrático.” KELSEN, Hans. *A democracia...*, p. 99.

a ordem. Tal é conceito de povo: “democracia significa identidade entre governantes e governados, entre sujeito e objeto do poder, governo do povo sobre o povo.”<sup>26</sup>

A ordem estatal é criada justamente por quem está subordinado a ela, seja através de uma assembleia popular como na democracia direta, ou através de um parlamento e autoridades que são instituídas na atividade de criação da ordem social por meio do sufrágio universal, igualitário, livre e secreto como é o caso da democracia representativa. Na hipótese de representatividade<sup>27</sup> em um regime democrático, os indivíduos, embora não possam interferir diretamente na criação da ordem social, pois não detêm tal prerrogativa, interferem indiretamente por meio da eleição de representantes que devem estar em harmonia com seus interesses.

Não obstante, a democracia, entendida na qualidade de identidade entre governo e governados, pressupõe os princípios de igualdade e liberdade. Sinteticamente, para Kelsen, na forma democrática de governo, o objetivo é a busca pela maior liberdade política possível para o maior número de indivíduos. Contudo, para que os indivíduos possam exercer sua vontade, por meio do Estado, tornando a sua vontade a do Estado, é necessário que, nos regimes que se lançam sob a ideia de representação, emergja-se a eleição de líderes.

Desse modo, a representatividade é condicionada à existência de um povo e de partidos políticos institucionalizados. O povo, nesse sentido, sempre é delimitado temporal e espacialmente, através do fato de submeterem-se à mesma ordem jurídica e social, para que possa desempenhar seus direitos políticos.

## O POVO E OS PARTIDOS POLÍTICOS

Kelsen apresenta uma refinada teoria jurídica sobre a concepção de povo, ligando-a com a noção de partidos políticos. Assim, como dois conceitos fundamentais para seu pensamento político, Kelsen destina importantes páginas de sua obra para analisá-los e conceituá-los a partir de uma perspectiva realista e normativa. “Mas o que é esse povo?”<sup>28</sup> indaga-se Kelsen, indicando que não se trata de um conceito evidente por si mesmo. Para além da noção de pluralidade de indivíduos, o povo é, na acepção kelseniana, um conceito jurídico e não so-

---

<sup>26</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, p. 35.

<sup>27</sup> “Não pode haver qualquer dúvida de que, julgadas por este teste, nenhuma das democracias existentes ditas ‘representativas’ são de fato representativas. Na maioria delas, os órgãos administrativos e judiciário são selecionados por outros métodos que não a eleição popular [...]. A fórmula segundo a qual o membro do parlamento não é o representante dos seus eleitores, mas do povo inteiro, ou, como dizem alguns autores, do Estado inteiro, e que, portanto, ele não está obrigado por quaisquer instruções dos seus eleitores e não pode ser por eles destituído, é uma ficção política.” KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 414-416.

<sup>28</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 35.

ciológico. De fato, a afirmação de que o povo é constituído como unidade a partir de sua cultura é para Kelsen algo problemático.

Do ponto de vista da democracia, o povo é compreendido em sua unidade, e esta unidade encontra-se no sujeito do poder. “Mas saber de onde resulta essa unidade que aparece com o nome de povo continuará sendo problemático enquanto se considerarem apenas os fatos sensíveis.”<sup>29</sup> Do ponto de vista sociológico, esta problemática se perpetua diante do fato de que, ao ser dividido por posições nacionais, religiosas e econômicas, o povo não encontra sua unidade em termos sociais, apenas uma multiplicidade de grupos distintos entre si. A única saída para encontrar essa unidade, afirma Kelsen, será de um ponto de vista jurídico, isto é, normativo<sup>30</sup>:

[...] o povo só aparece uno, em sentido mais ou menos preciso, do ponto de vista jurídico; a sua unidade, que é normativa, na realidade é resultante de um dado jurídico: a submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica estatal constituída como conteúdo das normas jurídicas com base nas quais essa ordem é formada – pela unidade dos múltiplos atos humanos, que representa o povo como elemento do Estado, de uma ordem social específica.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36.

<sup>30</sup> A concepção jurídica de povo não foi inaugurada por Kelsen, mas por Georg Jellinek (1851-1911) em sua doutrina dos *direitos públicos subjetivos*. Jellinek afirma que é incorreta a interpretação do Estado como dividido em duas pessoas sem laços jurídicos entre si, em que de um lado estaria o soberano e do outro o povo, ou a soma dos indivíduos que são objeto do soberano. A denominação de povo, afirma Jellinek, como totalidade dos súditos, em oposição ao soberano, é uma concepção política de povo. Desse modo, Jellinek faz uma distinção entre povo em sentido subjetivo e povo em sentido objetivo. Afirma que o Estado é sujeito do poder político e o povo como seu componente participa igualmente dessa titularidade, este seria o povo em sentido subjetivo. Por outro lado, o povo é igualmente objeto do poder político do Estado, e nessa condição é o povo em sentido objetivo. Assim, afirma Jellinek (1954, p. 305) que “uma pluralidade de homens submetidos a uma autoridade comum, que não chega a possuir a qualidade subjetiva de um povo, não é um Estado, porque a todos faltariam esse momento que faz a pluralidade uma unidade.” JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954, p. 305. Este “momento” seria o momento jurídico, como destaca Dallari, e prossegue afirmando que “a) os indivíduos, enquanto objetos do poder do Estado, estão numa relação de subordinação e são, portanto, sujeitos de deveres; b) enquanto membros do Estado, os indivíduos se acham, quanto a ele e aos demais indivíduos, numa relação de coordenação, sendo, neste caso, sujeitos de direitos.” DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 98. O reconhecimento do indivíduo pelo Estado é um reconhecimento de sua esfera do Direito Público, e são membros do povo, em sua qualidade subjetiva, afirma Jellinek “a totalidade dos membros do Estado, ou seja, aqueles que possuem um *motivus* para pleitear uma exigência jurídica ao poder do Estado. O Direito público subjetivo é, pois, fundamento do caráter corporativo do Estado.” JELLINEK, Georg. op. cit., p. 306, grifo do autor. Sobre o conceito de povo, ver: BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000, p. 379-380.

<sup>31</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36.

Kelsen exclui a concepção sociológica<sup>32</sup> de povo que é apresentada em uma união de posições nacionais, religiosas, econômicas e culturais. A bem da verdade, a unidade que tanto necessita a democracia é conferida aqui, tão somente, pelo ordenamento jurídico, pois, o povo, apenas pode ser considerado uma unidade a partir de um ponto de vista normativo. Entrementes, Kelsen aprofunda ainda mais sua concepção de povo, que passa de “submissão de todos os seus membros à mesma ordem jurídica” para “um sistema de atos individuais”.<sup>33</sup> Daí que o autor vienense refine ainda mais sua concepção de povo diferenciando sua posição na qualidade de realista:

O “povo” não é [...] um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado. Na realidade o indivíduo não pertence como um todo à coletividade, ou seja, com todas as suas funções e com todas as diferentes tendências de sua vida psíquica e física. Não pertence nem mesmo à coletividade que exerce o poder mais forte sobre ele, o Estado; menos ainda a um Estado cuja forma de organização é determinada pela liberdade. A ordem do Estado sempre abrange apenas manifestações muito determinadas da vida do indivíduo. Uma parte maior ou menor da vida humana sempre escapa, necessariamente, a essa ordem, enquanto existe uma certa esfera em que o indivíduo é livre do Estado. Por isso é uma ficção considerar como um conjunto de indivíduos a unidade de uma multiplicidade de atos individuais – unidade que constitui a ordem jurídica –, qualificando-a como “povo”, e estimular assim a conclusão de que esses indivíduos constituem o povo como todo o seu ser, ao passo que estes pertencem a ele apenas através de alguns de seus atos que são protegidos e ordenados pela ordem estatal.<sup>34</sup>

Kelsen procura afirmar que o conceito de povo não integra o indivíduo em sua realidade psíquica e física, mas apenas algumas “manifestações muito determinadas da vida dos indivíduos”. Nessa esteira, é uma ilusão concluir que o povo é constituído pelo indivíduo “com todo o seu ser”, enquanto na verdade o povo é constituído apenas de “alguns de seus atos que são protegidos e ordenados pela ordem estatal”.

Esta unidade do povo entendida como uma unidade dos atos individuais regidos pelo direito do Estado, se identifica, sob a democracia, em sujeito e ob-

---

<sup>32</sup> Modernamente, como analisa Dallari, o conceito de “nação” se adequa melhor à concepção sociológica, uma vez que não se apoia em vínculos jurídicos entre os indivíduos e o Estado. DALLARI, Dalmo. *op. cit.*, p. 96. A nação indica origem comum, e segundo Reale “existe como uma formação cultural histórica.” REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 132.

<sup>33</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, *op. cit.*, p. 36.

<sup>34</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, *op. cit.*, p. 36. Grifo nosso.

jeto do poder, a saber, sujeito e objeto do direito, dado que este (sujeito do poder) é quem elabora a mesma ordem social em que será submetido (objeto do poder): “sob esse ponto de vista os homens entram em campo como sujeitos do poder, somente na medida em que participam da criação da ordem estatal.”<sup>35</sup>

Somente nesta perspectiva, a de criador da ordem a qual se submete, em que o povo é visto como sujeito do poder. Por um lado, afirma Kelsen,<sup>36</sup> está o povo como sujeito do poder ou aquele que cria as normas jurídicas, e de outro lado está o povo como objeto do poder ou aquele, que se submete às normas de direito. Este ponto é de extrema importância, uma vez que se trata de um elemento do refinamento da teoria kelseniana sobre o “povo”, na medida em que assume aspectos realistas.

À diferença de uma posição ideal de democracia, tal como anteriormente afirmado, que inconscientemente dissimula a diferença entre o povo como sujeito e do povo como objeto do poder, Kelsen assume uma posição realista ao afirmar que nem todos os que fazem parte do “povo como indivíduos submissos a normas de ordem estatal podem participar do processo de criação dessas normas, [...] nem todos podem representar o povo como sujeito do poder.”<sup>37</sup> Dessa maneira, há um povo no sentido ativo, que representa uma pequena fração dentro da totalidade dos indivíduos que exercem sua vontade cristalizada na vontade do Estado, isto é, em normas jurídicas, e há, ainda, o sentido passivo de povo, a saber, aquele que representa a parcela de indivíduos que estão submetidos à ordem estatal. Esta diferenciação se dá em razão de limitações naturais como a idade e a saúde mental e moral. Ensina Kelsen: “é característico que a ideologia democrática aceite limitações ulteriores na noção de ‘povo’, bem mais do que na noção de indivíduos que participam do poder.”<sup>38</sup>

A partir da distinção proposta pela teoria juspositivista a respeito do conceito jurídico de povo como sujeito e objeto do poder, o autor delinea ainda mais seu pensamento, a fim de “passar da noção ideal para a noção real de povo.”<sup>39</sup> Kelsen, destaca, então, que existem três níveis acerca da noção real de povo. O primeiro nível, já analisado, consiste na ideia de cunho normativo de que o povo, compreendido como unidade jurídica, constitui-se como um conjunto de indivíduos (atos individuais) submetidos ao mesmo poder (ordem social).

Este primeiro nível diferencia-se do segundo na medida em que apenas alguns destes indivíduos podem estar no exercício do poder, isto é, podem ser

---

<sup>35</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36. p. 37.

<sup>36</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36.

<sup>37</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36.

<sup>38</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 36.

<sup>39</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 38.



sujeitos do poder ao criar a ordem social (povo em sentido ativo). O segundo nível, por sua vez, caracteriza o estatuto dos titulares dos direitos políticos. O último e terceiro nível, por sua vez, estabelece a diferença entre o “número desses titulares [de direitos políticos] e o número dos que efetivamente exercem tais direitos.”<sup>40</sup>

Essa diferença varia segundo o grau de interesse pela política, mas representa uma grandeza notável e pode ser sistematicamente reduzida até a democracia. Uma vez que o “povo”, que representa o substrato da ideia democrática, é o povo que comanda, e não o que é comandado, seria lícito, de um ponto de vista realista, reduzir ulteriormente a noção em questão. Na massa daqueles que, exercendo efetivamente os seus direitos, participam da formação da vontade do Estado, seria preciso fazer uma distinção entre aqueles que, como massa sem juízo, se deixam guiar pela influência dos outros, sem opinião própria, e aqueles poucos que intervêm realmente com uma decisão pessoal – segundo a ideia de democracia –, conferindo determinada direção à formação da vontade comum.<sup>41</sup>

A concepção de povo kelseniana está intimamente ligada com a ideia de partidos políticos<sup>42</sup>, o que consiste em um dos elementos mais importantes da democracia. O indivíduo isolado tem pouca influência sobre a vontade do Estado, assim, para obter influência é necessário associar-se a outros que tenham a mesma opinião política. Os partidos políticos<sup>43</sup> constituem-se como agrupamentos de indivíduos que compartilham a mesma concepção de mundo, sendo que este agrupamento busca garantir influência sobre a gestão dos negócios públicos. Para Kelsen, “a moderna democracia funda-se inteiramente nos partidos políticos, cuja importância será tanto maior quanto maior for a aplicação encontrada pelos princípios democráticos.”<sup>44</sup> A tendência de formação dos partidos políticos

---

<sup>40</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 38.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 38. Grifo nosso.

<sup>42</sup> KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito...*, op. cit., p. 421.

<sup>43</sup> “O Partido político é ‘uma associação... que visa a um fim deliberado, seja ele ‘objetivo’ como a realização de um plano com intuítos materiais ou ideias, seja ‘pessoal’, isto é, destinado a obter benefícios, poder e, conseqüentemente glória para os chefes e sequazes, ou então voltado para todos esses objetivos conjuntamente.’ Essa definição põe em relevo o caráter associativo do partido, a natureza de sua ação essencialmente orientada à conquista do poder político dentro de uma comunidade, e a multiplicidade de estímulos e motivações que levam a uma ação política associativa, concretamente à consecução de fins ‘objetivos’ e/ou ‘subjetivos’. Assim concebido, o partido compreende formações sociais assaz diversas, desde os grupos unidos por vínculos pessoais e particularistas às organizações complexas de estilo burocrático e impessoal, cuja característica comum é a de se moverem na esfera do poder político.” BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 13. ed. Brasília: UnB, 2007, p. 899.

<sup>44</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 39.

é acompanhada da tendência de dar uma base constitucional<sup>45</sup> a eles, em virtude de sua função de órgão que forma e modela a vontade do Estado.

Assim, os partidos políticos se constituem a partir da perspectiva dos indivíduos que são titulares de direitos políticos e que os exercem, uma vez que o indivíduo isolado não tem qualquer influência na formação da vontade do Estado. Nesse sentido, para Kelsen “a democracia só pode existir se os indivíduos se agruparem segundo suas finalidades políticas, com o fim de dirigir a vontade geral para os seus fins políticos, de tal forma que, como partidos políticos, sintetizem as vontades iguais de cada um dos indivíduos.”<sup>46</sup> É através dos partidos políticos que o povo ativo e que exerce seus direitos políticos manifesta sua vontade com maior vigor.

Kelsen procura por em foco uma análise igualmente realista dos partidos políticos, e destaca que, sob uma perspectiva histórica, a tese de que os partidos políticos são incompatíveis com o Estado torna-se falsa. Esta tese<sup>47</sup> assevera que diante do fato de que partidos políticos são agrupamentos de indivíduos com os mesmos interesses, e, portanto, egoístas, o Estado é, por outro lado, representante do interesse comum que parece estar acima dos interesses de grupos diferentes.

Tal tese juridicamente positivista repudia este argumento reconhecendo que na realidade os Estados funcionam, historicamente, “no interesse de um grupo dominante. Apresentá-lo como instrumento do interesse geral de uma comunhão solidária significaria, na melhor das hipóteses, tomar o dever pelo ser, ver o ideal em vez da realidade [...]”<sup>48</sup> Segundo Kelsen, a ideia de “interesse geral” que seja superior e transcendente aos interesses dos grupos sociais, sem distinção de classe, nacionalidade, religião, é na verdade, somente uma ilusão metafísica.

---

<sup>45</sup> “Não está tão longe o tempo em que, oficialmente, a legislação e os poder públicos ignoravam a existência dos partidos políticos ou manifestavam uma evidente hostilidade em relação a eles. Ainda hoje não se tem consciência suficiente de que a hostilidade da velha monarquia para com os partidos políticos e de que a profunda contraposição construída entre os partidos e o Estado, particularmente pela monarquia constitucional, significa uma hostilidade dissimulada contra a democracia. [...] Só a ilusão ou a hipocrisia pode acreditar que a democracia seja possível sem partidos políticos.” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 39.

<sup>46</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 40.

<sup>47</sup> Kelsen destaca, em nota, o nome de Karl Heinrich Triepel (1868-1946) como um dos teóricos que sustentava a tese de incompatibilidade entre partidos políticos e o Estado. Triepel, que havia escrito a obra *Die Hegemonie* (1938) como uma doutrina sobre o *Führertum*, serviu como base intelectual do nacional-socialismo. Afirmava que os partidos políticos, “por sua existência, por suas dimensões, por seu caráter, representam os agregados mais incertos; que nascem de improviso e morrem imprevisivelmente ou que podem mudar seus princípios; que às vezes, depois de alguns decênios, nada mais têm das bases de outrora, além do nome [...]” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 364. Sobre a doutrina do *Führertum*, ver: AGABMEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo. 2004, p. 128.

<sup>48</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 40.

Esta ilusão metafísica, que, para Kelsen, exprime-se através da terminologia obscura de um ser “orgânico” coletivo ou uma estrutura “orgânica” coletiva está contra o Estado de partidos. Nesse sentido, contestando Triepel, Kelsen esboça que sua tese sobre a substituição dos partidos por agrupamentos profissionais em virtude de que os partidos políticos estão fundados no egoísmo é igualmente infundada uma vez que mesmo os grupos profissionais, como propunha Triepel, são fundados no egoísmo.<sup>49</sup>

A partir disso, dada a inevitabilidade do conflito de interesses dos grupos sociais, a vontade geral apenas pode ser obtida da conciliação entre os interesses opostos. “A formação do povo em partidos políticos na realidade é uma organização necessária a fim de que esses acordos possam ser realizados, a fim de que a vontade geral possa mover-se ao longo de uma linha média.”<sup>50</sup> Esta hostilidade mostrada por Triepel à formação dos partidos se revela, em última instância, para a concepção positivista, uma hostilidade à democracia.

A hostilidade de Triepel está a serviço de “forças políticas que visam o domínio absoluto dos interesses de um só grupo e que, [...] procuram dissimular a verdadeira natureza dos interesses que defendem, sob a qualificação de interesses coletivos ‘orgânicos’, ‘verdadeiros’, ‘bem-intencionados.’”<sup>51</sup> Em uma última palavra, a democracia pode renunciar à vontade “orgânica” metafísica e se projetar para a vontade geral como produto da vontade dos partidos político.

#### DEMOCRACIA COMO PROCEDIMENTO

A partir da Guerra da Independência dos Estados Unidos (1776) e da Revolução Francesa (1789) emergiu uma nova forma de governo até então digna de registro apenas na Grécia Antiga. Com o fim da Primeira Guerra Mundial (1914-1918), os Estados europeus “adotaram” a forma democrática de governo, como foi pioneiramente com a República de Weimar (1919-1933).<sup>52</sup> Entretanto, uma outra forma de governo entrou em ascensão em alguns países do Velho Mundo, a saber, as formas ditatoriais de governo que proclamavam a salvação política por meio de sua unidade nacional em um corpo estatal forte e absoluto.<sup>53</sup>

Doravante, mesmo após a catastrófica experiência da Segunda Guerra Mundial (1939-1945) e com a eliminação dos regimes totalitários (o fascismo

---

<sup>49</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 41.

<sup>50</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 41.

<sup>51</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 41.

<sup>52</sup> A República de Weimar constituiu-se após o término da Primeira Guerra Mundial na Alemanha, e perdurou até o início do regime de exceção nazista. Sua forma de governo era a democracia semipresencial.

<sup>53</sup> Para uma análise do mito de unidade nacional e da forma fascista de governo, ver: KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977, p. 10s. FELICE, Renzo de. *Explicar o fascismo*. Lisboa: Edições 70, 1976, p. 11s. MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento radical*. São Paulo: Contexto, 2009, p. 39s.

italiano, o nacional-socialismo alemão e o stalinismo soviético), ideologias contrárias à democracia continuam a ser sustentadas. Kelsen destaca que, enquanto a semelhança entre um governo autocrático e um governo democrático está na possibilidade de ambos serem governos “para o povo”.

A atuação de um governo “para o povo” é relativa em virtude de que o interesse do povo pode ser respondido de maneiras divergentes. “Pode-se até mesmo duvidar da existência de algo como uma opinião do povo sobre o seu próprio interesse e de uma vontade do povo dirigida para a sua realização.”<sup>54</sup> Nada impede que um governo autocrático se designe “para o povo”, ainda que não seja um governo “do povo” e, diga-se de passagem, no povo. Pensadores políticos como Aristóteles<sup>55</sup> e Platão<sup>56</sup> atribuíam um caráter de inferioridade à democracia em relação as outras formas de governo por acreditarem que o governo “do povo” revelar-se-ia inexperiente e, como consequência, trilharia caminhos opostos ao do bem comum. Kelsen observa: “Não se pode negar que esse argumento tem algo de verdadeiro, e que ‘governo para o povo’ não é a mesma coisa que ‘governo do povo.’”<sup>57</sup>

Igualmente errônea é a ideia de que a democracia pressupõe a crença em um bem comum para o povo. Esta crença, pelo contrário, é característica dos regimes autocráticos:

Já a ditadura que alguns adversários do parlamentarismo invocam só pode ser desejada a sério [...] por quem possui a fé metafísico-religiosa de que seu ditador conseguiu se apossar, por um caminho misterioso, da verdade absoluta, reconhecível por alguns sinais, e do valor absoluto, tangível de algum modo. Ora, somente diante de um Absoluto dessa

---

<sup>54</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 140.

<sup>55</sup> No capítulo XIII d’*A Política*, Aristóteles estabelece que tanto a oligarquia como a democracia são degenerações da República, ou seja, estabelece ambas como “desvios ou da boa harmonia, ou do bom governo: as oligarquias por terem muita intensidade e muito despotismo, e as democracias por serem muito relaxadas e próximas da dissolução. Se ambas têm certa espécie de justiça, só a possuem até certo ponto, e não alcançam a justiça nem exata, nem perfeita.” ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 161. Para mais, ver: BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade...*, op. cit., p. 137.

<sup>56</sup> É conhecida a passagem do Livro VI da *República* na qual Platão estabelece uma metáfora na qual a forma democrática de governo é comparada com uma nau desgovernada, pela qual marinheiros ignorantes conduzem-na sem qualquer conhecimento ou técnica. Assim, Platão estabelece uma concepção cognitiva da política, ou seja, concebe o governo com base em exigências racionais e gnosiológicas, por tanto, o governo dos melhores. PLATÃO. *A república*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 272. Para uma análise crítica da visão platônica de política, ver: POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987, p. 100s.

<sup>57</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 141.

natureza – vale dizer, diante do Divino – pode-se pretender aquela obediência silenciosa e reconhecedora e aquela plena renúncia à auto-determinação, que constituem a essência da ditadura.<sup>58</sup>

A forma democrática de governo, ao contrário do absolutismo autocrático, é relativista, pois parte da impossibilidade de reconhecer um valor ou uma verdade absoluta. Caso a democracia assumisse um valor absoluto, excluiria todos os outros valores de grupos sociais diferentes. Assim, para o relativismo democrático, não há como demonstrar um bem comum objetivamente determinável, em virtude de que o bem como apenas pode ser respondido através de juízos de valores subjetivos que diferem para cada grupo social.

Cada indivíduo se diferencia economicamente e culturalmente, disso resulta que o povo não possui uma vontade uniforme, apenas os indivíduos possuem uma vontade real. A expressão “vontade do povo” é uma figura de retórica, e não corresponde com a realidade.<sup>59</sup> O governo democrático não pressupõe que exista uma ordem absoluta de valores que constituiria o bem comum, na realidade, o que há é uma forma de governo que se exerce por decisões de maioria em uma assembleia popular. Nesse sentido, para Kelsen democracia é um método de criação da ordem social e de sua aplicação.

[...] a participação no governo, ou seja, na criação e aplicação das normas gerais e individuais da ordem social que constitui a comunidade, deve ser vista como a característica essencial da democracia. Se esta participação se dá por via direta ou indireta, isto é, se existe uma democracia direta ou representativa, trata-se, em ambos os casos, de um processo, em método específico de criar e aplicar a ordem social que constitui a comunidade, que é o critério do sistema político apropriadamente chamado democracia. Não é um conteúdo específico da ordem social na medida em que o processo em questão não constitui em si um conteúdo dessa ordem, isto é, não é régio por essa ordem. O método de criação da ordem é sempre regido pela própria ordem, desde que a mesma seja uma ordem jurídica.<sup>60</sup>

Enquanto forma de governo que se caracteriza por sua relatividade valorativa e seu método procedimental de criar decisões políticas, legislativas e administrativas, a democracia é criticada por ser incapaz de “ser um fim em si mesma;”<sup>61</sup> além de que “não é exato que a democracia sempre proteja mais a li-

---

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 134. Grifo do autor.

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 141.

<sup>60</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 142. Grifo do autor.

<sup>61</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial, 2008, p. 242.

berdade de consciência do que a autocracia.”<sup>62</sup> E ainda, “que o método democrático não garante necessariamente maior medida de liberdade individual do que qualquer outro método, em circunstâncias semelhantes.”<sup>63</sup>

Embora não exista um debate direto entre Schumpeter e Kelsen, o último rebate as críticas do primeiro quando afirma que, enquanto a democracia, compreendida como forma de governo em que a ordem social é criada e aplicada pelos indivíduos que estão sujeitos a esta ordem, a ponto de que a liberdade política seja assegurada, “então a democracia, necessariamente, em todas as circunstâncias e em toda parte estará a serviço desse ideal de liberdade política”<sup>64</sup>.

O valor ao qual a democracia serve é igualmente relativo ao valor que a democracia constitui em si. É dizer: de um ponto de vista da ciência política, a democracia, tal como a liberdade ou a igualdade, não é constituída na qualidade de um valor absoluto, mas de um valor relativo. Esta constatação não impede que os indivíduos prefiram a democracia a qualquer outra forma de governo. Conforme Schumpeter: “Compreender a validade relativa de suas convicções e defendê-las resolutamente é justamente o que distingue o home civilizado do bárbaro.”<sup>65</sup>

Kelsen concebe a democracia como um processo formal e relativo de criação da ordem social (valores), em contraste com a autocracia vista como substancial.<sup>66</sup> Os argumentos em favor das formas autoritárias de governo procuram desacreditar a democracia acusando-a de “formalismo”, e que apenas a forma autocrática é capaz de agir no interesse do povo.

---

<sup>62</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial, 2008, p. 243.

<sup>63</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial, 2008, p. 271.

<sup>64</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 144.

<sup>65</sup> SCHUMPETER, Joseph Alois. op. cit., p. 243.

<sup>66</sup> Kelsen, ao longo de seu livro *A democracia*, determina a diferença entre a democracia procedimental e a autocracia, para o autor, há uma distinção fundamental entre o sistema autocrático e o democrático, pois, enquanto o último é dinâmico, o primeiro é estático. “O antagonismo entre democracia e autocracia também aparece nos diferentes modos de se interpretar o governo. Na ideologia autocrática o governante representa um valor absoluto. Sendo de origem divina ou dotado de forças sobrenaturais, ele não é considerado um órgão que é, ou pode ser, criado pela comunidade. É imaginado como uma ordem extrínseca à comunidade, que é constituída e congregada por ele. [...] Em uma democracia, por outro lado, a questão de como designar os magistrados é tratada sob a luz clara da reflexão racional. O governante representa não um valor absoluto, mas um valor relativo. Todos os órgãos da comunidade são eleitos apenas para um breve período. [...] A democracia se caracteriza por uma mudança mais ou menos rápida de governo. Tem, nesse sentido uma natureza dinâmica. [...] A autocracia, por outro lado, revela uma natureza francamente estática: a relação entre governante e governado tende a estagnar-se. Em termos gerais, a democracia não tem nenhuma base favorável ao princípio de autoridade em geral e ao ideal de um Führer em particular.” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 189.

Desse modo, se um governo é para o povo, como pensa a ideologia autocrática, é igualmente um governo do povo, em virtude de que seu interesse é aquilo que “todos” desejam. “E, se um governo atende o interesse popular, é vontade do povo, e portanto o próprio povo, que governa, mesmo que esse governo não tenha sido eleito pelo povo com base no sufrágio universal [...]”.<sup>67</sup> Neste estado de coisas, na hipótese em que o interesse que o governo (autocrático)<sup>68</sup> busca não coincidir com o interesse do povo é rapidamente rechaçada diante da afirmativa de que o povo está equivocado quanto a seu real interesse, e que o governo atende ao real interesse do povo, o que representaria a uma verdadeira democracia, com contraposição à democracia meramente formal.

Para a democracia substancial, afirma Kelsen, “o povo pode ser ‘representado’ por uma elite, uma vanguarda ou mesmo por um líder carismático.”<sup>69</sup> Portanto, diante da impossibilidade de uma democracia substancial e estática, Kelsen estabelece a proposta de uma democracia formal, dinâmica e procedimental, em que os valores são relativos, o que estabelece em primeiro plano a liberdade política dos indivíduos compreendida como tolerância.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Retomando o objetivo proposto, o de analisar o pensamento político de Kelsen através dos conceitos de liberdade, igualdade, povo, partidos políticos e democracia propriamente dita, tendo como corolário, refutar o argumento falacioso *reductio ad Hitlerum* que lhe é dirigido, foi possível chegar a duas conclusões fundamentais: (a) a identificação do pensamento político de Kelsen com a forma democrática de governo; e (b) como decorrência da primeira conclusão, a de que o argumento *reductio ad Hitlerum* não se aplica ao pensamento kelseniano, uma

---

<sup>67</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 189.

<sup>68</sup> “Em geral pretende-se demonstrar a superioridade da ditadura sobre a democracia apelando para o princípio de que *não é a maioria* que deve dominar, mas o *melhor* ou os melhores. Mesmo prescindindo-se do fato de que esse princípio é uma tautologia vazia [...], fica ainda assim totalmente não solucionada a questão, a única que é decisiva do ponto de vista político; *quem* é o melhor e como que meios pode conseguir dominar. Na realidade, está implícita a premissa de que a decisão cabe a quem está apelando para o próprio princípio. Com uma ingenuidade quase clássica, isso se manifesta no movimento *fascista* que extrai sua ideologia em grande parte do filósofo e estadista Vincenzo Gioberti R. Michels, em *Sozialismus und Faschismus in Italien*, 1925, p. 304, expõe como segue: ‘Do mesmo modo que os italianos representam a elite dos povos europeus, os fascistas representam, por número e força, a elite dos partidos italianos. Nas instruções primitivas aos jovens fascistas dizia-se que eles deviam sentir no sangue a aristocracia da minoria. [...]’. O chamado princípio da ‘elite’, ou seja, a asserção não demonstrada e não demonstrável ‘nós somos os melhores’ foi, em todos os tempos, a justificação da ditadura [...]” KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 189. p. 377. Nota.

<sup>69</sup> KELSEN, Hans. *A democracia...*, op. cit., p. 146.

vez que, muito embora o positivismo jurídico kelseniano “aceite”<sup>70</sup> qualquer conteúdo normativo, isso não prescreve que este conteúdo deva ser de valores absolutos, ao contrário, Kelsen defende uma postura ética relativista, onde propõe a liberdade como tolerância<sup>71</sup>. Portanto, a teoria política da democracia, de um ponto de vista positivista postula um conceito de democracia procedimental, dinâmico, relativista em relação aos valores, realista e formal. Veja-se que tal conclusão é diametralmente e totalmente oposta à ideologia autocrática de viés estático, substancial e absolutista em relação aos valores.

A democracia, identidade entre governantes e governados (conciliação de interesses) é o instrumento para efetivar o ideal da liberdade política. A democracia, portanto, possibilita aos indivíduos criarem sua própria ordem social (normas de direito) de acordo com sua razão prática (vontade), cristalizando assim sua autonomia na vontade do Estado. Assegurar que os indivíduos em sociedade possam ser autônomos significa possibilitar que estes indivíduos criem sua própria realidade social por meio da lei da maioria. O princípio da maioria simples, assegura Kelsen, é o melhor meio de atingir um grau máximo de liberdade.

O que estrutura a ideia de liberdade política é o conceito de povo. Kelsen rechaça, então, o sociologismo que busca uma unidade do povo a partir de

---

<sup>70</sup> “Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser Direito.” KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 221.

<sup>71</sup> “Foi um discípulo de Hegel que, na luta contra o movimento democrático na Alemanha durante o século XIX, formulou as palavras de ordem: Autoridade, não maioria! E, de fato, quando se acredita na existência do absoluto e, conseqüentemente, em valores absolutos, [...] não será absurdo permitir que um voto majoritário decida o que é politicamente bom? Legislar, e isso significa determinar o conteúdo de uma ordem social, não de acordo com o que, objetivamente, é o melhor para os indivíduos sujeitos a essa ordem, mas de acordo com o que esses indivíduos, ou sua maior parte, correta ou incorretamente acreditam ser o melhor – essa conseqüência dos princípios democráticos de liberdade e igualdade só é justificável se não houver uma resposta absoluta à pergunta sobre o que é melhor, se não existir algo como um bem absoluto. Permitir que uma maioria de homens ignorantes decida, em vez de reservar a decisão ao único que, em virtude de sua origem ou inspiração divina, tem o conhecimento exclusivo do bem absoluto – não é esse o método mais absurdo quando se acredita que tal conhecimento é impossível e que, conseqüentemente, nenhuma indivíduos isolados tem o direito de impor sua vontade aos outros. O fato de os juízos de valor terem apenas uma validade relativa – um dos princípios básicos do relativismo filosófico – implica que os juízos de valor opostos não estão sem lógica nem moralmente excluídos. Um dos princípios fundamentais da democracia é o de que todos têm de respeitar a opinião política dos outros, uma vez que todos são iguais e livres. A tolerância, o direito das minorias, a liberdade de expressão e de pensamento, componente tão característicos de uma democracia, não têm lugar em um sistema político baseado na crença de valores absolutos. Tal crença leva irresistivelmente – e sempre tem levado – a uma situação na qual aquele que pretende possuir o segredo do bem absoluto reivindica o direito de impor sua opinião e sua vontade aos outros, que estão incorrendo em erro se com ele não concordarem. [...] esse é o verdadeiro significado do sistema político que chamamos democracia e que só podemos opor ao absolutismo político por se ele relativismo político. KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. Tradução de Inove C. Benedetti, Jefferson L. Camargo, Marcelo B. Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 202-203.



aspectos culturais e econômicos. A unidade do povo é um conceito jurídico e não sociológico. Por este caminho, Kelsen entende o povo realisticamente, o que o faz diferenciar três níveis dentro do conceito de povo, a fim de destacar ulteriormente a importância dos partidos políticos.

De fato, o povo, para Kelsen, constitui-se de: (a) atos individuais submetidos à ordem social (ordenamento jurídico); (b) apenas alguns destes indivíduos que cometem os atos submetidos à ordem preenchem os requisitos necessários para serem titulares de direitos políticos (como votar e ser votado); e (c) a diferença entre os que exercem e os que não exercem os direitos políticos.

Por fim, e apresentados os principais argumentos destacados no texto, resta esclarecer a injustiça que a teoria kelseniana sofreu diante das acusações de legitimar regimes totalitários, i. e., ao afirmar que o pensamento kelseniano foi utilizado por regimes autocráticos e, portanto, deve ser refutado. Nada mais falacioso, diante da realidade de um pensador comprometido com a liberdade política, com a democracia, fator de um relativismo ético que consiste no oposto do pensamento autocrático, mas acima de tudo, perseguido pelo próprio regime nazista<sup>72</sup>. Por derradeiro, a afirmação de que o nacional-socialismo utilizara de sua teoria para legitimar suas ações revela, segundo Amado,<sup>73</sup> além de uma profunda ignorância acerca da obra kelseniana, a má-fé de seu interlocutor.

## REFERÊNCIAS

AGABMEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução de Iraci D. Poleti. São Paulo: Boitempo, 2004. 144p.

AMADO, Juan Antonio García. É possível ser Antikelsiano sem mentir sobre Kelsen? In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012. p. 235-285. 444p.

ARISTÓTELES. *A política*. Tradução de Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 321p.

ARNAUD, André-Jean; BELLEY, J. G; CARTY, J. A et al. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*. Tradução de Vicente de Paulo Barreto. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 954p.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Bini e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1999. 239p.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. Tradução de Carmen C. Varriale, Gaetano Lo Mónaco, João Ferreira, Luís G. P. Cacaís e Renzo Dini. 13. ed. Brasília: UnB, 2007. 2.v.

---

<sup>72</sup> KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

<sup>73</sup> AMADO, Juan Antonio García. op. cit., p. 23.

- BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo (Org.). *Teoria geral da política: a filosofia política e as lições dos clássicos*. Tradução de Daniela B. Versiani. Rio de Janeiro: Elsevier, 2000. 717p.
- BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco A. Nogueira. 12. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2003. 256p.
- BULYGIN, Eugenio. Validez y positivismo. In: ALCHOURRON, Carlos E; ALCHOURRON, Carlos E; BULYGIN, Eugenio. *Análises lógico y derecho*. Madrid, Espanha: Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p. 499-520.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 21. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000. 307p.
- DE CICCIO, Cláudio; GONZAGA, Álvaro de Azevedo. *Teoria geral do estado e ciência política*. 3.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 319p.
- DIMOULIS, Dimitri. *Positivismo jurídico: introdução a uma teoria do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006. 216p.
- FELICE, Renzo de. *Explicar o fascismo*. Lisboa: Edições 70, 1976. 312 p.
- HAYEK, Friedrich August von. *O caminho da servidão*. 5. ed. Tradução de Anna M. Copovilla, José I. Stelle e Liane de M. Ribeiro. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 2010. 232p.
- HERRERA, Carlos Miguel. Schmitt, *Kelsen y el liberalismo*. Doxa, Alicante, v. 2, n. 21, p. 201-218, 1998. Disponível em: <[http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II\\_16.pdf](http://www.lluisvives.com/servlet/SirveObras/doxa/23582844322570740087891/cuaderno21/volIII/DOXA21Vo.II_16.pdf)>. Acesso em: 01 jun. 2018. 17p.
- JELLINEK, Georg. *Teoria general del estado*. Tradução de Fernando de los Rios. Buenos Aires: Albatros, 1954. 602 p.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. Tradução de Inove C. Benedetti, Jefferson L. Camargo, Marcelo B. Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 1993. 392p.
- KELSEN, Hans. *A democracia*. 2. ed. Tradução de Inove C. Benedetti, Jefferson L. Camargo, Marcelo B. Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000. 396p.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. 3. ed. Tradução de Luiz C. Borges. São Paulo: Martins Fontes, 1998. 637p.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. xviii, 427p.
- KELSEN, Hans. *Autobiografia de Hans Kelsen*. 2. ed. Tradução de Gabriel Nogueira Dias e José Ignácio Coelho Mendes Neto. Rio de Janeiro: Forense, 2011. 380p.
- KONDER, Leandro. *Introdução ao fascismo*. Rio de Janeiro: Graal, 1977. 128p.
- MAGNOLI, Demétrio. *Uma gota de sangue: história do pensamento radical*. São Paulo: Contexto, 2009. 398p.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Filosofia do direito e justiça na obra de Hans Kelsen*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2006. 330p.
- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. *Estado de exceção e ideologia juspositivista: do culto do absoluto ao formalismo como garantia do relativismo ético*. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 54, p. 11-48, 2009. 37p.

- MATOS, Andityas Soares de Moura Costa. Kelsen contra o Estado. In: MATOS, Andityas Soares de Moura Costa; SANTOS NETO, Arnaldo Bastos (Org.). *Contra o absoluto: perspectivas críticas, políticas e filosóficas da obra kelseniana*. Curitiba: Juruá, 2012. 75-119p. 444p.
- PLATÃO. *A república*. Tradução de Maria Helena da Rocha Pereira. 9. ed. São Paulo: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. 512p.
- POPPER, Karl Raimund. *A sociedade aberta e seus inimigos*. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: Universidade de São Paulo, 1987. 2.v.
- RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do direito*. Tradução de Marlene Holhausen. São Paulo: Martins Fontes, 2004. 302p.
- REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. 415p.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. Do contrato social. In: REALE, Miguel. *Do contrato social; Ensaio sobre a origem das línguas; Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens; Discurso sobre as ciências e as artes*. 2.ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978. 458p.
- SARMENTO, Daniel. *Por um constitucionalismo inclusivo: história constitucional brasileira, teoria da constitucional e direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. 342p.
- SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper Perennial, 2008. 464p.
- STRAUSS, Leo. *Natural right and history*. Chicago: University of Chicago, 1953. 336p.

Data de recebimento: 21/12/2018

Data de aprovação: 29/12/2018

# A DEMOCRACIA PROCEDIMENTAL DELIBERATIVA E A IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS MAIS IGUALITÁRIAS

## DELIBERATIVE PROCEDURAL DEMOCRACY AND IMPLEMENTATION OF MOST EQUAL PUBLIC POLICIES

*Adriana da Costa Ricardo Schier\**  
*Fernando de Oliveira Torres\*\**

### RESUMO

Por meio de pesquisa bibliográfica, objetivou-se identificar uma forma para que as Políticas Públicas implementadas no Estado brasileiro sejam mais condizentes com as necessidades da maioria de seus cidadãos, de modo a respeitar os Direitos Fundamentais normativamente previstos na Constituição Federal de 1988 ao corrigir a assimetria de participação existente em um processo de política pública. Para isso, analisou-se, em um primeiro momento, questões teóricas da definição de Política Pública, sua perspectiva de ciclo, o seu fundamento como instrumento do Estado Social, e a sua relação com a democracia, de modo a perceber que a teoria clássica sobre a democracia não é hábil a fazer frente ao problema de elitização das Políticas Públicas. Por conta disso, como etapa final do trabalho, analisou-se a Teoria Deliberativa Participativa de Habermas, de modo a identificar que uma maior participação da sociedade no processo da política públicas pode gerar escolhas mais racionais e que respondam mais satisfatoriamente aos anseios de todos os segmentos sociais.

**Palavras-chaves:** Direitos sociais; Políticas públicas; Democracia deliberativa; Habermas; Igualdade.

---

\* Doutora em Direito Público pela UFPR. Professora Pesquisadora junto ao Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia da UniBrasil. Pesquisadora junto ao NUPE-CONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional (CNPq). E-mail: adrianaerschier@uol.com.br.

\*\* Mestre em Direito Econômico pela PUC-PR. Pesquisador do NUPED – Núcleo de Pesquisa em Políticas Públicas e Desenvolvimento da PUC-PR (CNPq). E-mail: fernandoadv.torres@yahoo.com.br.

---

**ABSTRACT**

---

With a bibliographical research, the objective was to identify a way for the Public Policies implemented in the Brazilian State to be more in line with the needs of the majority of its citizens, in order to respect the Fundamental Rights normatively set forth in the Federal Constitution of 1988 when correcting the asymmetry of participation in a public policy process. For this, it was analyzed, in a first moment, theoretical questions of the definition of Public Policy, its perspective of cycle, its foundation like instrument of the Social State, and its relation with the democracy, in order to realize that the classic theory on democracy is not able to deal with the problem of the elitisation of public policies. As a final step, Habermas' Participatory Deliberative Theory was analyzed in order to identify that a greater participation of society in the public policy process can generate more rational choices and respond more satisfactorily to the aspirations of all segments.

**Keywords:** Social rights; Public policies; Deliberative democracy; Habermas; Equality.

## **INTRODUÇÃO: A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS E A RELAÇÃO COM POLÍTICA PÚBLICA**

Ao inserir os direitos sociais no artigo 6º, da Constituição brasileira de 1988, adotou-se, do ponto de vista de técnica legislativa, uma metodologia distinta com relação à matéria. Deixou-se de tratá-los de forma fragmentada, para introduzi-los no título adequado como verdadeiros direitos fundamentais. Não são, pois, meras normas programáticas; ao revés, são ordens que, *prima facie*, exigem ordem positiva do Estado. Os Direitos Fundamentais, portanto, possuem eficácia vinculante e devem ser cumpridos imediatamente pelo Estado.<sup>1</sup>

O artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988 não revela somente um significado negativo, que proíbe o ente público de interferir na esfera jurídica do cidadão (como geralmente ocorre com o direito de defesa). Do dispositivo constitucional emanam efeitos positivos, que obrigam o Poder Público a agir em prol da implementação desses direitos, mesmo quando não haja provocação subjetiva dos indivíduos e inclusive quando a lei não dispuser com precisão como se deve desenvolver a atuação administrativa.<sup>2</sup> Isso ocorre porque os direitos sociais

---

<sup>1</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 289.

<sup>2</sup> HACHEM, Daniel. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 4. nº.14, p. 618-688, jul./dez. 2013. Lido em dez. de 2018.

fundamentais requerem, de antemão e em qualquer caso, ações do Estado tendentes a realizar o programa contido neles, tendo em vista a dimensão objetiva que o reveste.<sup>3</sup>

O Estado Social, caracteriza-se portanto, por introduzir um específico modelo de forte intervenção voltada a concretizar os direitos fundamentais.<sup>4</sup> Assim, “para que o Estado possa garantir os direitos exigidos e, conseqüentemente, influenciar a atuação da Sociedade Civil, é elaborada uma série de mecanismos jurídicos para que sua atuação ocorra a contento”.<sup>5</sup> Um dos instrumentos utilizados para efetivar essa atuação do Estado é a Política Pública. Salienta-se, no entanto, que a política pública em sentido amplo não existe somente no Estado social; Todavia, como objeto de pesquisa e como uma intervenção estatal para garantir direitos, trata-se de uma criação típica desse modelo de Estado.<sup>6</sup> Outrossim, observa-se que, de maneira positivada, a exemplo dos artigos 196 e 216-A, da Constituição Federal de 1988, cabe ao Estado a criação de Políticas Públicas como meio de se garantir a efetividade dos direitos fundamentais elencados na Constituição.

Apesar do esforço da doutrina em demonstrar a eficácia dos direitos fundamentais sociais, sua força vinculante e regime jurídico diferenciado, o que se vê na prática é uma realidade diferente. Por conta da eleição de Políticas Públicas duvidosas – ou pela ausência delas-, os direitos fundamentais sociais são comumente ignorados. Um exemplo dessa má alocação de recursos pela administração pública se verifica em decisão de Ação Civil Pública,<sup>7</sup> em que o juiz de primeiro grau determinou que fossem implementadas novas vagas em uma escola em detrimento da desapropriação de uma área particular para a construção de um estádio de futebol, no valor de R\$ 1,75 milhões. Não é possível aceitar, em um país em que 8,3% da população com mais de 15 anos são analfabetos e 54,51% da população não tem acesso a água tratada sendo que mais de 100 milhões de brasileiro vive sem acesso a rede de esgoto,<sup>8</sup> que o Estado invista quase dois milhões de reais para a futura construção de um estádio de futebol em detrimento de escolas.

---

<sup>3</sup> HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo Saraiva 2009.p. 46.

<sup>4</sup> GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Belo Horizonte: Fórum. p. 156.

<sup>5</sup> BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 179.

<sup>6</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo horizonte: Fórum, 2009. P. 36.

<sup>7</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Decisão na Ação Civil Pública n. 038.03.008229-0.

<sup>8</sup> NOHARA, Irene Patrícia; POSTAL JÚNIOR, Jairo. Perspectivas da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. *Revista de Direito Econômico e Socio-ambiental*, Curitiba, v. 9, p. 380-398, jul. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/21305/22834>>. Acesso em: 21 jan. 2019.

O que se vê em decisões como esta é que o modelo de investimento em Políticas Públicas, por vezes, passa muito longe das reais expectativas das camadas mais necessitadas da população e, portanto, é natural que, ao final, essas políticas cheguem a dezoito, de modo significativo, das demandas populares. E este descompasso pode ser explicado, em partes, diante do distanciamento da sociedade na formulação de tais políticas. Neste sentido é a advertência de Maria Dal Bosco, ao demonstrar como a ausência de participação real e efetiva na escolha das políticas públicas, acaba por afastar as políticas implementadas das necessidades da maioria dos brasileiros.<sup>9</sup> Ocorre que a ausência de Políticas Públicas que busquem garantir os direitos fundamentais sociais gera uma faceta perversa da sociedade moderna, a exclusão social. A exclusão ocorre nas mais variadas formas de relações: econômicas, culturais, sociais, políticas. Ela inclui a pobreza, a subalternidade, a não equidade, não acessibilidade, não representação política.<sup>10</sup>

Entretanto, o problema é que muitas vezes essa exclusão não decorre da ausência de verbas para implementar Políticas Públicas que poderiam minimizar este quadro de desigualdade;<sup>11</sup> ao contrário, decorre da indiferença do ente político com os interesses de muitos segmentos sociais e do silêncio eloquente daqueles que não apresentam qualquer representação política. Em outras palavras, as Políticas Públicas, na maioria das vezes, passam longe dos temas que interessam para os grupos em estado de vulnerabilidade, por ausência de voz destes no processo da política pública identificada como *policy cycle*, gerando uma inefetividade dos direitos fundamentais básicos para esse segmento.

Neste sentido, a ideia política pública como instrumento do Estado para efetivar direitos fundamentais sociais é o objeto de estudo do presente artigo, que tem como principal proposta analisar um meio para que as políticas públicas escolhidas possam enfrentar os problemas de todos os segmentos sociais, analisando-se, para isso, a relação entre esse instrumento sob a perspectiva do *policy cycle* (sessão 02), com a ideia de Democracia (sessão 03), e a Teoria deliberativa de Habermas (sessão 04), concluindo-se, assim, que com uma maior participação da sociedade no processo de política pública é possível que as escolhas feitas sejam mais condizentes com as necessidades jusfundamentais de todos os segmentos sociais (considerações finais).

---

<sup>9</sup> DAL BOSCO, Maria Goretti. *Novo conceito da discricionariedade em Políticas Públicas sob um olhar garantista, para assegurar direitos fundamentais*. Disponível em: <[http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito\\_humano\\_adm\\_pub\\_maria\\_dal\\_bosco\\_e\\_paulo\\_valle.pdf](http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_adm_pub_maria_dal_bosco_e_paulo_valle.pdf)> Acesso em: 03 out. 2018.

<sup>10</sup> SPOSATI, Aldaiza de Oliveira. *Mapa da exclusão/inclusão social na cidade de São Paulo*. São Paulo: EDUC, 1996.p. 13.

<sup>11</sup> BRUNET, Júlio Francisco G. *O gasto público no Brasil: entenda a qualidade dos gastos públicos no Brasil*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012. p. 174.

## O CICLO DA POLÍTICA PÚBLICA E A DEFINIÇÃO DA AGENDA GOVERNAMENTAL

Maria Paula Dallari Bucci adverte que ainda não existe um conceito jurídico definitivo de políticas públicas. Para a autora, “Não há propriamente um conceito jurídico, uma vez que as categorias que estruturam o conceito são próprias ou da política ou da administração pública”.<sup>12</sup> Isto porque as Políticas Públicas podem ser implementadas sob diversos formatos jurídicos-normativos.<sup>13</sup> Assim, por conta de sua multiplicidade, “as Políticas Públicas são um conjunto heterogêneo de medidas do ponto de vista jurídico”.<sup>14</sup> Nesta senda, a exteriorização da Política Pública está muito distante de um padrão jurídico uniforme e claramente absorvível pelo sistema jurídico.<sup>15</sup> Fato este que torna mais complexa a definição do que seria para o Direito uma Política Pública.

Entretanto, o termo Políticas Públicas, além de disposto em diversos dispositivos constitucionais, apresenta-se em diversas publicações jurídicas, tornando-se necessário um acordo semântico sobre o termo. Afinal, “quanto mais se conhece o objeto da Política Pública, maior é a possibilidade de efetividade de um programa de ação governamental”.<sup>16</sup> E talvez por isso, em trabalhos mais recentes Maria Paula Dallari Bucci definiu Políticas Públicas como “programas de ação do governo, para a realização de objetivos determinados, num espaço de tempo certo”.<sup>17</sup> O mesmo sentido seguido por Fábio Konder Comparato, para quem a Política Pública é antes de tudo uma “‘atividade’, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado”.<sup>18</sup>

Um dos pioneiros no estudo sobre Políticas Públicas, Harold Laswell, dividiu Políticas Públicas em duas dimensões. A dimensão do processo da política e a dimensão da inteligência. Neste sentido é a constatação de Vanice Valle ao

---

<sup>12</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 47.

<sup>13</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 257.

<sup>14</sup> LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 113-143, p. 134.

<sup>15</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em direito*. p. 257.

<sup>16</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *O conceito de Política Pública em direito*. p. 249.

<sup>17</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de Política Pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 140.

<sup>18</sup> COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 86, n. 737, mar. 1997. p. 353.



afirmar que Laswell propunha uma orientação do agir do Estado por meio das Políticas Públicas “(...) orientação essa que se traduz numa dupla dimensão: a do processo da política e aquelas das necessidades de *inteligência* desse processo”.<sup>19</sup>

Na primeira dimensão a tarefa é desenvolver a ciência da formação e execução das Políticas Públicas. Na segunda, o objetivo é melhorar o conteúdo concreto da informação e da interpretação disponíveis aos que concebem as referidas políticas.<sup>20</sup> Entretanto, os estudos que procederam focaram mais na análise da primeira dimensão, em detrimento da segunda, fazendo com que a valorização da ‘função de inteligência’ seja um campo de pesquisa ainda pouco aprofundado, restringindo-se às escolas cujo foco é a avaliação *ex post* das Políticas Públicas.<sup>21</sup>

Já na dimensão processual as políticas públicas definem-se como “o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados [...]”.<sup>22</sup> Considera-se, portanto, que o desenvolvimento das Políticas Públicas deve ser entendido como um ciclo, com especial atenção às suas distintas etapas de construção. Assim, ciente de que não se trata de uma classificação estanque, a ideia de *Policy Cycle* percebe a formação da política pública como um conjunto de processos, incluindo pelo menos (1) a definição da agenda; (2) a especificação das alternativas com base nas quais a escolha será feita; (3) uma escolha revestida de autoridade (*authoritative choice*) entre as alternativas definidas e (4) a implementação da decisão.<sup>23</sup>

Observa-se, portanto, que a Política Pública começa quando a agenda é definida. A definição da agenda política “diz respeito ao processo pelo qual os governos decidem quais questões precisam de sua atenção. Ela enfoca, entre outras coisas, a determinação e definição do que constitui o “problema”, que ações de Política Pública subsequentes são destinadas a resolver”.<sup>24</sup>

Segundo Thomas Birkland “agenda é uma coleção de problemas, compreensão de causas, símbolos, soluções e outros elementos dos problemas públicos,

---

<sup>19</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 39

<sup>20</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 36.

<sup>21</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Políticas Públicas, direitos fundamentais e controle judicial. Belo horizonte: Fórum, 2009. p. 39.

<sup>22</sup> BUCCI, Maria. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 109.

<sup>23</sup> BUCCI, Maria. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2000, p. 109.

<sup>24</sup> MIURA, Irene Kazumi (Org.) *Políticas públicas: conceitos básicos*. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod\\_resource/content/1/MaterialDidatico\\_EAD%2017%2004%202015.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/303682/mod_resource/content/1/MaterialDidatico_EAD%2017%2004%202015.pdf). Acesso: 25 maio 2017.

que captam a atenção de membros do público e dos seus atores governamentais”.<sup>25</sup> As agendas listam, portanto, prioridades de atuação do Estado.<sup>26</sup> A menos que um problema entre para a agenda do governo, nada será feito a respeito dele. O motivo pelo qual uma questão passa a ser vista como um problema envolve processos sociais e políticos complexos, bem como circunstâncias dinâmicas, tais como o surgimento de uma crise, os complicados papéis dos gestores públicos na definição de agenda e atuação dos grupos de pressão.<sup>27</sup>

O estudo que busca explicar como ocorre a formação dessa agenda política mencionada é denominado de “*agenda-settings*”, tendo como expoentes autores como John Kingdon (Modelo de fluxos múltiplos), Jones e Baumgartner (Equilíbrio Pontuado) e Paul Sabatier (Coalizão Defesa). Esses autores buscam identificar quais são as condições necessárias para que um tema passe para a agenda governamental, já que nem todos os problemas da sociedade entrarão na agenda política por conta da ausência de certas condições para que isso ocorra; uma dessas condições mencionada por todos os autores é a existência de atores que advoguem por tais políticas (*policy entrepreneurs*).<sup>28</sup> Neste sentido, é possível considerar que o motivo do esquecimento dos interesses de diversas camadas sociais na formulação da Política Pública está na impossibilidade de um tema entrar na agenda política sem que existam atores políticos (visíveis e invisíveis) que atuem nesse sentido. Afinal, no Brasil, poucos setores da sociedade têm condições reais de interferir no poder político a ponto de realmente alcançar a pressão necessária para alteração da agenda.

Em síntese, ao analisar os teóricos da Ciência Política, é possível considerar que o motivo do esquecimento dos interesses dos grupos vulneráveis na formulação de Políticas Públicas – que é justificado com base na ideia de discricionariedade administrativa na escolha das Políticas Públicas – está na impossibilidade de um tema entrar na agenda política sem que existam atores políticos (visíveis

---

<sup>25</sup> BIRKLAND, Thomas. (2005). An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making. M E Sharpe Inc; 2. edition, 2005. p. 110.

<sup>26</sup> SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. Cengage Learning.

<sup>27</sup> MIURA, Irene Kazumi (Org.) *Políticas públicas: conceitos básicos*. Op. cit.

<sup>28</sup> “Following this, we examine the fit of the concept with established theories of policy change. These theories include Lindblom’s (1968) work on incrementalism, Kingdon’s (1984/1995) work on policy streams, March and Olsen’s (1989) work on institutionalism, Baumgartner and Jones’ (1993) work on punctuated equilibrium in policy communities, and Sabatier’s (1988) work on advocacy coalitions. Finally, we note recent uses of policy entrepreneurship as a key explanation of policy change. We discuss how these applications could serve as models for studies of policy change in other areas. We also suggest directions for future research on policy entrepreneurship.” In: MINTROM, Michael; NORMAN, Phillipa. *The Policy Studies Journal*, v. 37, n. 4, 2009.

e invisíveis) que atuem nesse sentido. Ou seja, há uma ausência de participação no processo político por parte desses grupos, fazendo com que seus Direitos Fundamentais sejam ignorados. Afinal, se um tema sequer entra na agenda não tem como se tornar uma Política Pública. Assim, com essa participação limitada “(...) a democracia adquire um elemento aristocrático, e os respectivos grupos alcançam um peso desproporcional”.<sup>29</sup>

O problema dessa ausência de voz ativa no debate político é mencionado por Robert Dahl, em seu livro “Sobre Democracia”, ao afirmar que os interesses das pessoas que não detém voz política não recebem a mesma atenção daqueles interesses que tem uma voz; Por conta disso, ao autor se questiona como serão protegidos os interesses daqueles indivíduos que não tem voz política e como serão protegidos os interesses fundamentais dos grupos que estão excluídos de participar do debate político.<sup>30</sup> Para Dahl, a resposta é clara: “os interesses fundamentais dos adultos, a quem são negadas as oportunidades de participar do governo, não são devidamente protegidos e promovidos pelos que governam”.<sup>31</sup>

Por isso a preocupação com a situação da democracia e esfera pública no Brasil. A consequência lógica desse processo de exclusão do debate político é o demonstrado nas linhas anteriores, pois apesar de haver uma previsão formal de participação (no voto; e no caso brasileiro o referendo e plebiscito, previsto no artigo 14 da Constituição Federal de 1988), essa participação não é exercida materialmente, causando o distanciamento entre as políticas públicas necessárias das Políticas Públicas de fato implementadas.<sup>32</sup> Para Dahl, portanto, torna-se necessário aceitar a plena inclusão, pois “corpo dos cidadãos num estado democraticamente governado deve incluir todas as pessoas sujeitas às leis desse estado, com exceção das que estiverem de passagem e as comprovadamente incapazes de cuidar de si mesmas”.<sup>33</sup>

Por todo o exposto, o problema apresentado pode ser sintetizado da seguinte forma: com uma participação política restrita, as Políticas Públicas acabam sendo, na maioria das vezes, indiferentes às necessidades de muitos brasileiros. O motivo desse distanciamento é que grande parte da população brasileira não tem representatividade e participação política, não apresentando condições de participar do processo político em jogo. A ausência de participação de diversas camadas sociais na política faz com que os problemas dessas camadas não sejam

---

<sup>29</sup> HÖFFE, Otfried. *A democracia no mundo de hoje*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 132.

<sup>30</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 91.

<sup>31</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 92.

<sup>32</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 63.

<sup>33</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001. p. 94.

ouvidos e, conseqüentemente, não ascendam à agenda política, de modo a ultrapassar o primeiro degrau da *Policy Cycle*.

Assim, torna-se necessário criar mecanismos para que as camadas mais vulneráveis possam inserir seus problemas na agenda política, de modo a tornar possível a criação de uma Política Pública futura. Afinal, “o distanciamento de grande maioria dos cidadãos da esfera pública, que resulta na falta de qualidade e equidade na satisfação dos interesses dessas pessoas, acaba por ocasionar graves crises de representatividade e legitimidade no Estado brasileiro”.<sup>34</sup>

Por conta disso, ao identificar o quadro em que o Brasil se encontra, torna-se forçoso “(...) (re) discutir as teorias de controle e da democracia para trabalhar na busca pelo aprimoramento dos procedimentos de controle existentes e até na criação de novos espaços de deliberação”,<sup>35</sup> constatado que a legitimidade de uma política pública e a sua eficácia enquanto instrumento de efetivação das promessas do Estado Social de Direito somente serão alcançadas em um ambiente de democracia participativa.<sup>36</sup>

## A DEMOCRACIA COMO CONDIÇÃO DE POLÍTICA PÚBLICA

Ao aprofundar os estudos sobre Políticas Públicas, percebe-se que a relação entre Política Pública e democracia é estreita, pois aquela exige a máxima participação dos interessados que só é possível em ambientes democráticos.

A intimidade entre Políticas Públicas e Democracia é tão grande que os estudos mais profundos sobre o tema iniciaram-se em países que apresentam uma democracia mais consolidada, pois o pressuposto que regeu a constituição e a consolidação dos estudos sobre Políticas Públicas é o de que: “em democracias estáveis, aquilo que o governo faz ou deixa de fazer é passível de ser (a) formulado cientificamente e (b) analisado por pesquisadores independentes”.<sup>37</sup> Harold Lasswell demonstra a forte imbricação entre Políticas Públicas e democracia ao afirmar que: “el movimiento no apunta meramente hacia las políticas, sino más específicamente hacia las ciencias de políticas de la democracia”.<sup>38</sup>

Justamente por conta dessa relação é que no Brasil os estudos sobre Políticas Públicas ainda são escassos. Isto porque “onde não se tem democracia, é reduzido o espaço para discussão em relação a um instrumento de direcionamento da

---

<sup>34</sup> MÜLLER, Caroline; PASE; SIMONETTI, Eduarda. Op. cit.

<sup>35</sup> MÜLLER, Caroline; PASE; SIMONETTI, Eduarda. Op. cit.

<sup>36</sup> MÜLLER, Caroline; PASE; SIMONETTI, Eduarda. Op. cit.

<sup>37</sup> SOUZA, Celina. Políticas Públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul/dez 2006, p. 20-45.

<sup>38</sup> HAROLD, Laswell. La orientación hacia las políticas. In: AGUILAR VIALLNUEVA, Luís F. *El estudio de las Políticas Públicas*. México: Miguel Angel Porrúa, 2000, p. 83.

ação do poder, como são as Políticas Públicas”.<sup>39</sup> A democracia torna-se, portanto, *conditio sine quo non* das Políticas Públicas, sendo impossível a existências de Políticas Públicas legítimas em ambientes não democráticos. Por conta disso, verifica-se que somente com a promulgação da Constituição de 1988 e a estabilidade institucional e democrática por ela alcançada é que se tornou possível a inclusão das Políticas Públicas na pauta das reflexões brasileiras.<sup>40</sup>

Ao analisar a etimologia de tal palavra, Democracia, como oriunda das terminologias *demos* (povo) e “*kratos*” (poder), Luiz Antônio Nakamura adverte que o significado literal do termo seria no sentido de “el poder del pueblo en las decisiones de gobierno; sin embargo, es importante estudiar en qué consiste y cuáles son sus desafíos, sus reglas, sus valores y sobre todo para qué sirve”.<sup>41</sup> Por outro lado, salienta-se que a ideia de democracia, na forma pela qual é conhecida atualmente, distancia-se do seu sentido original. Hoje, grande parte de sua formação teórica é baseada nos estudos de Joseph Schumpeter e Robert Dahl, ambos baseados na teoria clássica de democracia, fundada na representação como forma de participação popular.<sup>42</sup> Representação esta baseada nos estudos de Thomas Hobbes. Para Hanna Pitkin essa representação tomada como procedimento formal em Hobbes, é evidenciada como a representação por autorização, que proporciona uma espécie de transferência de poder do representado para o representante.<sup>43</sup>

Robert Dahl considera a democracia como necessária, pois permite que se evite a tirania, garanta direitos essenciais, a liberdade dos indivíduos, a autodeterminação, a autonomia moral, o desenvolvimento humano, a proteção dos interesses pessoais essenciais, a igualdade política, além de permitir a busca pela paz e a prosperidade.<sup>44</sup> O mesmo autor cita os critérios necessários para que exista uma democracia que alcance os benefícios apresentados, para Dahl a democracia deve respeitar critérios como: Igualdade de voto; Entendimento esclarecido; Controle do programa de planejamento, bem como a participação efeti-

---

<sup>39</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 33.

<sup>40</sup> VALLE, Vanice Regina Lírio do. Op. cit., p. 34.

<sup>41</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 63-76, maio/ago. 2017.

<sup>42</sup> MACEDO, Nayara. *Democracia ao avesso*: a relação entre representação e a promoção de desigualdades no Estado Democrático de Direito. *Simbiótica*, UFES, volume único, n. 5. dez./2013. p. 57-85.

<sup>43</sup> PITKIN, Hanna. *Representação: palavras, instituição e ideias*. Cambridge, Cambridge University Press, 1989. Traduzido por Wagner Pralon Mancuso e Pablo Ortellado. Sobre a participação popular na democracia brasileira, ver MELLO, J. H.; SCHIER, A. C. R. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. A&C. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*. v. 69, p. 127-147, 2017.

<sup>44</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Op. cit., p. 58.

va e inclusão dos adultos, no sentido de que todos os membros devem ter iguais oportunidades de participação política.<sup>45</sup>

Em resumo, ao identificar a Política Pública como instrumento utilizado pelo Estado para interferir nas relações sociais, percebe-se que o Estado torna-se uma arena de disputa entre as diversas camadas sociais pelo acesso à riqueza social, que invariavelmente resultam em escolha sobre qual interesse atender.<sup>46</sup> A visão do Estado como arena de disputa das diversas camadas sociais pelo acesso à riqueza por meio de Políticas Públicas só tornou-se possível a partir da ideia de Democracia como Poliarquia de Robert Dahl. Ao refutar que as decisões e alternativas se limitam a um grupo dominante, trazendo a ideia de Pluralismo político, Robert Dahl deu o passo inicial no estudo sobre a formação da agenda de Políticas Públicas.<sup>47</sup> Sob uma premissa elitista o processo de tomada de decisão era restrito às elites ocupantes dos postos governamentais, sendo entendido como “escolha e atuação de um único grupo dominante, que conduziria o governo por meio de suas próprias escolhas e vontades”,<sup>48</sup> e não como um processo plural decorrente do jogo político, não ensejando por isso muitas discussões sobre o tema.

Com o advento da ideia pluralista de poder, o poder político passa a ser entendido como um jogo de múltiplos atores e grupos decisivos para o resultado da disputa política.<sup>49</sup> Segundo Patrícia Cunha, numa perspectiva pluralista o Estado está “sobre a influência de grupos de pressões diversos, com graus de poder diferentes, que atuam na concepção de Políticas Públicas determinando o seu conteúdo sem que haja um grupo dominante”.<sup>50</sup> E essa foi a dimensão adotada pela Constituição brasileira de 1988, que de acordo com Paulo Ricardo Schier “expressa um amplo compromisso político-axiológico entre as mais diversas classes e frações de classes participantes do processo constituinte, refletindo, assim, a pluralidade existente na sociedade brasileira.”<sup>51</sup>

Com isso, a tomada de decisão se tornou um ambiente mais complexo e, conseqüentemente, demandando maior atenção, bem como a necessidade de maior abertura para participação de todos no debate político, ou seja, maior Democracia.

---

<sup>45</sup> DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. p. 49.

<sup>46</sup> BREUS, Thiago Lima. Op. cit., p. 179.

<sup>47</sup> BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Op. cit.

<sup>48</sup> BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Op. cit.

<sup>49</sup> BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. Op. cit.

<sup>50</sup> CUNHA, Patrícia Rodrigues Chaves. O debate em torno de políticas públicas: o caso da política nacional de juventude no Brasil. Seminário Nacional de Ciência Política: Democracia em Debate. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre. Set/2008.

<sup>51</sup> SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia. *Revista direitos Fundamentais & Democracia* (UniBrasil), v. 6, p. 251, 2009.

A ideia de poder como poliarquia fertilizou o campo de estudo da democracia e, conseqüentemente, das Políticas Públicas, de modo a identificar o motivo de algumas questões chamarem a atenção do governo e outras, mesmo que de igual importância, serem deixadas de lado; tema este objeto de estudo da *Agenda Settings* e trabalhado por diversos autores de Ciência Política e Sociologia, mas pouco aprofundado no Direito.<sup>52</sup>

Por conta do breve apanhado teórico da democracia como poliarquia e Política Públicas, é possível entender, Políticas Públicas como o “Estado em ação”; é o Estado implantando um projeto de governo, através de programas, de ações voltadas para setores específicos da sociedade.<sup>53</sup> Apesar de se tratar de atuação do Estado na sociedade, sob uma perspectiva pluralista de poder, Política Pública deve ser identificada como “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”.<sup>54</sup>

Todavia, apesar da Política Pública ser vista como um instrumento que necessita de abertura para a participação de todos os interessados, a realidade brasileira afasta-se desse cenário. No Brasil, poucos setores da sociedade têm condições reais de interferir no poder político a ponto de realmente alcançar a pressão necessária para alteração da agenda.<sup>55</sup> Os grupos de pressão são, em países como o Brasil, predominantemente elitistas, tornando a definição da agenda governamental também elitista.

Por conta disso, torna-se necessário questionar até que ponto a elitização da agenda de Política Pública distancia as Políticas Públicas das necessidades da sociedade, bem como o que deve ser feito – já que é possível entender a interferência desses grupos como condição da própria democracia – para pluralizar ao máximo estes grupos, permitindo que os mais diversos segmentos sociais tenham condições de interferir, de fato, na implementação de uma Política Pública.

---

<sup>52</sup> KINGDON, John. *Agenda, alternatives ainda public policies*. 2. ed. Boston: Longman, 2011; SECCHI, Leonardo. *Políticas Públicas: Conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. São Paulo: Cengage Learning, 2010; BAUMGARTNER, Frank R., JONES, Bryan D. *Agenda Dynamics and Policy Subsystems*. *The Journal of Politics*, v. 53, Issue 4 (nov., 1992).; BIRKLAND, Thomas. *An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making*. M E Sharpe Inc; 2 edition. 2005; SABATIER, Paul. An advocacy coalition framework of policy change and the role of policy-oriented learning therein. *Policy Sciences*, v. 21, p. 129-168. 1998.

<sup>53</sup> HOFLING, Eloisa de Mattos. Op. cit., p. 31

<sup>54</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito Administrativo e Políticas Públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 80

<sup>55</sup> ALMEIDA, Aldo Tostes; VILANI, Rodrigo Machado. O papel dos grupos de pressão: uma análise de possíveis relações dos custos eleitorais elevados e rendas petrolíferas municipais. *Rbpd – Revista Brasileira de Planejamento e Desenvolvimento*, v. 2, n. 1, p. 1-12, jan./jun. 2013.

## PARTICIPAÇÃO NO PROCESSO DE ESCOLHA E A TEORIA DEMOCRÁTICA DE JÜRGEN HABERMAS

Pelo problema exposto na parte inicial do trabalho é possível reputar que o Brasil se encontra naquilo que as professoras Caroline Muller e Eduarda Paes chamam de “Democracia não-amadurecida”, eis que a participação da sociedade ainda se encontra altamente limitada. Sendo assim, é necessária uma maior participação política do povo para a evolução de uma democracia não meramente formal e sim substancial.<sup>56</sup>

Por outro lado, apesar da referida autora afirmar que não se pode admitir que o exercício da cidadania se reduza apenas a configurar um eleitorado esporádico,<sup>57</sup> boa parte da doutrina sobre democracia considera que o aspecto democrático encontra-se visível somente no momento do voto, sendo que em um democracia “el Poder se transmite de abajo hacia arriba, de los electores a los gobernantes, dicha transmisión se realiza por medio del voto del electorado a favor de algún candidato”.<sup>58</sup> Dentre esses autores é possível citar Giovanni Sartori que, ao afirmar que a democracia garante o direito de decidir o destino de todo o povo, adverte que essa decisão deve ser expressa nas eleições, “e somente através de eleições”.<sup>59</sup>

Os autores que seguem esse posicionamento sobre a democracia, como Giovanni Sartori e Robert Dahl, restringem a participação do povo a situações esporádicas. A participação existente desses autores é observada somente no momento do voto, sendo, inclusive, a participação excessiva um prejuízo à democracia, pois ocasionaria uma espécie de ditadura da maioria.<sup>60</sup> Observa-se, portanto, que existe nesse discurso um medo de que uma participação ativa da população leve ao totalitarismo: “o povo, deve reagir, ele não age; deve reagir às iniciativas e políticas das elites rivais”.<sup>61</sup>

O presente estudo defende, por outro lado, que a participação do povo não pode ser resumida a sua participação nas eleições, como postula Giovanni Sartori ao afirmar que o processo democrático é de fato sintetizado nesse ato,<sup>62</sup> sob

---

<sup>56</sup> Müller, Caroline; PASE; Simonetti, Eduarda. A amadurecida na efetivação do controle social da administração pública. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, v. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015, p. 299.

<sup>57</sup> Müller, Caroline; PASE; Simonetti, Eduarda. Op. cit., p. 301.

<sup>58</sup> CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 63-76, maio/ago. 2017, p. 65.

<sup>59</sup> SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. São Paulo: Ática, 1994, p. 127.

<sup>60</sup> DAHL, Robert. *Um prefácio à teoria democrática*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1989, p. 131.

<sup>61</sup> PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992, p. 22.

<sup>62</sup> SARTORI, Giovanni. Op. cit., p. 123-124.



pena de recair-se na elitização das políticas públicas apresentada anteriormente, gerada pela limitação de participação de muitos cidadãos do ciclo da política pública.

O problema dessa visão, adotada na realidade brasileira, é que acaba por existir uma participação restrita na formulação de políticas públicas, não se observando que essa pequena participação pode causar o distanciamento entre o escolhido e o necessário, pois, como já demonstrado, poucos têm força para inserirem temas de seus interesses na agenda governamental, de modo a tornar possível a criação de uma política pública. No Estado Democrático de Direito brasileiro, portanto, a teoria democrática deve ser analisada, pensada e constituída a partir das “particularidades sociais, culturais e econômicas, evidenciadoras de profundos défices de inclusão social e participação política.”<sup>63</sup>

Ao identificar tal situação, a participação limitada ao voto torna-se insuficiente. Afinal, verificou-se que as políticas públicas implementadas no Brasil buscam, na maioria das vezes, satisfazerem os interesses de somente algumas parcelas da sociedade brasileira, sendo por isso uma concepção elitista de política pública e da própria democracia. Esse tipo de concepção se baseia na “visão do poder exercido por um pequeno número de interesses, elite, que se organizam e atingem os objetivos traçados”.<sup>64</sup>

Por conta disso, devido à realidade brasileira, deve-se aceitar a diferença e o pluralismo de sujeitos interessados e alcançados pelas políticas públicas que são levadas a cabo pelo Estado, para com isso garantir a diversidade, permitindo que haja concretização de políticas públicas que satisfaçam os direitos fundamentais dos mais diversos segmentos sociais. Para que isso ocorra, o poder público precisa ser visto como espaço onde a participação social seja livre e igualitária e permanente, conciliando a gestão pública com os interesses de toda a sociedade e hábil a corrigir eventual assimetria de participação.<sup>65</sup>

Necessário, portanto, criar meios para amenizar essa tendência centralizadora do processo de decisão, que causa o distanciamento das políticas públicas escolhidas das necessidades dos cidadãos, de modo a permitir que toda a socie-

---

<sup>63</sup> “Pensando-se na realidade brasileira, sabe-se que existem meios institucionalizados de democracia participativa previstos na Constituição Federal de 1988, os quais não são suficientes, pois não se aprofundam as formas de compreensão do fenômeno político e governamental aos destinatários das ações do Estado, que almejem uma sociabilidade maior e mais igualitária nesse processo de tomada de decisões. (in: LEAL, Rogério Gesta. Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 34.)

<sup>64</sup> CUNHA, Patrícia Rodrigues Chaves. O debate em torno de Políticas Públicas: o caso da política nacional de juventude no Brasil. Seminário Nacional de Ciência Política: Democracia em Debate. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre. Set 2008, p. 5.

<sup>65</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit., p. 308.

dade tenha a oportunidade de participar do debate político e tenha os seus direitos fundamentais plenamente garantidos e efetivados.<sup>66</sup>

Assim, nesse sentido, defende-se que a participação e igualdade entre os cidadãos não pode se resumir ao momento do voto, devendo existir em diversos momentos, como meio de dar voz a tudo e a todos. Afinal, por conta dos elementos que permeiam a ideia de democracia e política pública apresentados no presente trabalho, qualquer Estado democrático deve “buscar a efetivação de uma democracia substancial, avançando da forma de governo enquanto democracia formal, ainda que por ora tal esforço pertença ao gênero dos objetivos futuríveis”.<sup>67</sup>

Nessa senda, para que existam políticas públicas que busquem satisfazer as necessidades dos cidadãos brasileiros, é necessário que todos tenham voz ativa no processo da política pública anteriormente demonstrado. É necessária uma participação integral na discussão política, que não esteja limitada ao voto ou participações esporádicas, eis que é possível considerar que a “participação eleitoral não é participação real, nem o local apropriado para a participação”.<sup>68</sup> Não se busca, apenas, uma participação de função protetora como defendia Jeremy Bentham e John Stuart Mill,<sup>69</sup> busca-se que o cidadão seja visto como ator da política, podendo participar do processo de decisão política sobre os temas que lhe afetam.<sup>70</sup> Pois, somente, a participação integral permite que “nenhum homem ou grupo seja senhor do outro, todos são igualmente dependentes e igualmente sujeitos à lei; bem como permite que as decisões coletivas sejam aceitas mais facilmente pelos indivíduos”.<sup>71</sup>

Esse tipo de participação política dos cidadãos, identificado por Müller e Simonetti como solução para o problema de elitização das políticas públicas, é teorizado de maneira densa por Jürgen Habermas ao tratar sobre democracia procedimental participativa. A teoria descreve a política como um processo que envolve formas de argumentação e de negociação, que são intermediadas pelo direito na sua figura procedimental.<sup>72</sup> Em sua obra “Direito e Facticidade”, Habermas discute a relação entre o mundo normativo e o mundo fático, analisando detalhadamente os desdobramentos e especificidades da concepção de democracia e o papel da esfera pública em sua formação. A teoria democrática de Habermas considera a participação dos cidadãos nas deliberações e nas tomadas de decisão

---

<sup>66</sup> BREUS, Thiago Lima. Op. cit., p. 179.

<sup>67</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit., p. 304

<sup>68</sup> SARTORI, Giovani. Op. cit., p. 158.

<sup>69</sup> PATEMAN, Carole. Op. cit., p. 32.

<sup>70</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit., p. 301.

<sup>71</sup> PATEMAN, Carole. Op. cit., p. 39.

<sup>72</sup> HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 45.

o elemento central da compreensão do processo democrático, buscando o aumento dessa participação e o fomento de uma cultura política democrática ampla.<sup>73</sup>

O modelo proposto por Habermas visa um procedimento de normatização, por meio de um caráter procedimental do Direito, que garante formalmente igual participação em processos de formação discursiva da opinião e da vontade, estabelecendo, com isso, um procedimento legítimo de normatização.

Para o autor, tendo como pano de fundo a ideia de ação comunicativa, por meio do procedimento e deliberação, seria possível alcançar processos democráticos mais racionais, inserindo-se aí, as políticas públicas. As escolhas seriam mais racionais, pois dentro de sua concepção principal de discurso como a busca da Verdade, com a substituição da razão prática (Kant) para a razão comunicativa (Habermas), a concepção procedimental de democracia deliberativa permitiria um duplo fluxo entre a relação normas e mundo da vida, capaz de revigorar as instituições e evitar o isolamento de ideias e discursos que fragiliza a concepção de política.<sup>74</sup>

Para Habermas, então, por meio da maior participação e um processo bem definido de deliberação, um sistema democrático é capaz de se revigorar com novas ideias e discursos, evitando-se uma auto-democratização interna do sistema.<sup>75</sup> Em sua teoria, uma democracia deve se preocupar com o procedimento normativo bem definido para fazer escolhas, permitindo que o maior número de pessoas façam parte dele. Ao se abrir a participação do debate político e racionalizar a escolha política por meio do procedimento, a ação comunicativa é hábil a alcançar a melhor escolha política possível. Ou seja, dentro de sua teoria da ação comunicativa, cabe ao Direito definir o procedimento de escolha e permitir que o maior número de pessoas participe do debate que, dialeticamente, irá recair na escolha mais adequada, pois, a esfera “pública que realiza do procedimento pela ação comunicativa, abandonando a ação instrumental, possibilita a construção de uma expectativa de racionalidade dos procedimentos em sede de esfera pública”.<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> “O procedimento da deliberação não é apenas uma etapa de discussão que antecede a tomada de decisão. Mais do que isso, ela tem o objetivo de justificar as decisões a partir de razões que todos poderiam aceitar. Esse é o procedimento deliberativo da razão pública: fornecer um espectro de razões que poderiam ser aceitas por todos os possíveis atingidos, ainda que nem todos compartilhem com o tema ou assunto em questão, ou com a mesma filosofia de vida” LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*. Kriterion, Belo Horizonte, v. 51, n. 121, p. 227-258, Jun 2010, p. 245.

<sup>74</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 368.

<sup>75</sup> LUBENOW, Jorge Adriano. Op. cit., p. 229.

<sup>76</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit., p. 309.

A chave da teoria de Habermas, portanto, está na percepção de que a ideia procedimental da democracia permite a institucionalização, por meio da participação, dos discursos e negociações às quais, com o auxílio da ação comunicativa, fundamenta a suposição de racionalidade para todos os resultados obtidos de acordo com o processo.<sup>77</sup> A participação do maior número de pessoas, portanto, numa perspectiva deliberativa procedimental de Habermas, traria escolhas mais racionais, pois obrigaria “os cidadãos a ter de justificar suas decisões e opiniões apelando, em alguma medida, a interesses comuns, argumentando com proposições assertóricas que todos pudessem discordar”.<sup>78</sup> Todavia, esse processo de “abertura” institucional não condiz com a realidade brasileira apresentada anteriormente, tornando necessário idealizar meios jurídicos para ampliar esse restrito espaço público.

Em resumo, ao identificar como problema o fato de muitos temas importantes para determinados grupos não serem capazes de encontrar espaço de discussão na agenda política, fazendo com que as Políticas Públicas implementadas não tenham em seu bojo esses temas, a teoria de Habermas sobre democracia procedimental deliberativa apresenta-se como melhor solução, pois permite que as Políticas Públicas sejam enxergadas como devem ser desde 1956 (Democracia como poliarquia de Dahl), ou seja, como: “expressão de um processo público, no sentido de abertura à participação de todos os interessados, diretos e indiretos, para a manifestação clara e transparente das posições em jogo”.<sup>79</sup>

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo exposto, ao se verificar o problema delineado no presente artigo, bem como ao identificar que a Política Pública é uma arena disputa pela riqueza, como mencionado por Thiago Breus, o poder público tem o dever de buscar a participação de todos os segmentos da sociedade antes de escolher como irá alocar os escassos recursos, para assim garantir que as Políticas Públicas sejam mais racionais e não atendam aos interesses de pequena parcela da sociedade.

A democracia deliberativa apresentada está ligada aos pressupostos comunicativos da arena política que não deve ter seu acesso limitado somente à formação da vontade institucionalizada pela maioria, sendo necessário corrigir essa assimetria de participação.<sup>80</sup> Assim, uma possível solução para superar desvirtu-

---

<sup>77</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 368.

<sup>78</sup> LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Op. cit., p. 61.

<sup>79</sup> BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

<sup>80</sup> HABERMAS, Jürgen. Op. cit., p. 340-341.

ação das políticas públicas dos ditames constitucionais é pela garantia de uma participação mais ampla dos cidadãos no campo político, dando voz àqueles que não reúnem condições de jogar o jogo da política pública, abandonando as características da “democracia incompleta”, ao garantir maior cidadania por meio da participação.<sup>81</sup>

Para isso, a adoção dos postulados da Democracia Deliberativa de Habermas se apresenta como caminharinho, pois permite que as políticas públicas sejam vistas como um sistema aberto de constante interlocução, de formulação conjunta por meio de uma ação comunicativa que envolva e privilegie o maior número de atores,<sup>82</sup> impedindo que a participação nessa discussão se limite a pequenos grupos, sendo essencial que todos os interessados possam encontrar vez e voz através das estruturas de organização na tomada de decisão.

Ao considerar a política pública como um processo de necessária ação conjunta, em que os atores debatem na construção das prioridades em termos de “uma boa política pública”, as instituições assumem o grande papel de transformar as prioridades públicas em verdadeiras ações concretas voltadas ao benefício da coletividade. Sob esse aspecto, vê-se como primordial a participação na esfera pública do maior número possível de cidadãos,<sup>83</sup> sendo papel do Direito a busca por essa abertura democrática, pois a representação clássica somente através do voto, não é suficiente para fazer frente ao problema, sendo necessário um aspecto mais denso da participação, que determine a discussão de um tema jusfundamental e, por meio da teoria da ação comunicativa, seja possível formular a melhor política pública possível para garantir esse direito.

Em síntese, para que existam Políticas Públicas que respeitem os anseios de todos os segmentos da sociedade brasileira, é necessário que todos esses segmentos detenham condições de inserir o seu tema na agenda política, impedindo uma formulação elitista da Política Pública que responde aos desejos de pequena parcela da sociedade. Para isso, a adoção da Teoria Democrática de Habermas apresenta-se como um interessante mecanismo que poderá auxiliar na superação do alarmante quadro de desigualdade no país, causada pela assimetria na participação da sociedade no ciclo da política pública.

De todo modo, ao buscar a participação efetiva do maior número de pessoas no debate político, tem-se que observar a ressalva de que, “para operacionali-

---

<sup>81</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit.

<sup>82</sup> RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 50.

<sup>83</sup> RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018, p. 50.

zar tal perspectiva, é imprescindível construir uma linguagem comum capaz de ser codificada e compreendida pelo homem comum”,<sup>84</sup> evitando-se assim um discurso indecifrável para maioria das pessoas, que serve somente para limitar o número de participantes hábeis a decifrar tais códigos e, conseqüentemente, limitar o próprio debate político.<sup>85</sup>

Não se “tem a visão romântica de que tudo se resolverá proporcionando esses espaços de participação à comunidade”, conforme advertência de Müller e Pase.<sup>86</sup> O que se busca indicar como essencial para a criação de Políticas Públicas que satisfaçam direitos fundamentais dos mais necessitados é perceber que a escolha e implementação de Políticas Públicas devem ser tratadas como “processo ou conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para a definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito”, e por isto, como “processo de formação do interesse público”.<sup>87</sup> tornando-se essencial que haja uma abertura e qualificação desses espaços de discussão, onde a participação deliberativa ocorra de forma espontânea, livre e igualitária. Isto porque, conforme afirma Cole “onde o individuo é mais livre onde ele coopera com seus iguais na feitura das leis”.<sup>88</sup>

Nesse sentido, ao verificar que os direitos fundamentais sociais de diversos segmentos sociais encontram dificuldades em serem inseridos na agenda governamental de políticas públicas, é possível considerar que o Direito tem competência de intervir para suprir essa incapacidade, de modo a garantir uma maior participação de todos os segmentos sociais no processo da política pública, garantido assim maior efetividade de normas jusfundamentais e que clama por uma “cidadania participativa e engajada no controle da administração, efetivando assim os procedimentos formais de democracia participativa previstos em suas constituições”.<sup>89</sup>

Por tudo que foi exposto, considerando a política pública um ambiente de debate público para atingir os fins estatais, é fundamental que a própria sociedade atue na cooperação da gestão da coisa pública e fiscalização da tomada de decisões públicas, não havendo qualquer razão para que exista limitação na

---

<sup>84</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit. p. 306.

<sup>85</sup> Tal temática foi enfrentada por uma das autoras deste artigo em SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. A participação popular na administração pública: o direito de reclamação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

<sup>86</sup> Müller, Caroline; PASE, Eduarda Simonetti. Op. cit. p. 369

<sup>87</sup> BUCCI, Maria. *Fundamentos para uma teoria jurídica das Políticas Públicas*. Saraiva: São Paulo, 2000.

<sup>88</sup> PATEMAN, Carole. Op. cit. p. 54.

<sup>89</sup> PATEMAN, Carole. Op. cit. p. 54.

participação dos cidadãos por questões institucionais, que acaba por atuar em sentido contrário ao objetivo de qualquer política pública em uma democracia. A proposta apresentada poderá atuar beneficentemente para o desenvolvimento de uma sábia consciência democrática, ao deixar expostos com nitidez os dois tempos de sua evolução: o tempo moderno, da democracia formal, e o tempo pós-moderno, da democracia substancial (Habermas).<sup>90</sup>

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014.
- AUAD, Denise. Os direitos sociais na constituição de Weimar como paradigma do modelo de proteção social da atual constituição federal brasileira. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. v. 103. jan/dez. 2008.
- BIRKLAND, Thomas. (2005). *An introduction to the policy process: theories, concepts, and models of public policy making*. M E Sharpe Inc; 2 edition, 2005.
- BRASIL, Felipe Gonçalves; CAPELLA, Ana Cláudia Niedhardt. O processo de Agenda-Setting para os Estudos das Políticas Públicas. *Revista de Pesquisa em Políticas Públicas*. n. 0, 1º Semestre de 2015.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela Administração Pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. Saraiva: São Paulo, 2000.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Para uma dogmática constitucional emancipatória*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- CORONA NAKAMURA, Luis Antonio. *Las candidaturas independientes en la interpretación jurisdiccional*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 4, n. 2, p. 63-76, maio/ago. 2017.
- CUNHA, Patrícia Rodrigues Chaves. *O debate em torno de Políticas Públicas: o caso da política nacional de juventude no Brasil*. Seminário Nacional de Ciência Política: Democracia em Debate. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Porto Alegre. set./2008.
- DAHL, Robert A. *Sobre a democracia*. Brasília: Universidade de Brasília, 2001.

---

<sup>90</sup> ABBOUD, Georges. *Discricionariedade administrativa e judicial*. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2014, p. 156.

FREY, Klaus. *Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de Políticas Públicas no Brasil*. Planejamento e Políticas públicas. n. 21, jun./2000.

GABARDO, Emerson. *Interesse público e subsidiariedade*. Fórum: Belo Horizonte.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Gtempo Brasileiro. 1997.

HACHEM, Daniel. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Tese (doutorado) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014.

HAROLD, Laswell. La orientación hacia las políticas. In: AGUILAR VIALLNUEVA, Luís F. *El estudio de las políticas públicas*. México: Miguel Angel Porrúa, 2000.

HESSE, Konrad. *Temas fundamentais do direito constitucional*. São Paulo: Saraiva 2009.

HÖFFE, Otfried. A democracia no mundo de hoje. São Paulo: Martins Fontes, 2005. *Cadernos Cedes*, a. XXI, n. 55, nov./2001.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, administração pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

LUBENOW, Jorge Adriano. *Esfera pública e democracia deliberativa em Habermas: modelo teórico e discursos críticos*. *Kriterion* [online]. 2010, v. 51, n. 121, p. 227-258.

MEDEIROS, Alexsandro Melo; NORONHA, Nelson M. Ação comunicativa e ação dialógica: diálogos entre Jürgen Habermas e Paulo Freire no âmbito da esfera pública. *Anais do II Congresso Nacional de Educação (CONEDU)*, Campina Grande. 2015. v. 2. p. 1-12.

Müller, Caroline; PASE; Simonetti, Eduarda. A necessária relação entre democracia e controle social: discutindo os possíveis reflexos de uma democracia “não amadurecida” na efetivação do controle social da administração pública. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 293-311, jan./abr. 2015.

NOHARA, Irene Patrícia; POSTAL JÚNIOR, Jairo. Perspectivas da gestão do saneamento básico no Brasil: prestação indireta e deficiências setoriais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v.9, p. 380-398, jul. 2018. Disponível em: <<https://periodicos.pucpr.br/index.php/direitoeconomico/article/view/21305/22834>>.

PATEMAN, Carole. *Participação e teoria democrática*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PIRES, Luis Manuel Fonseca. Políticas Públicas e o direito fundamental à adequada administração penitenciária. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 3, n. 1, p. 183-202, jan./abr. 2016.

RECK, Janriê Rodrigues; BITENCOURT, Caroline Müller. *Abordagens epistemológicas sobre democracia, políticas públicas e controle social*. Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018,

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARTORI, Giovanni. *A teoria da democracia revisitada*. Ática: São Paulo. 1994.



- SCHIER, Adriana Costa Ricardo. *Regime Jurídico do Serviço Público: garantia fundamental do cidadão e proibição de retrocesso social*. Tese (Doutorado): UFPR. 2009.
- SCHNEIDER, Hans Peter. *Democracia y constitucion*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- SECCHI, Leonardo. *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos*. Cengage Learning.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia da Letras, 2010.
- SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão da literatura. *Sociologias*, Porto Alegre, a. 8, n. 16, jul./dez. 2006.
- SPOSATI, Aldaíza de Oliveira. *Mapa da exclusão/inclusão social na cidade de São Paulo*. São Paulo: EDUC, 1996.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial*. Belo horizonte: Fórum, 2009.

Data de recebimento: 24/01/2019

Data de aprovação: 21/03/2019

# A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA E AS FINALIDADES ESSENCIAIS DOS TEMPLOS RELIGIOSOS NA JURISPRUDÊNCIA DO STF

## TAX IMMUNITY AND THE ESSENTIAL PURPOSES OF RELIGIOUS TEMPLES IN THE STF JURISPRUDENCE

*Elaine Cristina Sotelo Fachini\**  
*Maria de Fátima Ribeiro\*\**

### RESUMO

O presente artigo abordará a imunidade tributária e as finalidades essenciais dos templos de qualquer culto, contemplando seu fundamento. A Constituição Federal de 1988 apresenta a imunidade tributária no artigo 150, inciso VI, alínea *b*, como um benefício fiscal, tendo esse direito se o patrimônio, renda e serviços dos templos forem destinados em consonância com suas finalidades essenciais, conforme o parágrafo 4º do artigo supra. Analisar-se-á como o Supremo Tribunal Federal caracteriza as finalidades essenciais em relação aos templos de qualquer culto, se manteve o pensamento do constituinte originário ou ampliou o entendimento proposto. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, com pesquisa qualitativa em bibliografias e jurisprudências pertinentes à temática, preliminarmente, verifica-se que o destino do patrimônio, renda e serviços dos templos religiosos e sua entidade mantenedora, devem acordar com as finalidades essenciais, vedando o Estado de tributar os cultos de qualquer natureza.

**Palavras-chave:** Imunidades tributárias; Templos religiosos; Constituição Federal.

---

\* Mestranda em Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, pelo Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília – Unimar, concentrada na Linha de Pesquisa sobre Relações Empresariais, Desenvolvimento e Demandas Sociais, bolsista Prosup/Capes. E-mail: lainefachini@gmail.com.

\*\* Pós-doutora em Direito Fiscal/Tributário na Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Tributário pela PUC/SP. Docente Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília – UNIMAR. E-mail: professoramariadefatimaribeiro@gmail.com.

---

**ABSTRACT**

---

This article will deal with the tax immunity and the essential purposes of the temples of any cult, contemplating its foundation. The Federal Constitution of 1988 – CF/88, presents this tax immunity, in article 150, item VI, point b, as a tax benefit, having this right, if the patrimony, income and services of the temples are destined in accordance with its purposes in accordance with paragraph 4 of the above article. It will analyze how the Federal Supreme Court characterizes the essential purposes in relation to the temples of any cult, observes and maintains the thought of the original constituent, or broadens the proposed understanding. The deductive method will be used, with qualitative research in bibliographies and jurisprudence pertinent to the subject. Preliminarily, it is verified that the destiny of the patrimony, income and services of the religious temples and its maintaining entity, must agree with the essential purposes, forbidding the state to tax cults of any kind.

**Keywords:** Tax immunities; Religious temples; Federal Constitution.

**INTRODUÇÃO**

Na atualidade, tem-se a imunidade tributária como um direito garantido, esse entendimento se formou ao longo do tempo ante as Constituições Brasileiras, até aferir o dispositivo como conhecido, na atual Constituição Federal de 1988 – CF/88.

Estabelecer-se-á que a imunidade tributária, compreendida como um conjunto de normas constitucionais relativas a determinadas situações, pessoas ou bens, conforme entendimentos do constituinte originário devem ser preservados e protegidos até mesmo do próprio Estado. Assim, a imunidade tributária é um direito fundamental e por força do § 4º, do artigo 60, inciso IV, veda-se a emenda constitucional de abolir as imunidades inseridas na CF/88.

Neste diapasão, observa-se que as imunidades dos templos religiosos, sendo vedado, por ordem expressa na CF/88 na alínea *b*, do inciso VI, do artigo 150, aos entes federados, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituir impostos sobre templos de qualquer culto. Nessa toada, a normativa constitucional inserida no templo de qualquer culto deve ser entendida amplamente, ou seja, aplicada na dicção mais extensiva possível e não restritivamente, alcançando realmente todas as crenças religiosas.

Porém, pretende-se estudar um ponto, quanto às imunidades tributárias, que consiste em suas finalidades essenciais, pois se o patrimônio, a renda e o serviço dos templos religiosos não cumprirem suas teleologias, as entidades religiosas perdem a imunidade tributária. Eis porque o qual não pode ser interpretado sem observar os fins que pretendem atingir.

Para tanto, o estudo ora proposto, divide-se em quatro itens e seus respectivos subitens. O primeiro de caráter descritivo propõe um breve esboço histórico, pelas Constituições brasileiras a fim de alcançar o surgimento das imunidades tributárias dos templos religiosos.

O segundo pretende esclarecer os templos religiosos, caracterizando o termo templo e sua extensão. O terceiro busca evidenciar as imunidades tributárias, explanando sua natureza jurídica, seu conceito e como é aplicada na doutrina referente aos templos religiosos.

Por fim, pretende-se esclarecer, as finalidades essenciais dos templos religiosos, segundo a visão do Supremo Tribunal Federal – STF, definindo-se que o patrimônio, a renda e os serviços das entidades religiosas devem ser destinados à sua finalidade essencial, conforme disposto pelo Constituinte originário no § 4º do artigo 150 da CF/88 na esteira de uma interpretação ampliada, o STF, adota a concepção do templo-entidade, conforme a teoria moderna, estendendo o entendimento da palavra templo.

## BREVE ESCORÇO HISTÓRICO PELAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Atualmente, tem-se a imunidade tributária como um direito garantido na Constituição Federal, na qual também estão presentes os valores por ela construídos. Nesse contexto, inseridos nos valores da sociedade, encontramos a imunidade tributária para resguardar os templos religiosos.

Sobre a história da imunidade tributária dos templos, Sabbag ressalta:

A título de curiosidade histórica, tem-se que, até a Proclamação da República, o catolicismo era a religião oficial no Brasil. Após esse marco, o Brasil tornou-se um Estado laico, sem religião oficial, deixando de oferecer proteção maior ao catolicismo e passando a ser um “Estado de religiões”. Nesse passo, a imunidade religiosa supõe a intributabilidade das religiões, como um direito e garantia fundamental da pessoa, distanciando os impostos dos templos, independentemente da dimensão da igreja ou do seu número de adeptos.<sup>1</sup>

A imunidade tributária aperfeiçoa-se nas várias Constituições promulgadas no Brasil. Na Constituição do Império de 1824 encontra-se o marco inicial da imunidade tributária, mesmo que de forma indireta, conforme aduz o artigo 179, XXXI e XXXII do referido diploma, “a inviolabilidade dos Direitos Cívicos, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira

---

<sup>1</sup> SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário essencial*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 37.

seguinte. XXXI. A Constituição também garante os socorros publicos. XXXII. A Instrução primaria, e gratuita a todos os Cidadãos”, sem ônus de impostos.

Na sequência, a primeira Constituição Republicana em 1891, traz a instituição de competência privativa aos entes da federação para decretar ou isentar impostos, conforme o artigo 9º, parágrafo (§) 2º: “É da competência exclusiva dos Estados decretar impostos: [...] § 2º É isenta de impostos, no Estado por onde se exportar, a produção dos outros Estados”. Aqui consta a expressão isenção, mas trata-se de imunidade, visto que está retirando do Estado a competência de instituição do tributo em um caso específico da exportação de produtos de outros Estados. Também no seu artigo 72, § 3º, tem-se a vedação da incidência de impostos aos cultos religiosos, citada pela primeira vez em uma Constituição, “[...] Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum”. Nota-se no dispositivo a permissão para a livre reunião dos cidadãos a fim de realizar cultos religiosos de qualquer crença, sendo vedada a incidência de impostos ao local dos cultos.

Já na Constituição Federal de 1934, manteve-se a ideia da Carta Magna de 1891 e inovou incluindo os municípios nas imunidades recíprocas. Conforme insta o artigo 17, inciso II, “é vedada à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”, e o inciso III proíba os entes federados de “ter relação de aliança ou dependência com qualquer culto, ou igreja sem prejuízo da colaboração recíproca em prol do interesse coletivo”

A Constituição de 1937 preservou imunidade tributária disciplinada nas anteriores, manteve as imunidades dos cultos religiosos e autorizou a imunidade de partidos políticos, entidades educacionais e assistenciais, além do papel destinado à impressão de livros, jornais e periódicos. Mantendo também o posicionamento no artigo 32, “b”, de vedação à União, aos Estados e aos Municípios “estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos”

Nesse interim, a Constituição de 1946 evidenciava a imunidade tributária, no tocante ao papel usado à impressão de jornais, periódicos e livros de modo que está imunidade fomentaria a liberdade de imprensa. Verificado no artigo 31: “À União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios é vedado: V – lançar impostos sobre: d) papel destinado exclusivamente à impressão de jornais, periódicos e livros”.

Por conseguinte, a Constituição de 1967 manteve o posicionamento referente à imunidade tributária sobre o papel para a produção de jornais, periódicos e livros, como forma de proteger à liberdade de expressão, que também poderia ser de cunho religioso, com produções para manifestação de qualquer crença. E no inciso II, do artigo 9º, vedava aos entes federados “estabelecer cultos religiosos

ou igrejas; subvencioná-los; embaraçar o exercício; ou manter com eles ou seus representantes, relações de dependência ou aliança, ressalvada a colaboração de interesse público, notadamente nos setores educacional, assistencial e hospitalar”, para atender a coletividade na prestação desses serviços.

Por fim, na atual CF/88 foram consagradas as imunidades tributárias no rol das previsões contidas no artigo 150, inciso VI. No tocante a imunidade dos templos religiosos segue a normatização dos direitos fundamentais, da liberdade de crença e reunião de culto, sem impostos, para o exercício do direito à crença religiosa. Prestigia também no artigo 5º, inciso VI, “[...] a proteção aos locais de culto e suas liturgias”. Dessa forma, entende-se que o legislador original teve a motivação protetiva de resguardar os templos e cultos religiosos sem interpor-se ao garantido no artigo 150, inciso VI, alínea *b*.

Como visto, neste breve relato histórico, a imunidade tributária referente aos templos religiosos veio dos primórdios das constituições, cabe ressaltar, no presente estudo, a visão de templos religiosos.

## OS DENOMINADOS TEMPLOS RELIGIOSOS

A imunidade tributária dos templos religiosos, presente na CF/88 em seu artigo 150, inciso VI, alínea *b*, objetiva a garantia da aplicabilidade do artigo 5º, inciso VI, da mesma, no qual se estabelece a inviolabilidade de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e protegendo os locais de culto e a suas liturgias.

Advindo a proclamação da República, o Estado torna-se laico, passando a dispensar proteção a todas as religiões, então a imunidade “em rigor, não alcança o templo propriamente dito, isto é, o local destinado a cerimônias religiosas, mas, sim, a entidade mantenedora do templo, a igreja”.<sup>2</sup>

Conforme já assinalado, a imunidade contemplada na CF/88, na alínea *b*, inciso VI, do artigo 150, veda a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto. Na palavra de Carraza, “mesmos cultos com poucos adeptos têm direito à imunidade, até porque o benefício em tela é mais necessário às religiões incipientes que àquelas que, tendo grande número de fiéis, bem ou mal, sempre encontrariam meios de sobrevivência, ainda que compelidas a suportar pesada carga tributária”.<sup>3</sup>

Entretanto, no entender de Carraza, nos templos religiosos, os cultos têm que atender os requisitos mínimos de espiritualidade, para ser considerada uma

---

<sup>2</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 279.

<sup>3</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 279.

religião e assim ser abrangido pela imunidade prevista. Para tanto, evidencia-se a caracterização dos templos.

### Caracterização do termo templo e sua extensão

O templo traz a ideia do prédio fisicamente considerado e toda sistemática que engloba o culto. A intenção do legislador constituinte original era garantir a efetividade da norma contida no artigo 5º, inciso VI da CF/88, sobre a liberdade de crença. Porém, se faz necessário, esclarecer o termo templo, se o mesmo abrangeria somente o prédio em que se realiza a cerimônia ou seria a entidade religiosa, ou seja, com todas as atividades inerentes?

Existe na doutrina uma divergência em relação ao termo templo sobre o alcance de sua interpretação, têm-se assim três teorias adotadas. São elas: teoria clássico-restritiva, teoria clássico-liberal e teoria moderna.

Na teoria clássico-restritiva (templo-coisa), a abrangência do templo, seria apenas o local que se destina à celebração do culto e o conjunto de coisas desse local. A doutrina minoritária abarca esta corrente, argumentando que as imunidades devem ser interpretadas literalmente, levando em consideração que o legislador constituinte na CF/88 se referia apenas a templo como local.

Já a teoria clássico-liberal (templo-atividade), o templo vislumbra tudo aquilo que indiretamente ou diretamente possibilitaria a exequibilidade do culto. Ficaria imunes da tributação o local e os anexos. Segue esta corrente os doutrinadores Carraza e Baleeiro.

Assim, conforme esclarece Carraza:

São considerados templos não apenas os edifícios destinados à celebração pública dos ritos religiosos, isto é, os locais onde o culto professa, mas, também, os seus anexos. Consideram-se ‘anexos dos templos’ todos os locais que tornam possíveis, isto é, viabilizam o culto.<sup>4</sup>

E também ressalta Baleeiro:

Não se deve considerar templo apenas a igreja, sinagoga ou edifício principal, onde se celebra a cerimônia pública, mas também a dependência acaso contígua, o convento, os anexos por força de compreensão, inclusive a casa ou residência do pároco ou pastor, desde que não empregados em fins econômicos.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 280.

<sup>5</sup> BALEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p. 311.

Ainda existe a teoria moderna (templo-entidade), na qual o templo é visto como uma entidade, organização ou associação apresentando um sentido jurídico mais amplo, pois teoriza o templo em base de organização religiosa, com isso inclui todas as manifestações que caracterizam o culto. Dentre os doutrinadores, Sabbag e Paulsen, entendem que esta teoria é a mais adequada na evolução do Direito Tributário.

Nesse sentido aduz Sabbag:

Como sinônimo de “entidade”, o templo estará desimpedido de desempenhar atividades conexas, que tenham correspondência fática com o objetivo eclesástico. Aliás, o art. 150, § 4º, *in fine*, da CF indica textualmente a expressão “(...) o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades (...)”, indicando que o legislador constituinte não vê óbices no exercício de atividades conexas pelo templo.<sup>6</sup>

Paulsen explana que “a expressão ‘templos de qualquer culto’ deve ser interpretada de forma ampla, abrangendo todas as formas de expressão da religiosidade, ainda que não corresponda às religiões predominantes no seio da sociedade brasileira”.<sup>7</sup>

A norma exonerativa não alcança somente o templo, ou seja, a edificação propriamente dita, de acordo com a dicção do § 4º, do artigo 150 da CF/88, a imunidade referente aos impostos dos templos de qualquer culto também compreende o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades religiosas.

Contribuindo com esse entendimento, Torre afirma que “a imunidade das religiões sofreu modificação substancial na passagem do Estado patrimonial para o Estado Fiscal”.<sup>8</sup> Assinala ainda que templo de qualquer culto “não significa apenas o prédio onde se pratica o culto, senão que se identifica com a própria religião. A proteção se estende ao exercício do culto em todas as suas manifestações, bem como aos locais em que é praticado”<sup>9</sup>, assim, a imunidade protege o patrimônio das entidades religiosas compreendendo bens móveis e imóveis.

Portanto, depois de explanado termo templo e sua extensão, observa-se que a interpretação a qual se deve aplicar é a mais ampla possível, a fim de que se não

---

<sup>6</sup> SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito Tributário Essencial*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014. p. 37.

<sup>7</sup> PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Esmafe, 2002. p. 203.

<sup>8</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 236.

<sup>9</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 241.



prejudiquem as crenças das minorias, a CF/88 não admite uma postura de intolerância e exige a aceitação social de todas elas, inclusive para fins de imunidade tributária.

## A IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

Para o estudo das imunidades, é preciso saber sobre a sua existência. Por isso, antes de adentrar em imunidades, faz-se necessário analisar o poder de tributar do Estado. O Estado possui o poder fiscal, ou seja, a capacidade de determinar tributos, podendo criar e exigí-los dos que estão sujeitos a sua soberania. A CF/88 confere a União, Estados, Municípios e ao Distrito Federal a chamada competência tributária. Porém, em face ao poder de tributar a própria Constituição estabelece limites ao poder estatal, são as chamadas Limitações ao Poder de Tributar. Amaro infere que:

[...] os limites do poder de tributar definidos pela Constituição não se esgotam nos enunciados nela contidos, uma vez que diversas imunidades tributárias se encontram dispostas fora da seção das 'Limitações do Poder de Tributar'. Requisitos formais ou materiais, limites quantitativos, características específicas deste ou daquele tributo permeiam todo aquele capítulo do Sistema Tributário Nacional, sendo ainda pinçáveis em normas esparsas de outros capítulos da Constituição, como o dos 'Direitos e Garantias Individuais', 'Da Seguridade Social' e da 'Ordem Econômica'.<sup>10</sup>

Segundo ensina Alexandre “as imunidades são limitações constitucionais ao poder de tributar consistentes na delimitação da competência tributária constitucionalmente conferida aos entes políticos”.<sup>11</sup>

Neste sentido discorre Costa:

Imunidade é a exoneração, fixada constitucionalmente, traduzida em norma expressa impeditiva da atribuição de competência tributária ou extraível, necessariamente, de um ou mais princípios constitucionais, que confere direito público subjetivo a certas pessoas, nos termos por ela delimitados, de não se sujeitarem à tributação.<sup>12</sup>

No contexto apresentado é possível vislumbrar que as imunidades exercem o papel de limitador do campo tributário, limitando as competências tributárias conferidas pela Constituição às pessoas políticas.

<sup>10</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 128.

<sup>11</sup> ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011. p. 170.

<sup>12</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 56.

Cabe ressaltar também que a imunidade é instituto distinto da isenção tributária. A imunidade exclui a própria competência tributária, significando que o legislador, tendo a existência de norma constitucional não detém competência para mediante a edição de lei atingir pessoas ou coisas imunes. No caso da isenção tributária, o legislador competente pode instituir o tributo, mas decide que o tributo não incidirá em certas circunstâncias ou relativamente a certas pessoas ou coisas. Sendo a isenção uma liberalidade do ente federativo que tem a legitimidade de assim proceder por meio de lei infraconstitucional, que abrangerá o agente especificado na lei.

Então, Coêlho explica que a imunidade é derivada da Constituição e a isenção de lei infraconstitucional, “o legislador só pode dizer que dado fato ou aspecto factual não é tributável por meio da lei (princípio da legalidade). Se usar a lei constitucional trata-se de imunidade, e se utilizar de lei infraconstitucional, cuida de isenção.”<sup>13</sup>

A imunidade, conforme o atual texto constitucional de 1988, alcança as taxas, artigo 5º, inciso XXXIV, os impostos previstos no artigo 150, inciso VI, e as contribuições para a seguridade social artigo 195, parágrafo (§) 7º. No entanto, o que interessa para o presente estudo são as imunidades aplicadas aos impostos.

### Natureza jurídica e conceito

No Direito Tributário a palavra imunidade significa a dispensa de contribuir junto ao Estado, entendendo ser uma renúncia fiscal, ou melhor, a vedação de cobrança de tributo estabelecida constitucionalmente. A imunidade referente aos impostos é matéria concedida somente pela Constituição Federal. Podendo legislar, somente, o Congresso Nacional por meio de suas duas casas, a Câmara dos Deputados e o Senado Federal. Com isso o legislador infraconstitucional está vedado de legislar sobre a imunidade de impostos. Também, não pode ser compreendida como direito requerido pelas entidades ao governo, mas sim, um mandado constitucional dirigido aos governos, proibindo de tributar pessoas que cumprem os requisitos que a própria Constituição indica.

Para Carvalho:

Imunidade é uma classe finita e imediatamente determinável de normas jurídicas contidas no texto constitucional e que estabelecem, de modo expreso, a incompetência das pessoas políticas de direito constitucional

---

<sup>13</sup> COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p. 138.

interno para expedir regras instituidoras de tributos que alcancem situações específicas e suficientemente caracterizadas.<sup>14</sup>

Ainda conforme Baleeiro:

[...] a imunidade é regra constitucional expressa (ou implicitamente necessária), que estabelece a não competência das pessoas políticas da Federação para tributar certos fatos e situações, de forma amplamente determinada, delimitando negativamente, por meio de redução parcial, a norma de atribuição de poder tributário. A imunidade é, portanto, regra de exceção e de delimitação de competência que atua, não de forma sucessiva no tempo, mas concomitantemente. A redução que opera no âmbito de abrangência da norma sucessiva de poder tributário é tão só lógica, mas não temporal.<sup>15</sup>

Os princípios constitucionais tributários, referentes às regras de imunidades tributárias, são garantias fundamentais do indivíduo/contribuinte e por isso imutável, pois tornam inconstitucionais as leis ordinárias que as desafiam, restringindo as dimensões do campo tributário da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Essas imunidades são outorgadas pela Constituição Federal, que é rígida, assegurando sua estabilidade.

Ao ensinar sobre à rigidez constitucional, Costa argumenta que “no caso da Constituição Brasileira, no que tange às imunidades tributárias, a rigidez constitucional atinge seu grau máximo. Isso porque as normas imunizantes são cláusulas pétreas, autênticas limitações materiais ao exercício do Poder Constituinte Derivado”.<sup>16</sup>

Cabe também explanar que a imunidade tributária pode ser subjetiva ou objetiva. A subjetiva quando o legislador beneficia as pessoas, não podendo fazer com que determinado sujeito venha a ser obrigado a pagar o imposto em razão de atributos relacionados a ele. A imunidade objetiva exclui a possibilidade de surgir a obrigação tributária em razão de atributos da coisa imune.

Prossegue a lição de Amaro:

As imunidades são definidas em função de condições pessoais de quem venha a vincular-se às situações materiais que ensejariam a tributação (por exemplo, a renda, em regra passível de ser tributada, é imune quando auferida por partido político ou por entidade assistencial que preencha certos requisitos). Mas podem, também, as imunidades ser definidas em função do objeto suscetível de ser tributado (por exemplo, o livro é

<sup>14</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 97.

<sup>15</sup> BALEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 114.

<sup>16</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 76.

imune), ou de certas peculiaridades da situação objetiva (por exemplo, um produto que, em regra, poderia ser tributado, mas, por destinar-se à exportação, é imune). Podem, assim, identificar-se imunidades subjetivas (atentas às condições pessoais do sujeito que se vincula às situações materiais que, se aplicada a regra, seriam tributáveis) e imunidades objetivas (para cuja identificação o relevo está no objeto ou situação objetiva, que, em razão de alguma especificidade, escapa à regra de tributabilidade e se enquadra na exceção que é a imunidade.<sup>17</sup>

A Constituição é esclarecedora e permite que sejam ilustradas hipóteses de imunidades subjetivas e imunidades objetivas.

As imunidades tributárias são de eficácia plena e aplicabilidade imediata, independentemente para produzirem seus regulares efeitos, da edição de normas inferiores que lhes explicitem o conteúdo. Sobre isso diz Carraza, “seus comandos endereçam-se tanto ao legislador, como ao juiz e ao administrador público”.<sup>18</sup> Como observa Costa, “isto porque as normas imunizantes receberam da constituinte carga normativa suficiente para a sua aplicação imediata, não demandando intermediação legislativa para tanto”.<sup>19</sup>

Ante ao esclarecido sobre as imunidades, sequencialmente cabe tratar das imunidades dos templos religiosos ou conforme o artigo 150, inciso VI, alínea b, da CF/88 dos templos de qualquer culto.

### A imunidade dos templos na doutrina

Como já citada, a Constituição de 1946 instituiu no Direito brasileiro a imunidade dos templos de qualquer culto, a doutrina procurou desde então esclarecer este instituto. Baleeiro, examinando o texto constitucional supra, para significar o que deve ser atribuído ao templo, perante a finalidade da imunidade tributária esclarece:

O “templo de qualquer culto” não é apenas a materialidade do edifício, que estaria sujeito tão-só ao imposto predial do Município, se não existisse a franquia inserta na Lei Máxima. Um edifício só é templo se o completam as instalações ou pertencas adequadas àquele fim, ou se o utilizam efetivamente no culto ou prática religiosa.<sup>20</sup>

Nessa toada Machado, afirma que:

<sup>17</sup> AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

<sup>18</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Imunidades tributárias dos templos e instituições religiosas*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 15.

<sup>19</sup> COSTA, op. cit., p. 103.

<sup>20</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 91.

Templo não significa apenas a edificação, mas tudo quanto seja ligado ao exercício da atividade religiosa. Não pode haver imposto sobre missas, batizados ou qualquer outro ato religioso. Nem sobre qualquer bem que esteja a serviço do culto. Mas pode incidir imposto sobre bens pertencentes à Igreja, desde que não sejam instrumentos desta. Prédios alugados, por exemplo, assim como os respectivos rendimentos, podem ser tributados. Não a casa paroquial, ou o convento, ou qualquer outro edifício utilizado para atividades religiosas, ou para residência dos religiosos.<sup>21</sup>

Ainda sobre as imunidades dos templos de qualquer culto, Carvalho, referente as dúvidas sobre a amplitude do termo culto, sugere uma interpretação que seria abrangente de “todas as formas racionalmente possíveis de manifestação organizada de religiosidade, por mais estrambóticas, extravagantes ou exóticas que sejam”. E arremata que devem ser considerados templos “as edificações onde se realizarem esses rituais”.<sup>22</sup>

Vemos então que, para a doutrina, a imunidade dos templos, é fundamentada na liberdade religiosa, pois a *ratioessendi* do artigo, 150, inciso VI, alínea b, da CF/88 é o direito fundamental à liberdade religiosa, na palavra Torres “o fundamento jurídico da imunidade dos templos é a liberdade religiosa, um dos pilares do liberalismo e do Estado de Direito. O cidadão pode praticar a religião que quiser, ou não praticar nenhuma, sem que esteja sujeito ao pagamento de qualquer tributo”.<sup>23</sup>

No Brasil, por força da CF/88, existe a obrigação de respeitar as convicções religiosas, sejam elas quais forem mantendo a neutralidade sobre o assunto e tratando com isonomia as múltiplas religiões existentes. Entendendo que a imunidade tributária dos templos tem como base o princípio da liberdade de pensamento, da liberdade de culto e a igualdade entre as crenças religiosas, que são garantias fundamentais do Estado brasileiro segundo o artigo 5º, inciso VI.

Nesse diapasão, Carraza, entende que a Constituição “estende a imunidade tributária aos cultos religiosos, sem olhar para a Igreja que os promove, pelo que fica vedada qualquer atividade legislativa capaz de submetê-la ao pagamento de tributos não vinculados”.<sup>24</sup> Acresce, ainda o autor que “o fundamento da imunidade dos templos de qualquer culto não é a ausência de capacidade contributiva (aptidão econômica para contribuir com os gastos da coletividade), mas a

<sup>21</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 249.

<sup>22</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 184.

<sup>23</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p. 211.

<sup>24</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 787.

proteção da liberdade dos indivíduos, que restaria tolhida caso as Igrejas tivessem que suportar os impostos[...]”.<sup>25</sup>

Observa-se que dessa forma, o culto está ligado à confissão religiosa e por isso, a imunidade tributária referente aos templos, deve estar relacionada com os imóveis necessários ao exercício de suas finalidades, estendidos não somente aos imóveis ligados à realização das cerimônias e liturgias, mas também aos imóveis relacionados as atividades, como os seminários, conventos e a residência do ministro religioso.

As imunidades dos templos religiosos tratam de garantia à liberdade de crença e culto religioso previsto no texto constitucional, cuja finalidade é impedir a criação de obstáculos econômicos, por meio de impostos, à prática de cultos religiosos.

### A subjetividade da imunidade dos templos religiosos

Conforme o aferido até o momento, as imunidades tributárias dos templos, por meio das disposições constitucionais já citadas, exalam que o critério adotado para essa vedação impositiva tributária recai no sujeito titular da renda, do patrimônio e dos serviços. Nesse sentido, leciona Barreto:

Dizer que o templo é imune, contundo, não pode implicar o entendimento de que é o templo (enquanto coisa) o alvo da imunidade, porquanto é sabido que só pessoas podem integrar relações jurídico-tributárias. Assim, devem entender-se que o “templo é imune” como: “é vedado exigir imposto de instituições mantenedoras de templos”.<sup>26</sup>

Sendo então, a imunidade qualificada como subjetiva, pois trata de desoneração da entidade religiosa. Por isso, visando determinados valores, neste contexto afirma Del Padre Tomé “que imunidade que objetivem a proteção de direitos fundamentais não podem ser abolidas ou restringidas, nem mesmo por emendas constitucionais, sob pena de afronta ao artigo 60, § 4º, IV, da Carta Magna”.<sup>27</sup> E, concernente à imunidade dos templos de qualquer culto, sua existência visa a assegurar a livre manifestação da religiosidade das pessoas, garantida pelo inciso IV, do artigo 5º da CF/88.

Então, as imunidades tributárias dos templos, estão restritas as finalidades essenciais, que são aquelas inerentes à própria natureza da entidade. Nessa toada Costa pondera que:

---

<sup>25</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 788.

<sup>26</sup> BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001. p. 61.

<sup>27</sup> DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 79.

A exoneração constitucional sob exame afasta a exigência do Imposto Predial e Territorial Urbano relativo ao imóvel onde o culto é realizado; o Imposto de Renda sobre as esmolas, doações e rendimentos decorrentes de aplicações financeiras; o Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis na aquisição desses bens; o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores referente aos veículos automotores usados na catequese ou nos serviços de culto; e o imposto de Importação sobre bens destinados ao serviço religioso.<sup>28</sup>

As imunidades tributárias dos templos, por se tratar de imunidade tributária subjetiva, veda a oneração por meio de impostos que venha a recair sobre seus bens e rendas. Sendo assim, a razão da imunidade tributária dos templos, consiste, na guarda plena da liberdade religiosa, da liberdade de credo, esse deve ser o valor considerado quando da interpretação das disposições constitucionais sobre as imunidades tributárias. Portanto, a norma imunizante, impede que a instituição e a cobrança de imposto diminuam o patrimônio ou os recursos voltados à implementação dos objetivos das entidades religiosas. E essa imunidade tributária, se projeta a partir da proteção aos locais de culto e a suas liturgias, para salvaguarda qualquer embarco ao seu funcionamento. Como completa-se a seguir.

#### **AS FINALIDADES ESSENCIAIS DOS TEMPLOS RELIGIOSOS E A VISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF**

Assinalou-se até o momento que a imunidade dos templos religiosos foi contemplada em norma prevista na CF/88 em dois dispositivos, presentes no mesmo artigo, no primeiro temos a alínea *b*, do inciso VI, no artigo 150 vedando a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto, o segundo fixado no parágrafo § 4º, do artigo supracitado que proclama as vedações expressas no inciso VI, alíneas *b* e *c*, compreendem, o patrimônio, a renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas. Costa diz que as finalidades essenciais “são os objetivos inerentes à própria natureza da entidade, os propósitos que conduziram à sua instituição”.<sup>29</sup>

Outorgada pelo Constituinte originário, a norma supra, objetiva evitar a submissão econômica da entidade religiosa ao Estado, protegendo contra a tributação, abrangendo todo o patrimônio, toda renda e todos os serviços das entidades religiosas. Porém, para concessão da imunidade tributária, os benefícios

---

<sup>28</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias* – teoria e análise da jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 173.

<sup>29</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias* – teoria e análise da Jurisprudência do STF. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 155.

oriundos precisam estar ligados com as finalidades essenciais da entidade imune, com os propósitos da natureza para qual foi instituída.

Porém, se uma determinada religião vender mercadorias e aplicar a renda em prol de suas atividades essenciais, ficaria imune a tributação do Imposto sobre a Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS). Assim, o artigo 150, § 4º, da CF/88 deve ser lido em conjunto com a alínea *b*, em uma interpretação sistemática, pois dispõe que haverá desoneração sobre o patrimônio, renda e os serviços relacionados com as finalidades essenciais das entidades, ou seja, ser um templo religioso.

Corroborando com a ideia de que o legislador Constituinte Originário tendeu a prestigiar a Teoria Moderna, já analisada anteriormente neste artigo, na esteira de uma interpretação ampliativa, sinalizada dogmaticamente pelo Supremo Tribunal Federal, e isso, por tratar-se da adoção da concepção do templo-entidade.

A aplicação extensiva prevalecente na doutrina brasileira privilegiando a desconsideração da origem do patrimônio, renda e serviço, prestigiando a atuação das entidades em ações correlatas com as atividades essenciais, sendo revertida, para as pessoas jurídicas os recursos hauridos nas citadas atividades e que não se provoque prejuízo à livre concorrência. Percebe-se que os frutos das imunidades, concedidas às entidades religiosas, forem empregados nas finalidades essenciais, estarão imunes a tributação.

Nesse sentido, Paulsen traz que:

A alínea *b* não exige regulamentação. Mas o § 4º do art. 150 impõe vinculação à finalidade essencial que, no caso, é a manifestação da religiosidade. O STF entende que os imóveis utilizados como residência ou escritório de padres e pastores estão abrangidos pela imunidade. Também os cemitérios pertencentes às entidades religiosas estão abrangidos pela imunidade. As quermesses e almoços realizados nas igrejas, bem como a comercialização de produtos religiosos também não desbordam das finalidades essenciais, estando abrangidas pela imunidade.<sup>30</sup>

Continuando com o entendimento supra que as atividades essenciais são a garantia para a imunidade tributária e que o Constituinte originário a estabeleceu como objetivos inerentes à própria natureza da entidade, visando sempre a continuidade da instituição. Sendo, a CF/88 o único documento normativo autorizado, para tratar de imunidade tributária, então, não há impedimento que as entidades religiosas desenvolvam atividades econômicas, por meio de aluguel de bens, mediante prestação de serviços, ou ainda, comercializando mercadorias.

---

<sup>30</sup> PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 70.



Sobre a atividade comercial, Carraza, explana, “as rendas somente estarão cobertas pela imunidade tributária em foco, se relacionadas com as finalidades essenciais do templo de qualquer culto”.<sup>31</sup>

Nesse interim, pode-se observar que o § 4º, do artigo 150, da CF/88 quando trata das finalidades essenciais dos templos, não leva em conta, o modo pelo qual os recursos são arrecadados pelas entidades religiosas, mas para onde devem ir. Devendo a entidade religiosa, comprovar que os recursos foram aplicados para sua manutenção. Ainda que forem rendas atípicas à instituição religiosa, mas aplicadas às finalidades essenciais, serão alcançadas pelo instituto da imunidade tributária.

Assim, estando a entidade religiosa cumprindo o que a Constituição exige, para lhe conferir a imunidade tributária, ou seja, com todas as rendas aplicadas as finalidades essenciais, continuam sob o manto do artigo 150, inciso VI, alínea b, da CF/88. Corroborando com este entendimento, Costa esclarece:

Se os recursos obtidos com tais atividades são vertidos ao implemento das finalidades essenciais do templo parece difícil sustentar o não reconhecimento da exoneração tributária, já que existe relação entre a renda obtida e seus objetivos institucionais, como quer a norma contida no § 4º do art. 150.<sup>32</sup>

Como explanado, se entidade religiosa não desviar o patrimônio, a renda e os serviços para outro objetivo, mas usá-los para atividades essenciais, não perderá a suspensão da imunidade tributária, pois estas estão ligadas, ou ainda, para que a entidade religiosa possa ter o instituto da imunidade tributária, imperativo observar o critério, do Constituinte originário de vinculação às finalidades essenciais. Tendo como limite o traçado pelo § 4º, do artigo 150, da CF/88, da exoneração se a entidade religiosa distribuir seus bens ou rendimentos, aos dirigentes ou a terceiros que desempenhem atividades laicas. Caso isso ocorra, caberá ao Poder Público o ônus da prova da desvirtuação.

Na visão do STF:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. IPTU. IMUNIDADE. ENTIDADE RELIGIOSA. IMÓVEIS TEMPORARIAMENTE DESOCUPADOS. IRRELEVÂNCIA. UTILIZAÇÃO NAS FINALIDADES ESSENCIAIS DA ENTIDADE. ÔNUS DA PROVA. 1. A condição de um imóvel estar temporariamente vago ou sem edificação não é suficiente, por si só, para

<sup>31</sup> CARRAZZA, Roque Antônio. *Imunidades tributárias dos templos e instituições religiosas*. São Paulo: Noeses, 2015. p. 44.

<sup>32</sup> COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias – teoria e análise da Jurisprudência do STF*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p. 225.

destituir a garantia constitucional da imunidade. Precedentes. 2. A presunção de que o imóvel ou as rendas da entidade religiosa estão afetados a suas finalidades institucionais milita em favor da entidade. Cabe ao fisco o ônus de elidir a presunção, mediante prova em contrário. 3. Agravo regimental não provido, com imposição de multa de 2% (art. 1.021, § 4º, do CPC). Majoração da verba honorária em valor equivalente a 10% (dez por cento) do total daquela já fixada (art. 85, §§ 2º, 3º e 11, do CPC), observada a eventual concessão do benefício de gratuidade da justiça. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual de 11 a 18/8/2017, na conformidade da ata do julgamento, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, com imposição de multa de 2% (dois por cento) (art. 1.021, § 4º, do CPC), nos termos do voto do Relator. Brasília, 21 de agosto de 2017. MINISTRO DIAS TOFFOLI Relator.<sup>33</sup>

#### Segundo Del Padre Tomé:

Pretensões de afastamento da disposição imunizante, com consequente cobrança de impostos, exige que a autoridade administrativa identifique, por meio da linguagem das provas, a ocorrência de situação diversa daquela tida por imune. Cabe-lhe o dever de demonstrar que o patrimônio ou a renda da entidade religiosa tenham sido destinados a fins diversos de suas atividades essenciais. Sem motivação dessa natureza, descabida é a imposição tributária.<sup>34</sup>

Nesse mesmo sentido, destaca-se que as atividades essenciais não podem extrapolar o texto constitucional da imunidade tributária, para obter lucro, haja vista, que esse não é o objetivo das entidades religiosas e tampouco concorrer livremente no mercado comercial, com empresas do mesmo segmento, como leciona Machado:

A ser assim, as entidades religiosas poderiam também, ao abrigo da imunidade, desenvolver atividades industriais e comerciais quaisquer, a pretexto de angariar meios financeiros para a manutenção do culto, e ao abrigo da imunidade estariam praticando verdadeira concorrência desleal, em detrimento da livre iniciativa e, assim, impondo maus tratos ao artigo 170, inciso IV, da Constituição.<sup>35</sup>

Conforme explanado, então, será irrelevante a natureza da fonte dos recursos da entidade religiosa se alugueis, prestação onerosa de serviços, aplicações

<sup>33</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.037.290/DF*.

<sup>34</sup> DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011. p. 138.

<sup>35</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 304.

financeiras, entre outras, sendo lícita e não conspirando contra o princípio da livre concorrência, torna-se suficiente, para a exoneração constitucional, existindo comprovada relação entre as receitas auferidas e as finalidades essenciais dos templos.

Entende-se que enquanto o patrimônio, a renda e os serviços das entidades religiosas, forem destinados a finalidade essencial, não há perda da imunidade, que o Constituinte Originário, deixa claro no § 4º do artigo 150 da CF/88. Carrazza tem o seguinte entendimento do assunto:

O § 4º do art. 150 da CF, ao aludir às “finalidades essenciais”, não está a cuidar, ao contrário do que uma primeira leitura revela, do modo pelo qual os recursos são carreados para a Igreja, mas, sim, do lugar para onde devem ir. Desde que comprovadamente se destinem à manutenção do culto e das atividades da Igreja, implementa-se o desígnio constitucional em pauta. Noutras palavras, se as rendas obtidas, ainda que de forma atípica pela instituição religiosa tiverem aplicação consentânea com as finalidades essenciais do culto, o reconhecimento da imunidade tributária é de rigor.<sup>36</sup>

Assim, o STF consolidou o entendimento de que não cabe à entidade religiosa demonstrar que utiliza o bem de acordo com suas finalidades institucionais. Ao contrário, compete à administração tributária demonstrar a eventual trestinação. Pela decisão tomada, vê-se clara distinção entre a entidade religiosa e o bem utilizado como finalidade essencial, como segue:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. IPVA. IMUNIDADE. TEMPLOS DE QUALQUER CULTO. UTILIZAÇÃO DO BEM EM CONFORMIDADE COM SUAS FINALIDADES INSTITUCIONAIS. NECESSIDADE DE QUE O ESTADO DEMONSTRE EVENTUAL TRESTINAÇÃO DO BEM. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Como o Tribunal de origem entendeu estar comprovado nos autos que os veículos da agravada estão relacionados com suas finalidades essenciais, a imunidade tributária prevista no art. 150, VI, b, da Constituição deve prevalecer até que o Estado demonstre a eventual trestinação dos bens. II – Agravo regimental a que se nega provimento. ACÓRDÃO – Acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão virtual da Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Brasília, 23 de agosto de 2019. RICARDO LEWANDOWSKI – RELATOR.<sup>37</sup>

<sup>36</sup> CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017. p. 901.

<sup>37</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.096.439/PR*.

E ainda, para completar a ideia debatida:

EMENTA: AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ITCMD. IMUNIDADE. PRESUNÇÃO DE DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO, DA RENDA E DOS SERVIÇOS ÀS FINALIDADES ESSENCIAIS DAS ENTIDADES IMUNES. CABE AO FISCO PROVAR EVENTUAL DESVIO DE FINALIDADE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE EM SEDE EXTRAORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO STF. REITERADA REJEIÇÃO DOS ARGUMENTOS EXPENDIDOS PELA PARTE AGRAVANTE. MANIFESTO INTUITO PROTRELATÓRIO. APLICAÇÃO DA MULTA PREVISTA NO ARTIGO 1.021, § 4º, DO CPC/2015. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO. A C Ó R D Ã O – Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Marco Aurélio, por unanimidade, em negar provimento ao agravo e aplicar a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, nos termos do voto do Relator. Brasília, 31 de outubro de 2017. Ministro LUIZ FUX – RELATOR.<sup>38</sup>

Assim, as jurisprudências dos Tribunais, percebem a imunidade prevista na Constituição de 1988, como a que veda a instituição de impostos sobre os templos de qualquer culto e deve ser interpretada de forma extensiva para abranger o patrimônio, renda e serviços relacionados a instituição religiosa.

Portanto, estando a entidade religiosa, auferindo recursos por meio de atividade temporária, como cobrar pelo estacionamento de veículos em suas dependências, porém, os aplica para seus fins essenciais, não existe fundamento jurídico para afastar a imunidade tributária conferida pela CF/88 em seu artigo 150, inciso VI, alínea *b*. Enfim, a norma constitucional em tela proíbe a apropriação dos recebimentos da entidade religiosa para serem utilizados em finalidades distintas que não as essenciais dos templos.

## CONCLUSÕES

Ante as análises acima expostas, conclui-se que a imunidade tributária é um instituto previsto constitucionalmente e visa a exoneração de impostos, sendo a ideia desenvolvida ao longo nas Constituições mencionadas, até alcançar a imunidade, como conhecida, concedida as entidades definidas no artigo 150, inciso VI, da CF/88, a qual já perdura 30 anos.

Verificou-se que a delimitação das imunidades tributárias dos templos, estão fundadas nas noções do termo templo, devendo ser mais extensiva na

---

<sup>38</sup> BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.059.196/RS*.

aplicação da vedação tributária. Já ao tratar da extensão do conceito de templos de qualquer culto, representando um direito fundamental à liberdade de consciência e de crença, pois a imunidade tributária deve ser interpretada de forma ampla, compreende-se que a imunidade não deva proteger apenas o templo propriamente dito, como também a entidade mantenedora e tudo quanto esteja vinculado aos cultos.

Deve-se observar o destino do patrimônio, renda e serviços dessas entidades religiosas, se estão acordadas com as finalidades essenciais, que veda o Estado de tributar os cultos de qualquer natureza. Portanto, a imunidade tributária do artigo 150, inciso VI, alínea *b*, da CF/88, reafirma o princípio da liberdade e prática religiosa, firmadas no artigo 5º, inciso IV, da constituição supra. E o Estado não deve criar nenhuma dificuldade sobre esse direito constitucional de todo cidadão.

Com isso, também se evidenciou que os serviços e produtos religiosos estão imunes dos tributos, enquanto destinados a manutenção e expansão dos templos religiosos, desde que observado a finalidade essencial dos mesmos. Aplicando o alcance das imunidades tributárias dos cultos de qualquer templo religioso, corroborada pelas jurisprudências do Supremo Tribunal Federal, que se utiliza da teoria moderna de templo-entidade, que desimpede a entidade de desempenhar funções conexas a sua finalidade essencial, cabendo o ônus da prova a administração tributária em caso de tredestinação.

Por fim, conclui-se que desde a primeira Constituição brasileira, houve mudanças no entendimento das imunidades tributárias dos templos religiosos, inclusive em relação a Constituição de 1988, muito do entendimento do Constituinte originário se amplificou, para alcançar os templos religiosos no contexto atual.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BALEEIRO, Aliomar. *Limitações constitucionais ao poder de tributar*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.html](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html)>. Acesso em: 20 jan. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.037.290/DF*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13523959>>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.096.439/PR*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750694152>>. Acesso em: 10 out. 2019.

- BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 1.059.196/RS*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14042510>>. Acesso em: 02 fev. 2019.
- BARRETO, Paulo Ayres. *Imunidades tributárias: limitações constitucionais ao poder de tributar*. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2001.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de direito constitucional tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Imunidades tributárias dos templos e instituições religiosas*. São Paulo: Noeses, 2015.
- CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias*. São Paulo: Malheiros, 2006.
- COSTA, Regina Helena. *Imunidades tributárias – teoria e análise da Jurisprudência do STF*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- DEL PADRE TOMÉ, Fabiana. *A prova no direito tributário*. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2011.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- PAULSEN, Leandro. *Direito tributário: Constituição, Código Tributário e Lei de Execução Fiscal à Luz da Doutrina e da Jurisprudência*. Porto Alegre: Esmafe, 2002.
- PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário completo*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- SABBAG, Eduardo de Moraes. *Direito tributário essencial*. 14. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Método, 2014.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

Data de recebimento: 13/03/2019

Data de aprovação: 23/04/2019

A METAFÍSICA DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL  
NA FILOSOFIA DO DIREITO:  
A PHÝSIS, O THEÓS E O ÁNTHROPOS  
COMO SUBJECTUM

THE METAPHYSICS OF CIVIL DISOBEDIENCE  
IN THE PHILOSOPHY OF LAW:  
THE PHÝSIS, THEÓS AND THE ÁNTHROPOS  
AS SUBJECTUM

Márcio Luiz da Silva\*

RESUMO

O objetivo deste artigo reside na discussão dos fundamentos da desobediência civil, circunscrito pelo pensamento de Sófocles, Tomás de Aquino, Immanuel Kant e John Rawls. A *phýsis*, o *theós* e o *ánthros* como *subjectum*, respectivamente na antiguidade, idade média, modernidade e pós-modernidade, justificam, necessariamente, a emergência do jusnaturalismo, direito eclesiástico, juspositivismo e jusrealismo no palco das discussões sobre transgressão legal. Na antiguidade há uma precedência da lei da *phýsis* sobre a *nómos*, e a desobediência civil passa a encontrar justificação no *kósmos*. No medievo, a emergência do *theós* desloca a fundamentação da insubordinação legal para o ser divino. Durante a modernidade, a tautologia entre *subjectum* e subjetividade pensante direciona a justificação da desobediência para outro *locus*, a razão (*logos*). Na pós-modernidade, os fundamentos da desobediência passam a depender dos fatores que compõem e determinam a condição humana, dado que não há mais espaço para problematizações sobre a essência do ser.

**Palavras-chave:** Antígona; *Lex naturalis*; *Lex aeterna*; *Aufklärung*; Justiça.

---

\* Docente do Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Sul de Minas Gerais – IFSULDEMINAS. Doutor em Geologia (UNICAMP), Mestre em Ciência Florestal (UFVJM), Bacharel em Geografia (UFMG) e Filosofia (UNISUL). Licenciado em Geografia (UNIMONTES), Especialista em Filosofia e Teoria do Direito (PUC-MG). Bacharelado em Direito (FDSM). Atua como professor nos Cursos de Gestão Ambiental, Engenharia Ambiental, Ciências Biológicas e Engenharia de Agrimensura e Cartográfica, no *Campus* Inconfidentes, lecionando as disciplinas de Planejamento Urbano, Geoprocessamento, Geologia, Pedologia e Ciência do Ambiente. E-mail: marcio.silva@ifsuldeminas.edu.br.

---

**ABSTRACT**

---

The purpose of this paper lies in the discussion of the fundamentals of civil disobedience, circumscribed by the thinking of Sophocles, Thomas Aquinas, Immanuel Kant and John Rawls. The *phýsis*, *theós* and the *ánthropos* as *subjectum*, respectively in antiquity, middle age, modernity and postmodernity, justify, necessarily, the emergence of jusnaturalism, ecclesiastical law, juspositivism and jusrealism in the stage of the discussions about legal transgression. In antiquity there is a precedence of the law of the *phýsis* over the *nómos*, and civil disobedience comes to find justification in the *kósmos*. In the middle ages, the emergence of *theós* displaces the substantiation of legal insubordination to the divine being. During modernity, the tautology between *subjectum* and thinking subjectivity directs the justification of disobedience to another *locus*, the reason (*logos*). In postmodernity, the fundamentals of disobedience depend on the factors that compose and determine the human condition, since there is no more room for problematizations about the essence of being.

**Keywords:** Antigone; *Lex naturalis*; *Lex aeterna*; *Aufklärung*; Justice.

**INTRODUÇÃO**

A questão aporética envolvendo a dualidade entre obediência e desobediência civil constitui uma constante, no campo do direito, que transcende os limites da relação espaço-tempo. Esse antagonismo tem gerado, no decorrer da evolução social e histórica, inúmeros conflitos envolvendo o direito natural, o positivo e o realismo jurídico, no âmbito, sobretudo, da sociedade ocidental. Nessa divergência, enquanto o dever de cumprir a lei (modal deôntico) constitui objetivo do direito, o porquê cumprir, ante o conflito gerado, se circunscreve no campo da filosofia. Destarte, a questão envolvendo o binômio obediência-desobediência integra uma complexa problemática que permeia, maiormente, a filosofia jurídica.

Em última instância, a resolução de confrontos e conflitos sociais envolvendo a questão de desobediência civil transcende as lindes do direito, pois perpassa, necessariamente, por indagações que permeiam tanto os limites quanto os fundamentos da insubordinação legal. Dessa forma, dado o exposto, é preciso se perguntar se, de fato, é possível a desobediência civil. E, em caso afirmativo, deve-se indagar, também, sobre quais são os limites e as justificativas que fundamentam tal violação.

Assim, face à problemática, é preciso interrogar qual o fundamento primeiro e último da desobediência, ou seja, qual o *subjectum* que respalda a transgressão legal. E essas interpelações implicam, necessariamente, encontrar o *locus* da metafísica que esteia a subversão legal.

Nessa perspectiva, a delimitação do tema do presente artigo visa à discussão da validade da desobediência civil à luz do pensamento sofocleano, tomista,



kantiano e rawlsiano, circunscrito na história da filosofia do direito, da antiguidade à pos-modernidade. Embora haja uma grande amplitude temporal (antiguidade, período medieval, modernidade e pós-modernidade) e espacial (perspectiva grega, italiana, alemã e americana), as obras de Sófocles (2010, 2014), Aquino (1996, 2000, 2003), Kant (2003, 2005, 2011) e Rawls (1997, 2000, 2003) possibilitam uma analogia da evolução das discussões sobre os fundamentos da desobediência civil, numa perspectiva espaço-temporal.

Assim, o objetivo da presente pesquisa consiste, então, em discutir, ao longo da história da filosofia ocidental, quais foram os motivos que fundamentaram a desobediência civil face ao direito, circunscrito pelo pensamento de Sófocles, Tomás de Aquino, Immanuel Kant e John Rawls.

Espera-se, de forma, delinear um panorama geral de funcionamento e legitimação do instituto da resistência legal no aspecto histórico e jusfilosófico da sociedade ocidental.

As questões cosmológicas na antiguidade (representada pela *phýsis* e a busca pelo princípio constitutivo de todas as coisas, o seja, a *arkhé*), a emergência do *theós*, na idade média, e do *ánthropos*, na modernidade, como *subjectum*, constituem elementos indispensáveis na analítica dos limites e fundamentação que integram a desobediência civil na sociedade ocidental. A *phýsis*, o *theós* e o *ánthropos* como fundamentos da realidade (*subjectum*), respectivamente na antiguidade, idade média, modernidade e pós-modernidade, justificam, necessariamente, a emergência do jusnaturalismo, do direito eclesiástico, juspositivismo e jusrealismo no palco das discussões sobre a transgressão legal. Pensadores como Sófocles, Tomás de Aquino, Kant e Rawls foram expoentes que discutiram, para além das abordagens rasas, a problemática envolvendo o instituto da violação normativa.

Entretanto, embora haja um aparente pressuposto de evolução por etapas na eleição dos pensadores supra para a discussão do tema, essa presunção é somente suposta, ilusória, dado que não há, na história, um desenvolvimento linear e diretamente proporcional nas discussões sobre a desobediência civil, mas esta processa-se de forma difusa. Ressalta-se, ainda, que não há um juízo axiológico ou pretensão de hierarquização na relação, histórica, entre a *phýsis*, o *theós* e o *ánthropos*, não havendo primazia de um ente sobre o outro.

Conquanto, discutir os fundamentos da desobediência civil implica problematizar, antes de qualquer coisa, a própria etimologia e sentido do termo *subjectum*. Somente a partir de então, torna-se possível indagar os elementos que representaram o *subjectum*, ao longo da história, e que justificaram a insubordinação legal. Na polissemia da palavra latina *subjectum*, torna-se possível duas acepções: substância e sujeito. Os escritores medievais adotaram as determinações de Aristóteles, passando a chamar a substância (substrato) de

*subjectum*, e mais tarde, Locke passa a associar este mesmo termo à palavra sujeito (ABBAGNANO, 2007). Segundo Bicca (1997) a palavra sujeito adquire foro de elemento de linguagem filosófica a partir e no sentido da tradição latina (*subjectum*) e do grego (*hypokeímenon*), cujo significado filosófico principal foi cunhado por Aristóteles: o que está na base ou por baixo, o que porta ou é suporte de, daí ser traduzido também por substrato ou até mesmo por substância. Assim, *hypokeímenon*, ao lado verbete latino *subjectum*, significa tanto substrato quanto sujeito (GOBRY, 2007).

Dessa forma, para fins metodológicos, ao discutir a justificação da desobediência civil, da antiguidade à modernidade, o termo *subjectum* ficará circunscrito à sua acepção de substrato (fundamento). A partir da modernidade, o termo *subjectum* englobará tanto sua concepção como substrato quanto sujeito. Assim, na pós-modernidade, afirmar que o *ánthropos* é o *subjectum* significa, neste artigo, que tanto o sujeito como o fundamento que permitem a realidade passa ser o homem, a razão.

## A FUNDAMENTAÇÃO DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA ANTIGUIDADE

Antígona constitui, na antiguidade, um dos primordiais casos envolvendo a questão do confronto e da desobediência civil na ótica jurídica. Consoante Marcondes e Struchiner (2015), essa obra é considerada uma das primeiras formulações do debate sobre o confronto entre o direito natural (*physikón*) e o direito positivo (*nomikón*).

Na obra *Antígona*, de Sófocles (2010), é possível identificar várias passagens que marcam elementos desse conflito gerado entre o direito natural (jusnaturalismo) e o direito positivo (juspositivismo). O fragmento abaixo, que narra o diálogo no qual Creonte se dirige a Antígona, gira em torno de uma possível transgressão legal:

Creonte: “E ousaste, então, tripudiar sobre estas leis? Antígona: “É que essas [leis] não foi Zeus que as promulgou, nem a Justiça, que coabita com os deuses infernais, estabeleceu tais leis para os homens. E eu entendi que os teus éditos não tinham tal poder, que um mortal pudesse sobrelevar os preceitos, não escritos, mas imutáveis dos deuses. Porque esses não são de agora, nem de ontem, mas vigoram sempre, e ninguém sabe quando surgiram (SÓFOCLES, 2010, v. 449-457, p. 45).

Antígona é a principal personagem de obra homônima, escrita em forma de tragédia. Para Rosenfield (2002), Antígona representa a heroína que enfrenta sozinha o tirano Creonte, defendendo a liberdade em nome de leis divinas inalienáveis. Essa obra, escrita por volta de 442 a.C, reside numa tragédia de cunho

dramático, que compõe, ao lado de *Édipo Rei* e *Édipo em Colosso*, a terceira parte da *Trilogia de Tebas* de Sófocles (MARCONDES e STRUCHINER, 2015). Tal tragédia é marcada pelo confronto entre Antígona, que reclama para si um direito transcendental para a lei então posta, e Creonte, quem positiva uma lei contrária ao direito natural invocado pela personagem principal.

A tragédia, além de sua função pedagógica e catártica (purificação espiritual dos espectadores), possui também uma função moral (NIETZSCHE, 1948; LACOSTE, 1986; ARISTÓTELES, 2001; REALE e ANTISERI, 2003). Na sua função moral, se encontram questões pertinentes a valores e comportamentos adotados por determinada sociedade, em determinado espaço-tempo, ou seja, questões que permeia a relação direito-moral. Ressalta-se que o direito surge, quase sempre, da necessidade de se normatizar a moral, no contexto de uma determinada cultura. Assim, em *Antígona*, se discute, ao sabor da tragédia grega, a temática do confronto e os limites da desobediência civil, questões que se circunscreve na seara da filosofia do direito, através do paradoxo entre as leis atemporais (universais) e temporais (particulares).

Segundo Marcondes e Struchiner (2015) nessa tragédia, Sófocles formula a questão geral, fundamental no contexto da democracia grega, sobre qual lei deve predominar: a lei dos homens (*nómos*), social, portanto, convencional, ou a lei divina, ou da natureza (*phýsis*). Nesse contexto, Sófocles se mostra favorável à lei natural (*phýsis*) ou divina (*nómos theíos*) e, portanto, à tradição, ao passo que o rei Creonte faz apologia à lei social (*nómos*), produzida na cidade (*pólis*). Dentro de uma das possíveis leituras, o confronto entre Antígona e Creonte desencadeia, na verdade, uma crítica à instabilidade política e moral vigente na sociedade ateniense. “Pode-se interpretar Creonte, portanto, como um defensor da *pólis*. Antígona representa, em oposição, a lealdade à família, ao clã, o predomínio do vínculo consanguíneo e, nesse sentido, da tradição” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 16). Marcondes e Struchiner (2015) salientam que, para Creonte, Antígona coloca seus laços familiares acima do interesse da cidade. Portanto, em *Antígona*, a natureza da lei e a necessidade de submissão a ela é colocada sob suspeita, o caráter contingente e variável das leis humanas é posto face ao caráter atemporal das leis oriunda da natureza. Em *Antígona* são definidos dois tipos de leis, que são díspares, e dois tipos de pessoas, um rei e uma súdita, que ocupam posições distintas (MARCONDES e STRUCHINER, 2015). Os dois tipos de lei se referem à universal (*koinós*) e à particular (*ídios*) (ARISTÓTELES, 2005; MARCONDES e STRUCHINER, 2015). A lei particular é aquela estabelecida por uma comunidade e que se aplica a seus membros: pode ser em parte escrita e em parte não escrita. “A lei universal é a lei da natureza (*kata physin*)” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 30). É a esta lei que a personagem Antígona se refere quando defende que o funeral de Polinices, seu irmão, foi um ato justo

(*dikaion*) apesar da proibição: ela quer dizer que foi justo por natureza (*physei*). A lei da natureza, universal e atemporal “não é de hoje, nem de ontem, é desde os tempos mais remotos que elas vigem” (SÓFOCLES, 2014, v. 518-519).

A *phýsis* surge, então, na antiguidade, como o *subjectum* que pode justificar a desobediência legal. Segundo Gobry (2007) a *phýsis*, na antiguidade, se apresenta, então, como a Natureza que se manifesta como potência autônoma e que possui, comunica e organiza a vida. Esse termo passa a assumir dois sentidos: o de *natureza universal*, onde se, materialmente, o mundo é um todo, um conjunto, a natureza apresenta-se, formalmente, como a ordem do mundo, como a lei que rege os fenômenos e a alma que vivifica o corpo, e o de *natureza íntima de cada um* (essência), que em seu sentido primeiro e principal, é a substância dos seres que têm em si o princípio de seu próprio movimento (GOBRY, 2007). Nesse sentido, é somente perante um abuso cometido contra o direito natural (*kata physin*), como o de enterrar os mortos, reclamado por Antígona, que a desobediência civil encontra sua justificação. Basta lembrar que posteriormente, ainda na antiguidade, Sócrates é condenado à morte por praticar suposta transgressão legal e este não se dispõe a desobedecer ao mandado visando sua execução (PLATÃO, 2002). A morte de Sócrates foi resultado da sua obediência à *nómos*, dado que uma possível desobediência não encontraria justificativa, visto que os atos cometidos pelo pensador se fundamentavam em questões inerentes ao *ánthropos*, ou seja, ao corpo e alma, e não à *phýsis*. Há, portanto, nesse período da antiguidade, uma primazia do jusnaturalismo sobre o direito positivo, uma precedência da lei da *phýsis* sobre a *nómos*, a lei da cidade (*pólis*), que correspondia a uma prescrição de caráter genérico que a todos vincula.

Durante todo o período pré-socrático foi a *phýsis* que ocupou a posição de *subjectum* da realidade, visto que todo o pensamento dessa época se encarregou de encontrar o *arkhé*, ou seja, o princípio constitutivo da natureza (VERNANT, 1973; JAEGER, 1994; BORNHEIM, 1998; REALE e ANTISERI, 2003; LAËRTIOS, 2008). É somente com Sócrates que o *ánthropos* começa a ocupar o substrato que fundamenta a realidade. Ressalta-se, todavia, que mesmo com a possível ascensão da questão antropológica (*ánthropos*) como fundamento da realidade, em última análise, na antiguidade, a *phýsis* ainda continua sendo o *subjectum*, visto que nesse período o homem ainda se sentida como parte do meio, isto é, como elemento da natureza (a própria antropologia emergente era cosmológica em sua essência). Assim, a visão do homem ainda era cosmológica e o fundamento do *kósmos* (o mundo ordenado, o todo ordenado e harmonioso) era ele mesmo (*phýsis*), com *modus operandi* dependente do princípio constitutivo (*arkhé*). O *Zeitgeist*, *praemissa venia*, na antiguidade, era a cosmologia (*kósmos*). No entanto, com a gênese do período medieval, a *phýsis* cede seu *locus* ao *theós*, que passa a ocupar a posição de *subjectum*.

**AQUINO E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA PERSPECTIVA MEDIEVAL**

Na idade média a reflexão filosófica perde força porque as verdades passam a ser reveladas pela Igreja. As verdades passam a ser dadas como prontas, mediadas única e exclusivamente pela fé. O conhecimento religioso, portanto, passa a sobrepor-se aos demais. A fé passa a ser condição necessária e suficiente para o homem conhecer as verdades de Deus e do mundo. A tese que fundamenta a realidade deixa de ser a *phýsis* ou o *lógos* e passa a ser fundamentalmente teocêntrica, vinculada ao *theós*. O *theós* (o divino, a divindade), ser sobrenatural venerado pela religião, passa em seguida à filosofia para explicar a ordem da natureza, o curso dos acontecimentos ou o destino humano (GOBRY, 2007).

Com abordagens bem próximas, no entanto distintas, a relação entre fé e razão se torna objeto de discussão tanto pela patrística quanto pela escolástica.

A patrística tenta conciliar fé e razão no conhecimento do mundo e da natureza, mas com ênfase na fé. Segundo Agostinho, principal expoente da patrística, a fé é precedida por certo trabalho da razão. Ainda que as verdades da fé não sejam demonstráveis, isto é, passíveis de prova, é possível demonstrar o acerto de se crer nelas, e essa tarefa cabe à razão. A razão relaciona-se, portanto, duplamente com a fé: precede-a e é sua consequência (FLORIDO, 1999). A filósofa passa, portanto, à condição de serva da teologia. Dessa forma, é necessário “compreender para crer e crer para compreender” (“*Intellige ut credas, crede ut intelligas*”). “A fé é, portanto, um pré-conhecimento em relação à razão (*credo ut intelligam*); mas a razão depois pode e deve transpor criticamente as verdades de fé (*intelligo ut credam*)” (REALE e ANTISERI, 2005, p. 88). No entanto, nesse contexto, a fé não é obstáculo para a inteligência, mas, pelo contrário, a fé garante-nos a intuição dos princípios primeiros, dos fundamentos que nos ajudam a interpretar melhor o que nos é dado pela experiência e resolver os problemas que Deus permitiu que fossem objetos de nossas investigações. Em Agostinho, a fé não é uma fé dogmática, inalcançável à razão humana. Mas não é também algo puramente racional. Fé e razão andam de mãos dadas (STORCK, 2003). Na perspectiva agostiniana, a razão exerce sempre o papel de mediação entre o homem e Deus, permitindo e garantindo o conhecimento (COSTA, 1998).

Embora, durante a escolástica, Anselmo tente buscar a conciliação entre fé e razão, oferecendo uma autonomia e, ao mesmo tempo destituindo a função da filosofia de mera serva da teologia, Tomás de Aquino volta a estabelecer uma possível hierarquia entre o *logos* e a *fides*. Anselmo argumenta sobre a dupla função da inteligência afirmando que “a razão serve para desarticular as verdades da fé ou para iluminá-las através de argumentações dialéticas” (REALE e ANTISERI, 1990, p. 501). Segundo Anselmo “não dar precedência à fé, como fazem os dialéticos, é presunção; não apelar em seguida para a razão, como proibem os adversários [os místicos], é negligência” (GILSON, 1995, p. 292).

Todavia, novamente, Tomás de Aquino coloca em xeque a autonomia do *logos*, posicionando tanto a razão quanto a filosofia como *preambula fidei* (REALE e ANTISERI, 1990). Segundo Reale e Antiseri (1990), em Tomás de Aquino, razão e fé, filosofia e teologia falam de Deus, do homem e do mundo. No entanto, a diferença está no fato de que a filosofia oferece um conhecimento imperfeito daquelas mesmas coisas que a teologia está em condições de estabelecer em seus aspectos e conotações específicos relativos à salvação eterna. Portanto, na visão de Tomás de Aquino, “a fé melhora a razão assim com a teologia melhora a filosofia. A graça não suplanta, mas aperfeiçoa a natureza” (REALE e ANTISERI, 1990, p. 555). Dessa forma, primeiramente, a teologia retifica a filosofia, mas não a substitui, assim como a fé orienta a razão, mas não a elimina, sendo, portanto, necessário uma correta filosofia para ser possível uma boa teologia. Por outro lado, a filosofia, como *preambulum fidei*, tem sua autonomia própria, porque é formulada com instrumentos e métodos não assimiláveis aos instrumentos e métodos da teologia (REALE e ANTISERI, 1990). Não obstante, embora na escolástica, considerando o viés aquiano, a filosofia deixe de ser mera serva da teologia, adquirindo autonomia metodológica, a razão continua sendo retificada e orientada pela fé e o *logos* adquire o *status* de pressuposto da fé. As verdades da razão passam, novamente, a ocupar funções como importantes elementos visando a fundamentar as verdades da fé.

Dessa forma, durante a idade média, a *phýsis* e o *logos* cedem lugar ao *theós* e à *fidei* e o *subjectum* passa coincidir com o divino. Os motivos que fundamentam a insubordinação normativa passam, também, a encontrar respaldo, somente e tão somente, no ser divino.

Como grande expoente da filosofia medieval, Tomás de Aquino foi o principal pensador que discutiu, de forma sistematizada, a problemática da antinomia, abordando questões de conflitos entre a lei natural, a convencional e a divina, num viés jusnaturalista.

Segundo Marcondes e Struchiner (2015), o jusnaturalismo de Tomás de Aquino foi herdado da tradição filosófica grega, platônica e aristotélica, buscando na natureza humana racional, entendida como criada por Deus, as fontes do direito e as bases de sua legitimidade. “A consciência moral racional, o *habitus*, é o que permite ao ser humano fazer as escolhas moralmente certas e que, segundo Tomás, pertence ao âmbito da razão prática” (MARCONDES e STRUCHINER, 2015, p. 38).

Na *Súmula Teológica*, dividida em três partes (tratados sobre Deus, sobre a Criação e sobre Cristo e a salvação), Aquino (2003), na parte sobre a Criação discute sobre o conceito de lei natural, questionando se a *lex naturalis* deve ou não ser considerada universal. Porém, essa discussão se circunscreve numa temática maior, visto que em Tomás de Aquino a *lex* assume acepções no sentido

humano, no sentido natural e no sentido divino. O próprio sentido divino de *lex* se desdobra em duas: lei divina e lei eterna (REALE, 1962):

A lei eterna não é a mesma que a lei divina: o elemento mais alto da filosofia jurídico-moral tomista é a *lex aeterna*, expressão mesma da razão divina, inseparável dela, que governa todo o universo, como um fim no qual o universo tende. A ideia de *lex aeterna* não deve ser confundida com a de *lex divina*, ou revelada, a qual é uma expressão da primeira, a mais alta forma de sua participação aos homens, porque é dada por Deus, como no exemplo das Sagradas Escrituras (REALE, 1962, p. 538).

Segundo Bittar e Almeida (2018) a ordem universal é dada pela *lex aeterna*. Trata-se de uma lei eterna, porque promulgada por Deus, e, assim, não está sujeita às vicissitudes a que as leis humanas estão. “A lei eterna é o princípio e o fim do todo universal” (BITTAR e ALMEIDA, 2018, p. 280).

A *lex naturalis*, por sua vez, representa, na teoria tomista, uma participação racional na *lex aeterna*, sorte de reificação de algo que possui quintessência espiritual (BITTAR e ALMEIDA, 2018). Assim, de acordo com os autores, um justo natural forma-se, não porque foi declarado pelo legislador, mas simplesmente porque na natureza existe; é nela que residem os princípios de justiça natural. Dessa forma, o jusnaturalismo tomista não vislumbra na natureza um código imutável incondicionado e absoluto, mas uma justiça variável e contingente como a razão humana.

A *lex humana*, por fim, é fruto de uma convenção, dado que não possui força por si só, mas a adquire a partir do momento em que é instituída (BITTAR e ALMEIDA, 2018). Consoante Bittar e Almeida (2018), ela representa, assim, a concretização da lei natural (*lex naturalis*); mais que isso, é o que é indiferente até quando seja declarado como vinculativo pela vontade do legislador. Dessa forma, o que é contrário à lei natural, se positivado, transforma-se num aparato de direito injusto, ilegítimo, iníquo. É possível, assim, segundo os autores supracitados, dizer que o *ius positum* é derivado do justo natural; ou ainda, o justo natural é parâmetro para atuação do legislador positivo. “As disposições de direito humano não podem derogar as do direito natural ou do direito divino” (BITTAR e ALMEIDA, 2018, p. 281). Os autores lembram que o direito positivo, se adequado ao direito natural, é um benefício para a comunidade civil, mas se estiver baseado na perversão da reta razão (*recta ratio*), sendo-lhe uma corruptela, um desvirtuamento, um conjunto de regras de autoridade que servem a um ou a poucos, perderá sua força coativa dada pela natureza, preservando somente a que lhe é dada por convenção. No entanto,

O simples fato de uma lei positiva não estar de acordo com a lei natural não justifica a desobediência ao que foi criado pelo homem; a desobediência só se justifica, para Tomás de Aquino, quando houver entrechoque

entre a lei divina e a lei humana. Em poucas palavras, a desobediência à lei humana só se justifica se representar a lei humana uma afronta da lei divina, a lei eterna conhecida pelo homem, caso contrário deve ser imperativamente obedecida (BITTAR e ALMEIDA, 2018, p. 281).

Ressalta-se que, em Tomás de Aquino, nem o direito positivo pode negar o natural e nem este pode se confrontar com o divino, guiado pela lei eterna. Há, assim, uma hierarquia que deve ser mantida. Essa hierarquia está presente na própria concepção antropológica aquiana, herdada de Aristóteles, em que há uma dualidade entre corpo e alma. Para Aristóteles, o homem é a “substância composta, na qual a alma é causa e princípio do corpo vivo” (GOBRY, 2007, p. 21). E o Doutor Angélico segue o mesmo conceito de homem.

A própria superioridade da alma em relação ao corpo já aponta a essência, por assim dizer, do pensamento medieval: é do *theós* que emana tudo e é no divino que tudo é justificado. A própria essência do homem, contida na sua alma, tem sua razão de ser no *theós*.

Como tudo converge, na idade média, para um mesmo ser, a essência do homem e consequentemente o fundamento da desobediência civil passa a residir na lei divina, ou melhor, na lei eterna.

## O LOCUS DA DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA MODERNIDADE E O VIÉS KANTIANO

Para além da complexidade que integra essa temática, a modernidade é marcada pela passagem, representada ora pela ruptura e ora pela continuidade, do pensamento medieval (justificado pelo *theós*) para o pensamento moderno (sustentado pelo *ánthropos* e pelo imperativo do *logos*). Esse período, que traz em si a primazia da razão sobre a fé, inaugura a ideia da superioridade do novo ante tudo que era tradicional ou antigo. Assim, além da promessa de progresso e ruptura com a tradição, outra mudança característica marcante da modernidade reside na valorização do indivíduo e do seu potencial de conhecer, em oposição ao saber instituído pela religião e outras formas de autoridade. Na modernidade, o antropocentrismo se ergue, em detrimento do teocentrismo medieval, trazendo como arauto o racionalismo cartesiano. Segundo Mora (2001), a corrente racionalista fundada por Descartes associa o racionalismo epistemológico, ou seja, a doutrina para a qual o único órgão completo do conhecimento é a razão, a um racionalismo metafísico, que afirma que a realidade é, em último termo, de caráter racional. Nas *Meditações*, o pensamento aparece como o fio condutor que nos permite encontrar em nós mesmos as representações claras e distintas acerca da realidade (DESCARTES, 1999). Diferentemente da idade média, em Descartes (1999, 2000), o homem passa a ser a junção de um corpo (*res extensa*) e de uma alma (*res cogitans*), se configurando na subjetividade



pensamento (o ser que pensa). A essência da substância pensante passa a ser o pensar (DESCARTES, 1999, 2000).

A modernidade sinaliza, assim, o período de maioridade intelectual do homem, renunciando a era do esclarecimento (*Aufklärung*). Segundo Kant (2008, p. 1):

Esclarecimento (*Aufklärung*) significa a saída do homem de sua minoridade, pela qual ele próprio é responsável. A minoridade é a incapacidade de se servir de seu próprio entendimento sem a tutela de um outro. É a si próprio que se deve atribuir essa minoridade, uma vez que ela não resulta da falta de entendimento, mas da falta de resolução e de coragem necessárias para utilizar seu entendimento sem a tutela de outro.

Dessa forma, em Kant (2003, 2008, 2011), a síntese do fenômeno cultural da *Aufklärung*, reside, justamente, na ousadia, na coragem de agir e pensar por si próprio. Assim, o projeto revolucionário instaurador de uma sociedade efetivamente moderna passa a se caracterizar pela afirmação da subjetividade autônoma. E essa autonomia do ser, no pensamento kantiano, vem encarnada pela capacidade do uso da razão. Hegel (2001) ressalta que é somente na modernidade que a razão toma consciência de si.

O homem passa a ser o fundamento da realidade, na modernidade, tendo como premissa o uso da razão. Portanto, se o substrato da realidade passa a residir no homem, inaugurando a tautologia entre *subjectum* e subjetividade pensante, logo a justificação da desobediência civil começa a encontrar seu *locus*, também, na razão (*logos*).

Porém, diferentemente do período medieval em que o homem era valorizado enquanto espírito, na modernidade, o homem passa a ser visto, no contexto do positivismo, como tríade corpo-alma-espírito. Não obstante, a busca pela resposta o que é o homem, ou seja, a problematização sobre a essência humana, herdada desde a antiguidade ainda persiste. E nessa ótica, a essência do homem passa a encontrar coincidência com a razão, com o pensamento (*cogito*). Assim, encontrar a fundamentação e os limites da desobediência civil, na modernidade, significa descobrir as próprias fronteiras e justificação da razão. Os pilares e perímetros da transgressão legal ficam, na modernidade, circunscritos e sustentados pelos contornos impostos pelo imperativo da razão.

Nesse contexto, Kant (2003, 2008, 2011) oferece instrumentos indispensáveis à analítica do possível alcance e fundamentação da desobediência civil, uma vez ela sendo aceita.

Consoante Marcondes e Struchiner (2015), a filosofia do direito de Kant é parte de sua filosofia prática e adota uma postura naturalista considerando que o direito natural é o “direito não baseado em códigos, mas que pode ser conhecido *a priori* pela razão”.

Não é à toa que Emmanuel Kant é o divisor de águas com o jusnaturalismo, pois converte essa doutrina num conjunto mais próximo de um racionalismo. A noção de natureza, em Kant, assume a acepção de razão (BITTAR e ALMEIDA, 2018, p. 363).

Assim, é na mesma razão, instrumento de emancipação do ser, que reside também os elementos fundantes da resistência ou insubordinação legal. Mas para qual razão o homem deve se voltar para encontrar a fundamentação da desobediência civil? Para a razão especulativa? Para a razão instrumental? Para a razão pura? Para a razão prática? Ou para a razão dialética? Essas várias razões não reduzem a razão ao *status* de racionalidades?

As problematizações da obra kantiana giram em torno da busca para tentar responder a quatro grandes questões: o que podemos conhecer, o que devemos fazer, o que podemos esperar e, o que é o homem (KANT, 1992).

Marcondes e Struchiner (2015) lembram que em *Crítica da razão prática* (1788), Kant defende uma ética de princípios e do dever. Para Kant, derivamos da razão os princípios fundamentais da ética, e são esses que se impõem a nós pela própria razão. São princípios de caráter universal e que têm uma natureza formal. O imperativo categórico kantiano, fundamento de nosso agir ético, estabelece: “Age de tal forma que tua ação possa ser considerada como lei universal” (KANT, 2003, 2011). Marcondes e Struchiner (2015) ressaltam que o termo “universal” significa “válido para todos”, tratando-se assim de um princípio de reciprocidade que estabelece que devemos agir com os outros como aceitaríamos que agissem conosco. Bittar e Almeida (2018, p.355) ressaltam que “o imperativo categórico é único, é absoluto, e não deriva da experiência”.

Dessa forma, é na razão prática que Kant busca as respostas para as questões sobre o que devemos fazer. É na razão prática, portanto, que está toda a fundamentação do direito e, conseqüentemente os fundamentos que embasam os atos de ir de encontro ao imperativo normativo.

Em Kant, a lei universal do direito é: age externamente de forma que o uso livre de teu arbítrio possa coexistir com a liberdade de qualquer um segundo uma lei universal, na verdade uma lei que me impõe uma obrigação mas não espera de forma alguma, e tampouco demanda, que eu limite minha própria liberdade apenas por respeito a essa obrigação (MARCONDES e STRUCHINER, 2015).

Contudo, em Kant, direito e moral distingue-se como duas partes de um mesmo todo unitário, a saber, duas partes que se relacionam à exterioridade e à interioridade, uma vez relacionadas à liberdade interior e à liberdade exterior (BITTAR e ALEMIDA, 2018). Em Kant, legalidade se distancia da moralidade: o agir conforme o dever é o agir da forma que a razão determina (coação externa vinculada à legalidade), enquanto que o agir por dever implica-se em discutir o porquê dessa ação, remetendo à uma coação interna imposta pela moralidade.

Em Kant, há uma primazia do jusnaturalismo sobre o juspositivismo. Entretanto, o direito natural, no viés kantiano, é o direito racional, pautado na razão prática. A *phýsis* (leis da natureza) se converte no *logos* (imperativos da razão).

Dessa forma, na modernidade, o fundamento da realidade passa a ser o próprio homem (o *subjectum* passa a coincidir com a subjetividade pensante) e a essência antropológica passa a ser a razão. Logo, o fundamento da desobediência civil passa, também, a residir na razão, prática. No âmbito antropológico, a dualidade corpo-alma, herdada da idade média, desloca-se para a valorização do homem, segundo a visão positivista, como corpo-alma-espírito (sem uma precedência da alma em relação ao corpo).

Destarte, desde que baseada na razão, há uma possibilidade do instituto da desobediência civil no pensamento kantiano. Porém, é preciso definir os limites dessa desobediência. Na visão de Feldhaus (2012), Kant recusa explicitamente um direito à desobediência civil ativa, embora reconheça um direito à desobediência civil passiva.

Essa posição de Kant pode soar no mínimo ambígua, para não dizer bastante paradoxal, uma vez que ele é amplamente reconhecido como um pensador que empreendeu um giro copernicano análogo ao empreendido por Copérnico na astronomia no campo da filosofia teórica e na metafísica, e incitou os seres humanos a fazerem uso de sua própria razão na esfera pública em seu opúsculo *Was ist Aufklärung?* Além disso, ele é aclamado como um dos entusiastas com a Revolução Francesa (FELDHAUS, 2012, p. 168).

Feldhaus (2012) ressalta que, embora afirme que os cidadãos de sua república possuem no mínimo o direito de expressar publicamente seu desacordo quanto às leis injustas (um tipo de desobediência civil passiva), sem recorrer à violência (o que caracterizaria um tipo de desobediência civil ativa), ele mesmo parece pessoalmente ter abdicado de tal direito de expressar publicamente seus pensamentos sobre determinado tópico quando requisitado pelo soberano da Prússia. O autor sustenta ainda que “Kant afirma expressamente que um direito jurídico à desobediência civil ativa ou rebelião não pode ser incluído em uma constituição sem que a mesma envolva algum tipo de contradição” (FELDHAUS, 2012, p. 168). Para Feldhaus (2012, p. 169) “Kant acredita que um progresso lento e constante a caminho do republicanismo é melhor do que recorrer à desobediência civil ativa e à revolução”.

Weber (2013) comunga dos argumentos de Feldhaus (2012), ao considerar que em Kant não é permitida uma “resistência ativa”, mas apenas uma “resistência negativa”.

Salvadori (2015, p. 81) analisa que, nesse sentido, “a teoria a justiça formal kantiana é insuficiente” (...) dado que Kant “não aceita da desobediência civil e o direito de resistência”. Todavia, para o autor, as regras devem ser justificadas demonstrando quais são os princípios que as fundamentam. “Se, como diz Kant, o justo não pode ser tirado das leis positivas e sim da razão, então, ao tratar da equidade e da necessidade, pode-se sim apelar para as leis morais” (SALVADORI, 2015, p. 82). Na visão de Salvadori (2015), como nos direitos de equidade e de necessidade deve-se apelar aos princípios e não às leis, o conceito do justo não pode ser tirado da lei positiva, mas somente das leis naturais, dos princípios. E “a origem desses princípios, por serem *a priori*, é a razão. Enquanto o direito positivo trata do lícito e do ilícito, o direito natural trata do justo e do injusto. Esse é o papel da metafísica do direito” (SALVADORI, 2015, p. 86).

Assim, uma vez aceito o direito de resistência (passiva) no pensamento kantiano, esse irá encontrar sua razão de ser na própria razão, justificado, *a priori*, pela razão pura, e *a posteriori*, pela razão prática. A razão prática se torna condição *sine qua non* para possibilitar a instituição da transgressão legal, de forma passiva. Em Kant, o jusnaturalismo se reveste de jusracionalismo.

## RAWLS E A DESOBEDIÊNCIA CIVIL NA PÓS-MODERNIDADE

No pensamento contemporâneo, o *ánthropos*, que ainda continua logrando o título de *subjectum*, se perde no discurso de sua essência: *praemissa venia*, a essência do homem passa a ser o fato de não possuir essência. A primazia da existência sobre a essência (Heidegger, 2012; Sartre, 2015) desloca o discurso sobre essência para uma condição humana (Arendt, 2016). Assim, com a precedência da existência sobre a essência, não é mais possível, na pós-modernidade, falar, categoricamente, em essência do ser, mas sim em condição humana. Desta forma, a justificação da desobediência civil passa a depender dos fatores que compõem e determinam essa condição. Contudo, a condição não dispõe de imutabilidade, atemporalidade e permanência, mas é mutável, temporal e efêmera, ou seja, está circunscrito no contexto histórico. Hegel (1980, 2001), numa leitura possível, já sinalizava que o próprio ser não tem, mas é história. Qual a sociedade moderna, que adquire a característica da liquefação (Bauman, 2001), os fatores determinantes e fundamentais da transgressão legal também, de certa forma, se tornam líquidos.

Na contemporaneidade, as várias razões (especulativa, pura, instrumental, prática, dialética) se reduzem a racionalidades e estas perdem seu *status quo* de ponto seguro para se assentar o *subjectum* e os fundamentos da insubordinação legal.

Ressalta-se que a razão iluminista, moderna, que tinha a pretensão de alcançar o progresso e a emancipação do homem, se tornou instrumental, se reduziu a um instrumento apologético a serviço da ideologia capitalista. A razão

deixa de ser um fim para se tornar um meio, se reduzindo a racionalidade(s). Assim, a emancipação intelectual do sujeito e o contínuo progresso científico, promessas da razão moderna, são colocados sob suspeitas.

De acordo com Adorno e Horkheimer (1985), o positivismo, que estava na base do Projeto Moderno, não recuou nem mesmo diante do pensamento e acabou por eliminar a última instância entre a ação individual e a norma social, tornando a razão um instrumento universal que serve aos demais instrumentos da produção e do capital. “Essa redução da razão, tornando-a instrumental e unidimensional, tem acumulado distorções, como atestam inúmeros fatos históricos, especialmente os produzidos nos últimos três séculos, entre o racional e o irracional, a razão e a desrazão” (CARDOSO e ELIAS, 2005, p. 25).

Deste modo, a razão, que pretendia ser esclarecida, embora não tenha logrado consecução, se tornou empobrecida. Deixou de ser um fim para ser um meio, se tornando um instrumental circunscrito tanto na ciência quanto na tecnologia, a serviço dos ditames do capital para o próprio capital.

Essas referências ao menos apontam para a ponta do *iceberg* relativo ao panorama complexo sobre o qual se assentou a contemporaneidade: uma nova era em que a razão falhou, não cumprindo as suas promessas.

Entretanto, mesmo diante das promessas não cumpridas ofertadas pela modernidade e da possível liquidez em que vem se mergulhando a contemporaneidade, Rawls oferece outra via de acesso em que a transgressão legal encontra acento.

Em Rawls (1997), deve-se ressaltar que a desobediência civil é, antes de tudo, um ato político, ou seja, essa ação se orienta e se justifica por princípios embasadamente políticos, reguladores da constituição e das instituições sociais. Saliencia-se, também, que a desobediência civil rawlsiana é concebida inexoravelmente para o caso particular de uma sociedade bem-ordenada, isto é, uma sociedade democrática, quase justa, na qual acontecem, porém, violações sérias da justiça. Portanto, em Rawls (1997), a desobediência civil, circunscrita numa sociedade bem ordenada, é definida como uma forma de protesto nos limites da fidelidade à lei, sendo, nesta perspectiva, distinta, por um lado, da objeção de consciência e, por outro, da própria ação armada. Nas palavras do filósofo de Harvard:

Vou começar pela definição de desobediência civil como um público, não violento, consciente e não obstante um ato político, contrário à lei, geralmente praticado com o objetivo de provocar uma mudança na lei e nas políticas do governo (RAWLS, 1997, p. 404).

Segundo Almeida e Nojiri (2017), a desobediência civil rawlsiana só poderia ocorrer caso a injustiça ultrapassasse o limite do tolerável. Ela é determinada a

partir dos princípios do dever e da obrigação naturais, concebida apenas para o caso particular de uma sociedade democrática, bem ordenada em sua maior parte, na qual, todavia, ocorrem sérias violações à justiça (ROHLING, 2014).

Dado o exposto, para Rawls (1997), o fundamento da desobediência civil reside em três pressupostos: injustiça (violação do princípio da liberdade igual), meios legais evidentemente inúteis, e dever natural de justiça. Não obstante, para o pensador contemporâneo, o fato de uma lei ser injusta não é motivo justo e razão suficiente para deixar de obedecê-la (RAWLS, 1997). Dessa forma, o filósofo americano defende a obediência às leis injustas, caso a sociedade fosse quase-justa, isto é, tivesse uma estrutura próximo de justa.

Destarte, necessário se faz analisar os limites dos pressupostos que justificam a desobediência civil rawlsiana.

A primeira condição pressuposta concerne à injustiça, a qual constitui o objeto da desobediência civil. Rawls (1997) considera que a desobediência civil é um ato político, dirigido ao senso de justiça razoável da comunidade. Ela deve ser restringida a casos de injustiça evidente, sobretudo à violação do princípio da liberdade igual, uma vez que este define o *status* comum da cidadania igual dentro de um regime constitucional. Dessa maneira, Rawls (1997) exclui da desobediência civil as violações ao princípio da diferença, posto que suas infrações são mais difíceis de serem verificadas em razão de o princípio ser aplicado a práticas e instituições sociais e econômicas.

O segundo pressuposto imposto por Rawls (1997) diz respeito à suposição de que os apelos normais dirigidos à maioria política já foram feitos de boa-fé e não obtiveram êxito, mostrando-se os meios legais evidentemente inúteis. Nos casos em que a desobediência civil é o último recurso, pondera Rawls (1997), deve-se ter certeza de que ela é factualmente necessária. De fato, na perspectiva rawlsiana, só se encontra a segunda condição, se houver comprovadamente necessidade da desobediência civil.

O terceiro requisito necessário e suficiente configura-se, para Rawls (1997), no sentido de que, em certas ocasiões, o dever natural de justiça pode exigir uma determinada restrição, qual seja, o problema das minorias. Entende o filósofo que tal problema se coloca quando minorias sofrem graus de injustiça durante certo tempo, e, por esta razão, alicerçadas nas condições referidas anteriormente, têm razão para a prática da desobediência civil. Rawls (1997) reconhece que pode haver uma situação na qual diversas minorias tenham, comprovada e evidentemente, razão para a prática da desobediência civil.

Salles e Matiello (2016) asseveram que a desobediência civil para John Rawls é aquela ferramenta destinada à legítima oposição das pessoas às violações das liberdades individuais. “De forma geral, é o direito de não obedecer às decisões do governo que violem as liberdades básicas” (SALLES e MATIELLO, 2016, p. 229).

Para os autores, não aceitar que leis injustas governem a sociedade é adotar princípio do respeito mútuo, porque ao colocar-se na condição do outro (alteridade) o indivíduo estreitaria os laços de segurança e estabilidade do senso de justiça comum adotado.

Rohling (2014) apresenta várias críticas à teoria da desobediência civil rawlsiana:

Por fim, foram apresentadas algumas críticas à teoria da desobediência civil formulada por Rawls, a saber, i) ruptura com a democracia, ii) a crítica de Singer que, na mesma direção, propunha uma versão da desobediência civil como apelo para reconsideração; iii) a crítica da teoria social radical, de inspiração marxista, que reconhece, em certas circunstâncias, a necessidade do uso da força; iv) a objeção conservadora que acena para os riscos da ação dissidente em face da natureza humana do pluralismo; e, v) as requisitos demasiadamente exigentes para a prática da desobediência civil (ROHLING, 2014, p. 23).

Essas críticas, ao mesmo tempo em que colocam sob suspeita os fundamentos da desobediência civil, paradoxalmente constituem elementos para a consolidação da teoria rawlsiana, evidenciado o quão complexo é o instituto da transgressão legal na contemporaneidade.

O sentido e o alcance dos pressupostos da desobediência civil se completam e se justificam com a ideia de liberalismo político (RAWLS, 2000) e com a concepção de justiça como equidade (RAWLS, 2003). Segundo Tomé (2018), pela ótica do liberalismo político, a questão da desobediência civil diz respeito às discussões sobre a legitimidade (do governo, das leis e políticas adotadas), assim como sobre a regra de maioria e o senso de justiça dos cidadãos e cidadãs. Por fim, tem-se que a desobediência civil é vista por meio de duas perspectivas distintas: por um lado, por meio dos fundamentos filosóficos e teóricos do ato de desobedecer e, por outro, enquanto uma questão que diz respeito aos problemas de direitos e deveres conflitantes (TOMÉ, 2018).

Assim, para Rawls (1997), resistência e desobediência tornam-se legítimas, como forma de aprimoramento das próprias leis e, com isto, da própria ordem política.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A problemática dos confrontos e desobediência civil transcende os períodos históricos definidos, pois até hoje é uma questão aberta. Ainda há um grande abismo entre os fundamentos do dever geral de obediência às leis face à desobediência civil. A disparidade entre a subversão normativa justificada e o cumprimento legal não se cessou e não encontrou, até então, um ponto de convergência.

A busca pelo *subjectum* da desobediência civil, na antiguidade, aponta, de maneira geral, como abordado em Antígona, para a questão cosmológica, visto que o porquê desobedecer está para além do ser, ou seja, é na *phýsis* que o homem vai encontrar fundamentos para a ética da desobediência. Uma vez atendida os imperativos do *kósmos*, a subversão legal encontraria fundamento face aos imperativos da *nómos*.

Igualmente, na idade média, os porquês da resistência continuam externos ao ser (sendo justificado pelo jusnaturalismo), dado que é na *theós* que tais embasamentos encontram razão de ser. Como evidenciado no pensamento aquiانو, a desobediência à lei humana só se justifica se esta constituir uma afronta da lei divina, a lei eterna (*lex aeterna*).

A modernidade incute no próprio ser as justificativas da transgressão normativa, colocando no *logos* os pilares para tal transgressão. O *locus* da desobediência se desloca do externo (*phýsis* e *theós*) e se assenta no próprio homem, fazendo do *ánthropos* o *subjectum* da realidade e, conseqüentemente, do direito (juspositivismo). O *logos* como base e o *cogito* como instrumento se erguem como elementos próprios da essência do ser, e a razão pura (cartesiana) e prática (kantiana) se materializam enquanto pilares fundantes do instituto da desobediência civil.

Na contemporaneidade, os fundamentos que justificam uma possível resistência legal deixam seu *locus* cosmológico e teológico e se deslocam para o próprio homem, ou seja, os porquês da desobediência civil deixam de ser externos e passam a ser internos ao próprio ser do sujeito, agora desprovido de uma essência. Contudo, como o sujeito passa a guardar identidade com o *subjectum*, e o ser perde a sua essência em nome de uma condição humana, qualquer possível crise antropológica passa a implicar em afastamento da substância, uma vez que deixa de ter, o *subjectum*, referência. Numa pós-modernidade líquida, em que a razão se reduz a racionalidades, a transgressão normativa justificada passa a depender dos fatores, mutáveis e temporais, fundamentais da condição humana, abrangendo questões inerentes tanto ao jusnaturalismo e juspositivismo quanto ao jusrealismo. No pensamento rawlsiano, resistência e desobediência tornam-se legítimas somente enquanto forma de aprimoramento das próprias leis e, conseqüentemente, do próprio imperativo político.

Contudo, as discussões sobre desobediência civil se esbarram em questões relativas às concepções de justiça, eficácia e validade, bem como na relação entre elas, justificados ora pelo jusnaturalismo, juspositivismo ou jusrealismo. Em última instância, o instituto da validade da transgressão legal encontra fronteira na própria discussão sobre o conceito de direito adotado dentro de uma categoria espaço-temporal e dentro de uma perspectiva ideológica. Assim, a concepção



de direito eleita, e sua relação, necessária, acidental ou possível, com a moral, será capital nas discussões sobre a problemática da desobediência civil. Tudo depende do conceito de direito que foi privilegiado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

- ABBAGNANO, N. *Dicionário de filosofia*. 5. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- ADORNO, T. W.; HORKHEIMER, M. *Dialética do esclarecimento: fragmentos filosóficos*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1985.
- ALMEIDA, G. P.; NOJIRI, S. Desobediência civil: uma abordagem a partir de observações jurídicas e políticas. *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 12, n. 2, p. 660-693, 2017.
- AQUINO, S. T. *O ente e a essência*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- AQUINO, S. T. *Súmula contra os gentios*. São Paulo: Nova Cultural, 1996.
- AQUINO, S. T. *Súmula teológica*. São Paulo: Loyola, 2003.
- ARENDDT, H. *A condição humana*. 13. ed. Revisão de Tradução de Adriano Correia, Introdução de Margaret Canovan. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2016.
- ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001.
- ARISTÓTELES. *Retórica*. 2. ed. Tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto e Abel do Nascimento Pena. Lisboa: Centro de Filosofia da Universidade de Lisboa, 2005.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BITTAR, E. C. B.; ALMEIDA, G. A. *Curso de filosofia do direito*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2018.
- BICCA, L. *Racionalidade moderna e subjetividade*. São Paulo: Loyola, 1997.
- BORNHEIM, G. A. (Org.). *Os filósofos pré-socráticos*. São Paulo: Cultrix, 1998.
- CARDOSO, E. M.; ELIAS, E. O. As aporias do projeto moderno: considerações à luz do pensamento de Adorno. *Educação em Revista*, n. 6, p. 23-26, 2005.
- COSTA, M. R. N. Conhecimento, ciência e verdade em Santo Agostinho. *Veritas*, v. XLIII, n. 3, p. 483-496, 1998.
- DESCARTES, R. *Discurso do método*. São Paulo: Nova Cultural, 2000.
- DESCARTES, R. *Meditações*. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- FELDHAUS, C. A tensão entre autonomia política e segurança política no pensamento de Kant. *Cadernos de Ética e Filosofia Política*, n. 20, p. 158-176, 2012.
- FLORIDO, J. (Coord.). *Santo Agostinho: vida e obra*. São Paulo: Nova Cultural, 1999. 416p. Coleção Os Pensadores.
- GILSON, E. *A filosofia na Idade Média*. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- GOBRY, I. *Vocabulário grego da filosofia*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- HEGEL, G. W. F. *A razão na História: Uma introdução geral à Filosofia da História*. Tradução de Beatriz Sidou. 2. ed. São Paulo: Centauro, 2001.
- HEGEL, G. W. F. *Fenomenologia do Espírito*. 2. ed. Tradução de Henrique Cláudio de Lima Vaz, Orlando Vitorino, Antônio Pinto de Carvalho. São Paulo: Vozes, 1980.
- HEIDEGGER, M. *Ser e Tempo*. Tradução de Fausto Castilho. Campinas: Editora da Unicamp; Petrópolis: Editora Vozes, 2012.
- JAEGER, W. W. *Paidéia: a formação do homem grego*. 3. ed. Tradução de Artur M. Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1994.
- KANT, I. *A metafísica dos costumes*. 5. ed. Tradução de Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2003.
- KANT, I. *Crítica da razão prática*. Tradução de Valério Rohden. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.
- KANT, I. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2005.
- KANT, I. *Lógica*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1992.
- KANT, I. *Resposta à pergunta: o que é o esclarecimento?* Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Brasília: Casa das Musas, 2008.
- LACOSTE, J. *Filosofia da arte*. 2. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1986.
- LAËRTIOS, D. *Vidas e doutrinas dos filósofos ilustres*. 2. ed. Tradução de Mário da Gama Kury. Brasília: UNB, 2008.
- MARCONDES, D.; STRUCHINER, N. *Textos básicos de filosofia do direito: De Platão a Frederick Schauer*. 1. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2015.
- MORA, J. F. *Dicionário de filosofia*. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- NIETZSCHE, F. *A origem da tragédia proveniente do espírito da música*. Tradução de Erwin Theodor Rosenthal. São Paulo: Cupolo 1948.
- PLATÃO. *A República*. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2002.
- RAWLS, J. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- RAWLS, J. *O Liberalismo Político*. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, J. *Uma teoria da justiça*. Tradução de Almiro Piseta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.
- REALE, G; ANTISERI, D. *História da filosofia: Antiguidade e Idade Média*. 3. ed. São Paulo: Paulus, 1990.
- REALE, G; ANTISERI, D. *História da filosofia: filosofia pagã antiga*. São Paulo: Paulus, 2003.
- REALE, G; ANTISERI, D. *História da filosofia: Patrística e Escolástica*. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2005.
- REALE, M. *Filosofia do direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1962.

- ROHLING, M. A justificação moral da desobediência civil em Rawls. *Revista de Estudos Jurídicos*, v. 18, p. 1-25, 2014.
- ROSENFELD, K. H. *Sófocles & Antígona*. Rio de Janeiro: Zahar, 2002.
- SALLES, E. B. C.; MATIELLO, C. N. Os fundamentos da desobediência civil em John Rawls. *Revista de Teorias da Justiça, da Decisão e da Argumentação Jurídica*, v. 2, n. 1, p. 228-246, 2016.
- SALVADORI, M. Direito de equidade e direito de necessidade em Kant. *Griot – Revista de Filosofia*, v. 11, n. 1, p. 67-88, 2015.
- SARTRE, J. P. *O ser e o nada: ensaio de ontologia fenomenológica*. 24. ed. Tradução de Paulo Perdígão. Petrópolis: Vozes, 2015.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Introdução, versão do grego e notas de Maria Helena da Rocha Pereira. 6. ed. Brasília: UNB, 2010.
- SÓFOCLES. *Antígona. A trilogia tebana*. Rio de Janeiro: Zahar, 2014.
- STORCK, A. *Filosofia medieval*. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- TOMÉ, J. *Rawls e a desobediência civil*. 2018. 160f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Programa de Pós-Graduação em Filosofia, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2018.
- VERNANT, J. P. *Mito e pensamento entre os gregos*. São Paulo: Edusp, 1973.
- WEBER, T. Direito e justiça em Kant. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, v. 5, n. 1, p. 38-47, 2013.

*Data de recebimento: 24/04/2019*

*Data de aprovação: 09/07/2019*

# AMBIENTE SAUDÁVEL COMO DIREITO FUNDAMENTAL INDISPONÍVEL

## HEALTHY ENVIRONMENT AS FUNDAMENTAL RIGHT UNAVAILABLE

*Edihermes Marques Coelho\**

### RESUMO

---

No âmbito do estado de direito, o (meio) ambiente saudável caracteriza-se como potencial direito de cada um e de todos os seres humanos. Em termos transnacionais, trata-se de um direito difuso, decorrente do interesse jurídico de todos os seres humanos. Para tanto, situa as questões ambientais como inerentes à sociedade de risco, identificando o ambiente saudável como uma necessidade humana de sobrevivência e dignidade de vivência. Considerado o interesse jurídico difuso, desemboca na percepção do caráter jusfundamental do direito ao ambiente saudável, e de sua inerente indisponibilidade.

**Palavras-chave:** Ambiente; Riscos transnacionais; Prevenção; Preservação; Direitos fundamentais.

### ABSTRACT

---

In the context of the rule of law, the (medium) healthy environment is characterized as the right potential of each and every human being. In transnational terms, it is a diffuse right, due to the legal interest of all human beings. To this end, it situates environmental issues as inherent to the risk society, identifying the healthy environment as a human necessity of survival and dignity of experience. Considered the legal interest diffuse, it flows in the perception of the jusfundamental character of the right to the healthy environment, and of its inherent unavailability.

**Keywords:** Environment; Transnational risks; Prevention; Preservation; Fundamental rights.

### INTRODUÇÃO

Desde imemoriais tempos seres humanos e natureza vivem uma intrincada relação, em que explorar os recursos naturais de forma não exaustiva mostrou-

---

\* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (USFC). Professor Associado na Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: edihermescoelho@gmail.com.

-se um problema constante. As variáveis da oferta de recursos naturais para mera extração ou cultivo, com seus condicionantes climáticos e sazonalidades, continuamente foram um desafio humano. Explorar os recursos naturais sem esgotar quantitativa e qualitativamente suas fontes, e ainda garantir segurança ambiental às sociedades, é uma complexa equação cujos algarismos não são todos conhecidos.

Quanto mais complexa foi se configurando a vida em sociedade, com relações de poder mais intensas e com maiores nichos de concentração de riquezas, maiores foram os conflitos de interesses pessoais entre os seres humanos. Os interesses econômico-produtivos e seus impactos ambientais não foram e nem são uma questão bem resolvida, já que a extração e a exploração ambientalmente racionais de recursos naturais são concorrentes, em larga medida, com os objetivos econômico-financeiros acumulativos.

Nesse quadro, desenham-se conflitos de interesses tão específicos quanto gerais. São específicos pela objetividade do problema (a degradação de um rio por uma determinada atividade industrial, por exemplo); mas gerais em suas possíveis implicações, que não se restringem a um local determinado onde haveria o dano ambiental, mas podem envolver de diversas maneiras um número vasto e indeterminado de pessoas.

O Direito se situa como meio de controle social nessa realidade marcada por conflitos de interesses. Através das regras jurídicas sustentou-se e se sustenta a relativa estabilidade da organização social, ainda que originariamente se tivesse como razão principal do Direito proteger relações de poder e privilégios econômicos. Essa estabilidade pretensamente privilegia a sobrevivência qualitativa da espécie humana no planeta, em detrimento da mera exploração irrestrita de recursos naturais. Ao menos é isso que tem pautado o direito nacional e internacional nas últimas décadas.

É fato que nos últimos dois séculos tem se visto um redimensionamento constante da relação funcional entre o Direito e o Estado, e entre as relações de poder e os interesses sociais. Neste bojo, ao final do século XX e início do presente século ganhou força a preocupação com o ambiente em que se desenvolve a vida humana. Diversos estudos têm apontado que a exploração irracional dos recursos naturais acarreta diversos problemas para a qualidade de vida atual e para a continuidade sustentável das condições humanas de existência no mundo. Destaca-se aqui a preocupação com o ambiente natural saudável, que se diferencia do ambiente cultural (cultura, ambiente de trabalho, patrimônio genético), como objeto do presente estudo.

Muito significativa nesse sentido, em exemplo a destacar, é a preocupação com o aquecimento global. O Acordo de Paris, cunhado em 2015, é um recente movimento transnacional atinente ao tema. Ocorre que a saída do Acordo de

Paris pelos EUA, a partir do mandato de Donald Trump, amplifica a insegurança ambiental climática. Da mesma forma, o afrouxamento ou não das regras sobre utilização de agrotóxicos, a preservação e exploração dos aquíferos, a degradação dos oceanos por lixo, entre outros exemplos, coloca em questão: o ambiente saudável é negociável em prol de um *modus vivendi* de consumo e acumulação de riquezas?

Este trabalho busca analisar juridicamente o problema do (meio) ambiente saudável, analisando-o enquanto possível direito de cada um e de todos os seres humanos. Para tanto, situa as questões ambientais como inerentes à sociedade de risco, para analisar se o ambiente saudável é uma necessidade humana. Desemboca na avaliação do caráter jusfundamental do direito ao ambiente saudável.

### ASCENÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DIFUSOS E COLETIVOS

Não há estrutura social civilizada sem algum grau de Direito. Desde as organizações sociais mais primitivas do passado até as complexas estruturas socioeconômicas do presente, o Direito funcionou e funciona como um condicionante do que se pode e do que não se pode fazer. As limitações que o Direito impõe ao egoísmo inerente ao ser humano, aos seus conflituosos impulsos de conduta<sup>1</sup>, representam freios de estabilidade social. Ensina BOBBIO que

A História pode ser imaginada como uma imensa torrente fluvial represada: as barragens são as regras de conduta, religiosas, morais, jurídicas, sociais, que detiveram a corrente das paixões, dos interesses, dos instintos, dentro de certos limites, e que permitiram a formação daquelas sociedades estáveis, com as suas instituições e com os seus ordenamentos, que chamamos de “civilização”<sup>2</sup>.

Não se deve menosprezar a circunstância histórica de que a estabilidade social foi ancorada na maior parte do tempo histórico na preservação concessiva das posições sociais dos privilegiados, ainda que à custa de discriminações sociais formalizadas na lei. Basta como exemplo disso a admissão jurídica da escravidão, apenas muito recentemente superada. Somente nos últimos séculos, mas especialmente no século XX, as funções do Direito ganharam novas nuances. Não perdeu o seu potencial de controle social em nome da manutenção do *status quo*. Entretanto, paralelamente a isso, pouco a pouco foi se consagrando no mundo ocidental o paradigma político do estado democrático de direito, fulcro na garantia dos direitos humanos.

---

<sup>1</sup> FREUD, Sigmund. *Além do princípio do prazer*. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1998, passim.

<sup>2</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001, p. 24-25.

## Estado de direito (constitucional)

A garantia dos direitos humanos, quando colocada apenas politicamente, significava muito pouco em termos de potencial de efetividade. Faltavam instrumentos para que interesses coletivos fossem preservados e efetivados frente aos interesses das camadas sociais privilegiadas econômica e politicamente.

Gradativamente, especialmente ao longo dos séculos XVIII e XIX, foi sendo construída a matriz jurídica de um Estado separado de instâncias religiosas e autônomo em relação à nobreza/realeza.

Fruto primeiramente da ascensão da burguesia a instâncias de poder, emergiu o estado de direito, estruturado sobre uma Constituição nacional e um sistema jurídico de garantias<sup>3</sup>. A marca definitiva do estado de direito é o condicionamento das atuações públicas, em qualquer nível, segundo regras pré-estabelecidas e constitucionalmente vinculadas.

O Direito gradativamente passou a ter dupla face: por um lado, ainda se configurava como meio de garantia do *status quo*; por outro lado, passou a consagrar garantias que extrapolavam e limitavam esse mesmo *status quo*. Com isso, determinadas contradições jurídico-valorativas foram se firmando como inerentes ao universo jurídico contemporâneo.

Ainda que decisões geoeconômicas possam fugir ao controle dos poderes institucionais, devido à teia de grandes atores econômico-financeiros que transitam para além das instâncias formais de poder, cada vez mais nos últimos três séculos foi se consagrando a importância da inclusão de todos os indivíduos sob o manto jurídico protetor de regras formais.

Em face da predominância, especialmente nos países ocidentais, de interesses econômicos de mercado nas decisões estratégicas da gestão pública, pode-se afirmar que o Direito transita entre manter as bases jurídicas que possibilitam o crescimento econômico financeiro privado e salvaguardar direitos fundamentais que atendam às necessidades da população em geral.

Imagine-se, como exemplo, o interesse de uma grande indústria em se instalar em determinado lugar na periferia de uma cidade. Suas instalações e funcionamento devem seguir uma série de parâmetros, especialmente quanto a eventuais impactos ao (meio) ambiente, para que juridicamente funcione dentro da legalidade. O Direito ao mesmo tempo regula o funcionamento da empresa de forma positiva e de forma limitadora: as regras jurídicas dão à atividade empresarial a possibilidade de atuar produtivamente; mas pode salvaguardar a todos de possíveis impactos dessa atividade.

---

<sup>3</sup> Vide RANIEIRI, Nina. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo, Manole, 2013, passim.

## Direitos individuais e direitos de face coletiva

Todo esse quadro nos remete ao problema da caracterização dos interesses regulados pelo Direito no mundo contemporâneo. Consagrou-se, até meados do século XX, a dicotomia interesse público e interesse privado. Entendia-se que as regulações jurídicas gravitavam em torno da priorização de um ou outro em situações de potencial conflito, de acordo com a matéria regulada pelas normas. Entretanto, haveria âmbitos específicos de regulação jurídica do interesse público – especialmente no Direito Administrativo, no Direito Tributário e no Direito Penal – e âmbitos específicos de regulação jurídica do interesse privado, especialmente no Direito Civil e no Direito Empresarial.

Embora tal dicotomia encontre-se em alguma medida superada, no sentido de não existir uma separação estanque entre as áreas jurídicas de regulação, ela serve como referência para a análise de quem é sujeito de direitos ambientais e sobre os interesses tutelados nas normas ambientais<sup>4</sup>.

## Sujeito de direitos ambientais

A palavra direito designa o objeto de estudo daqueles que se dedicam ao mundo jurídico. Entretanto, pode-se dar a ela um sentido específico, referente à posição dos indivíduos frente ao conjunto de princípios e regras jurídicos. Os direitos, nesse sentido, tratar-se-iam do conjunto de atributos, condições e estados que o indivíduo está habilitado a ter e desfrutar. É nesse sentido que se pode falar em um sujeito de direitos. Mas, quem é (e o que é) esse sujeito de direitos?

Ser sujeito de algo significa ser portador do interesse subjacente ao direito ou bem jurídico (ou dos atributos, condições e estados decorrentes desse bem). O sujeito é aquele que está na posição de domínio e aptidão para fazer com que esse algo, esse bem da vida lhe traga algum benefício (direto ou indireto), lhe seja útil. Assim, por exemplo, o indivíduo que é sujeito do direito de propriedade de um imóvel (uma casa, por hipótese) está na posição de fazer com que essa casa lhe sirva de moradia ou lhe sirva como fonte de riquezas (com a locação ou venda), sendo de seu interesse proteger o bem que é objeto desse direito de propriedade e resguardar juridicamente esse direito.

Logo se vê, entretanto, que ser sujeito de um direito não significa apenas uma posição positiva (de benefícios) frente ao objeto desse direito. Esse bem sobre o qual o indivíduo tem seu direito (posição de domínio) implica também um ônus.

---

<sup>4</sup> Nesse sentido vide CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Edições 70, 2014, *passim*.



Tais ônus podem se configurar através de incumbências e responsabilidades pessoais ou patrimoniais que o indivíduo acaba tendo sobre o bem da vida (no exemplo da casa, o pagamento de tributos e o respeito às regras de saneamento são alguns desses ônus). A eles chamamos deveres – todos os direitos de que somos sujeitos implicam deveres correlatos, nossos ou de terceiros, sejam tais deveres diretos ou indiretos. Assim, por exemplo, cada pessoa é titular do direito de liberdade, e ao mesmo tempo tem o dever de não violar a liberdade dos demais.

É de se alertar que a posição de sujeito de direito não é algo natural, inerente à condição humana. Primeiramente, vale lembrar que o Direito – embora presente em qualquer sociedade que hoje se conheça – não é nada mais do que uma construção político-cultural do ser humano. Assim o sendo, ele traz no seu bojo estipulações ideológicas por parte de quem detém o controle do poder de definir o conteúdo das regulações jurídicas. E, por consequência, a definição das condições para se possuir direitos e deveres segue opções político-culturais que podem ampliar ou limitar a condição de sujeito de direitos. Não há que se negar, entretanto, que ao menos na segunda metade do século XX e neste início de século XXI a preocupação com a igualdade jurídica entre os seres humanos ganhou considerável força, e isso, em algum grau, reflete na amplitude jurídica do sujeito de direito.

Para que alguém possa ser qualificado de sujeito de direitos é indispensável que esse alguém exista para o Direito, que esse alguém possua capacidade jurídica de ter direitos. Isso ocorre quando o indivíduo adquire sua personalidade jurídica.

Nesse prumo, no âmbito do direito interno, o artigo 1º do Código Civil brasileiro prevê que toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Para que, entretanto, alguém seja considerado ‘pessoa’ pelo ordenamento civil, deve ter personalidade jurídica. Esta pode ser definida como o atributo individual que coloca o indivíduo no mundo das relações civis, identificando-a como ser com condições de possuir direitos e deveres.

Assim, no que respeita ao ambiente (objeto jurídico) e suas condições de vida humana (interesse jurídico) é forçoso afirmar que todos os indivíduos são potenciais sujeitos de direitos ambientais.

## **O (MEIO) AMBIENTE ENQUANTO DIREITO DIFUSO**

Os direitos podem ser classificados como pessoais (individuais ou institucionais), coletivos, difusos. Tal classificação tem em conta o interesse que é objeto de um determinado direito. Considerando-se que um direito consiste num interesse resguardado pela ordem jurídica, tornando-se oponível frente a comportamentos alheios e às instituições públicas e privadas, um interesse representa uma potencialidade defensável na vida social.

Isso significa, em termos de vida em sociedade, que a defesa e a imposição de direitos possibilitam que o indivíduo seja colocado como sujeito de si mesmo. Nesse quadro, sua vida em sociedade, individual e coletivamente, há de ser protegida, para que enquanto humano se preserve e se afirme.

### Direitos individuais, direitos coletivos e direitos difusos

A partir da coexistência social, as pessoas assumem em relação às outras a posição possível de afirmação de si mesmas como indivíduos. Nesse escopo é que se inserem direitos individuais exclusivos e os direitos individuais homogêneos. Os primeiros se referem a interesses particularizados. Já os direitos individuais homogêneos pertencem aos indivíduos enquanto tais, mas por seu conteúdo afetam de forma comum a um conjunto de pessoas. Geram lesões individuais a uma coletividade afetada.

Entretanto, a afirmação social do ser humano depende de co-relações sociais e econômicas complexas, fazendo com que algumas potencialidades extrapolem o indivíduo atomizado. Há interesses que somente se afirmam como realidade quando os indivíduos sejam pensados enquanto grupo social, de forma coletiva ou difusa.

Definir o interesse coletivo e o interesse difuso é tarefa essencial. Ambos trazem características comuns, como o fato de perpassarem a vida de muitas pessoas de forma não individual, de forma que interessam a uma coletividade. Sua principal diferença, porém, é que o interesse coletivo diz respeito a um grupo determinado de pessoas, enquanto que o interesse difuso tem titulares indeterminados, já que atende à sociedade toda:

Tal como o interesse coletivo, o interesse difuso possui natureza trans-individual e objeto indivisível, tendo como titulares pessoas relacionadas entre si por situações de fato que, todavia, não são determinadas. O interesse difuso é necessidade de toda a sociedade, e não de grupos sociais determinados.<sup>5</sup>

A ordem normativa constitucional e infraconstitucional consagra força jurídica aos interesses difusos, que se referem, então, a sujeitos indeterminados, qualificando-os com direitos difusos. Mas, na ordem constitucional brasileira percebe-se uma preocupação específica de atribuir uma força especial de imposição a tais direitos.

A Constituição Federal de 1988 faz importante referência expressa aos direitos difusos no inciso III de seu artigo 129, ao prever que é função institucional

---

<sup>5</sup> LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 62.

do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do (meio) ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Situação exemplar norteadora dessa potencialidade de atuação do Ministério Público se deu na recente ação civil pública nº 5013909-51.2019.8.13.0024, por conta do desastre ambiental causado pelo rompimento da barragem da empresa Vale em Brumadinho/MG, buscando a indenização por danos morais coletivos.

Atribuindo ao Ministério Público tais funções protetivas a Constituição Federal fortalece os direitos difusos enquanto direitos humanos. Como afirma Ricardo Lobo TORRES, “Os direitos difusos e coletivos, enquanto direitos humanos, possuem o *status negativus*. Armam os cidadãos dos instrumentos jurídicos necessários à proteção da natureza e da *res publica* contra as ações que lhes sejam prejudiciais”<sup>6</sup>.

É no rol dos direitos humanos difusos que se destaca, assim, o direito ao (meio) ambiente saudável. Tal direito está diretamente correlacionado ao direito à existência digna, decorrente do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Na Constituição Federal de 1988 recebeu tratamento especial, no artigo 225.

A força normativa constitucional veio, portanto, a consagrar a importância da qualidade humana de existência: não basta se proteger o ser humano nos aspectos atinentes à sua sobrevivência; é indispensável que a isso se agreguem aspectos protetivos e estimulatórios de sua vivência, da qualidade de vida que cada indivíduo e a sociedade toda possuem.

Ricardo Lobo Torres<sup>7</sup> de modo feliz afirma que os direitos ecológicos configuram-se como direitos fundamentais, já que as pessoas têm o direito de viverem em (meio) ambiente saudável e de terem a natureza respeitada, como espaço de vivência. Desse modo, quando o ambiente é colocado em risco, trata-se de interesse de todos e de cada uma que se discutam os meios para sua proteção.

### Risco ambiental e a titularidade múltipla dos interesses ambientais

Os riscos ambientais minam os interesses de sobrevivência digna e saudável de todas as pessoas na face da terra. Seja pela poluição industrial, seja pela contaminação agropecuária, seja pela quantidade de dejetos lançados nas águas, seja pelo desequilíbrio das condições ambientais, as condições de existência no mundo contemporâneo estão sob riscos que geram insegurança para a humanidade.

---

<sup>6</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. In: TORRES, Ricardo Lobo (org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 297.

<sup>7</sup> TORRES, Ricardo Lobo. *Op. cit.*, p. 295-296.

Isso é especialmente sensível nos últimos dois séculos, pela aceleração e otimização tecnológica da produção industrial e agropecuária. Até o século XIX, a poluição, séria e grave, era mais territorializada, embora seus efeitos sobre a saúde fossem perversos. Expõe DANNI-OLIVEIRA (2018) que

até praticamente o final do século XIX, a principal fonte de contaminantes do ar nas cidades era a queima de carvão mineral usada tanto nas residências, quanto nas indústrias que, com a variedade cada vez maior de matérias-primas utilizadas nos processos produtivos, agregavam à fuligem os resíduos desta produção. Sob tais condições, no século XIX as cidades mais afetadas passaram a registrar quantidades crescentes de óbitos causados pelos episódios críticos de poluição (...)<sup>8</sup>.

Diversamente, o que se tem no século XXI é exatamente a desterritorialização dos riscos. Por mais que algumas situações sejam de afetação geográfica mais limitada, num primeiro enfoque, a magnitude da maior parte das afetações ambientais tem amplitude não situável, não limitável.

Isso gera um problema de dupla face: por um lado, no plano mediato, é possível direcionar os maiores riscos ambientais para ambientes específicos. Assim, determinadas explorações industriais e ambientais potencialmente nocivas são destinadas a países economicamente periféricos, cujas exigências de prevenção e proteção são menos rígidas e cujas facilidades lucrativas são maiores. Por outro lado, entretanto, os efeitos disso não são mediatamente restringíveis: seja pelas implicações climáticas, seja pelo consumo global de alimentos produzidos nessas regiões, seja pelos efeitos irrestritos de contaminações (o lixo oceânico é um bom exemplo), os efeitos mediatos são ilimitáveis territorialmente.

Em decorrência, se no imediato pode-se direcionar os riscos ambientais para países periféricos, no mediato, tais riscos são extensíveis aos países centrais. As condições econômicas e as regras mais rígidas de alguns países, portanto, não servem de escudo para que sejam mediatamente atingidos pela degradação ambiental.

Porém, é inegável que a pobreza gera maior exposição aos riscos e menores possibilidades de alcance dos recursos da medicina. É nesse sentido que

A OMS estima que cerca de sete milhões de pessoas morrem a cada ano devido à exposição a partículas finas em ar poluído, que penetram profundamente nos pulmões e no sistema cardiovascular, causando acidentes vasculares cerebrais, doenças cardíacas, câncer de pulmão,

---

<sup>8</sup> DANNI-OLIVEIRA, Inês Moresco. *Poluição do ar como causa de morbidade e mortalidade da população urbana*. Revista RAEGA, UFPR, v. 15, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/raega/article/viewFile/14249/9575>. Acesso em 18 out. 2018.

doenças pulmonares obstrutivas crônicas e infecções respiratórias, incluindo pneumonia. (...) Mais de 90% das mortes relacionadas à poluição do ar ocorrem em países de baixa e média renda, principalmente na Ásia e na África, seguidos por países de baixa e média renda das regiões do Mediterrâneo Oriental, Europa e Américas.<sup>9</sup>

Os riscos ambientais, portanto, não têm fronteiras, embora as possibilidades de prevenir o atingimento pessoal e minimizar suas consequências sejam menores para aqueles economicamente menos favorecidos.

Procura-se justificar a existência dos riscos ambientais como mal menor em benefício de justificativas econômicas. Por um lado, argumenta-se que as causas dos danos ambientais não são causalmente demonstráveis, são indefinidas. Isso é claramente deslegitimado, pois os riscos são intangíveis e sobre eles não se pode utilizar o simplismo da causalidade tradicional:

o suposto '*princípio da causação*' é utilizado como *eclusa de reconhecimento ou refutação*: sabe-se que geralmente os riscos da modernização, em razão de sua estrutura, *não* podem ser suficientemente interpretados segundo o princípio da causação. No mais das vezes, não existe o causador, mas justamente poluentes no ar, vindos de muitas chaminés e, além disso, correlatos de males inespecíficos, a respeito dos quais se consideram uma multiplicidade de 'causas'. Quem quer que, sob tais condições, insista numa prova causal *estrita*, maximiza a refutação e minimiza o reconhecimento de contaminações e enfermidades civilizacionais de origem industrial.<sup>10</sup>

Por outro lado, pretensas razões economicistas são proclamadas:

a salvaguardada prosperidade e do crescimento econômico mantêm-se inabalada como primeira prioridade. A perda iminente de postos de trabalho é proclamada aos quatro ventos, de modo a manter frouxas as amarras das estipulações e controles de valores máximos para as emissões de poluentes ou para que sequer se investiguem certos resíduos tóxicos detectados nos alimentos.<sup>11</sup>

Tais justificativas economicistas se repetem ao longo da história, sempre que emerge a preocupação ambiental. Ocorre que os efeitos reais e possíveis dos

---

<sup>9</sup> ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Nove em cada dez pessoas do mundo respiram ar poluído*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluido&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluido&Itemid=839). Acesso em 18 out. 2018.

<sup>10</sup> BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011, p. 76.

<sup>11</sup> BECK, Ulrich. Op. cit., p. 55.

riscos e danos ambientais contemporâneos alcançaram uma dimensão que não se submete ao utilitarismo de tal argumento. Não se trata de algo que ocorra agora e que logo adiante na história possa ser consertado, remediado.

Seja como for, o que se percebe, pois, é que as sociedades de risco têm uma característica peculiar: seus conflitos e os riscos ambientais que lhes são inerentes não têm limites geográficos, são supra fronteiriços:

possuem uma *tendência imanente à globalização*. A produção industrial é acompanhada por um universalismo das ameaças, independente dos lugares onde são produzidas: cadeias alimentares interligam cada um e praticamente todos os demais na face da terra. Submersas, elas atravessam fronteiras.<sup>12</sup>

Riscos perceptíveis e riscos ocultos são ‘democráticos’ nesse sentido, pois têm o potencial imediato ou mediato de atingir em alguma medida todos os países e todas as pessoas:

A confluência dos riscos associados à escassez hídrica, as mudanças climáticas, os eventos meteorológicos extremos e a migração involuntária continua sendo uma combinação poderosa e um “multiplicador de riscos”, especialmente nos contextos de maior fragilidade ambiental e política da economia mundial.<sup>13</sup>

Em decorrência, reafirma-se que o interesse na preservação e na proteção ambiental é de todos e de cada um, já agora não só do prisma dos interesses difusos no plano nacional, mas também no plano transnacional. O interesse difuso transnacional é o interesse na manutenção da espécie como tal, e na manutenção do pressuposto de humanidade para todos e cada um. Desse modo, como direitos traduzem interesses, os direitos ambientais são direitos fundamentais de múltipla titularidade.

## **O CARÁTER INDISPONÍVEL DO DIREITO AO (MEIO) AMBIENTE SAUDÁVEL**

Riscos ambientais são riscos de vida: colocam em xeque a qualidade da vida humana presente, e a própria condição de existência civilizada futura. A sobrevivência (o existir) e a vivência (existir com dignidade) são interesses difusos, pois dizem respeito a cada indivíduo, enquanto parte da humanidade. Definidos,

---

<sup>12</sup> BECK, Ulrich. Op. cit., p. 43.

<sup>13</sup> FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *Informe de riesgos mundiales: 12ª edición/2017*. Disponível em: [wyma/v2/publications/2017/jan/Global-Risk-Report-2017\\_ES.pdf](http://wyma/v2/publications/2017/jan/Global-Risk-Report-2017_ES.pdf). Acesso em 19 nov. 2018. p. 17.

assim, os interesses ambientais como de todos, no plano nacional e, também, no âmbito transnacional, resta analisar sua (in)disponibilidade jusfundamental.

### Critério de jusfundamentalidade

Os direitos pessoais, coletivos ou difusos têm, em alguma medida, o caráter de direitos humanos, no sentido de que representam alguma medida de afirmação e garantia do ser humano no mundo.

Existem, entretanto, direitos humanos que estão posicionados num patamar diferente, pois consistem em garantias fulcrais da condição humana de existência no mundo. Representam valores essenciais de coexistência entre os seres humanos e de existência de cada ser humano no meio em que vive.

A identificação de tais direitos pelo seu conteúdo não é determinada por critérios rígidos, e nem se dá de forma exaustiva: ela depende de aspectos culturais, políticos e históricos. Culturalmente, trata-se de conceber o que é valioso no âmbito das crenças de um determinado grupo social. Politicamente, trata-se de determinar o que é desejável para o futuro do grupo social. Historicamente, trata-se de delinear a evolução das crenças e condições materiais de coexistência social<sup>14</sup>.

Agrega-se a tais aspectos de conteúdo um aspecto normativo: serão jusfundamentais aqueles direitos essenciais para a condição humana de existência no mundo e que tenham sido consagrados constitucionalmente. A consagração normativo-constitucional significa um determinante histórico-jurídico da força de um direito. No âmbito de um estado democrático de direito, significa que determinada questão está no mais alto ponto estatal, registrada no conjunto normativo mais forte do sistema jurídico.

Ora, os direitos humanos fundamentais consagram os valores superiores para a vida em sociedade, tanto sob o ponto de vista histórico (passado para o presente), quanto sob o ponto de vista perspectivo (presente para o futuro). Delimitam o âmbito de intervenção estatal na liberdade individual e positivam normativamente as liberdades, atribuições e garantias inerentes a cada cidadão, condicionando potencialmente todas as relações jurídicas privadas e públicas.

Possuem, assim, força normativa, pela imposição constitucional sobre todo o sistema jurídico, e imposição axiológica, pelo condicionamento hermenêutico que possibilitam. Bem afirma SARLET que

os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), critérios de legitimação do poder estatal e, em decorrência, da própria ordem

---

<sup>14</sup> FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho constitucional*. Ciudad de México: n. 15, Julio-Diciembre 2006.

constitucional (...). (...) os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos da ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico.<sup>15</sup>

Ademais, os direitos fundamentais têm uma característica que lhe é atribuída como essencial: a indisponibilidade. Exatamente por serem essenciais às condições humanas de existência digna, ainda que não sejam absolutos juridicamente, não são negociáveis. Frutos de construções sócio-culturais e históricas, conquistas contemporâneas, destacam-se, em especial, os direitos à vida, à igualdade, à liberdade e, sobretudo, à existência digna. Eis aqui o marco decisivo para a fundamentação dos direitos fundamentais ambientais: são direitos à existência digna.

### Ambiente saudável e sua indisponibilidade

No âmago dos direitos fundamentais está a ideia de que o existir humano deve ser marcado por diferenças qualitativas em relação aos restantes animais, demonstrando uma racionalidade humana diferencial. Os animais têm como motor comportamental seus instintos; o ser humano, para além dos seus instintos, tem as potencialidades do pensar, que potencializam decisões racionais.

Relevante se faz supor que quanto melhores forem as condições de vida, mais capacitado para o pensamento racional estará o indivíduo, já que seu agir precisará ser menos guiado pelos instintos de sobrevivência. Assim, seria contraditório se pensar em existência humana digna sem que se absorva a necessidade de que o ser humano goze de direitos básicos garantidores de necessidades vitais.

Nesse sentido, o (meio) ambiente saudável representa um instrumento de garantia de uma existência digna no mundo. Por tudo que se apontou acima, fica evidente que individual e coletivamente o ser humano precisa ter espaço de vida que lhe permita sobreviver diante das agruras do ambiente que habita, e viver com qualidade diante das ferramentas de sobrevivência que utiliza. Aí se incluem, entre outros, o espaço urbano ou rural habitado, com os recursos de habitação, subsistência e alimentação; e os recursos qualificados de vida de que dispõe o ser humano, como saneamento, qualidade do ar e qualidade da água.

Em virtude disso, a preservação e a proteção ambiental são imposições jusfundamentais que exigem uma articulação transnacional, pautada pela base difusa dos interesses em jogo:

---

<sup>15</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 60-61.



Deverá se acabar com a separação que existe dentro de organizações e temas específicos, tanto no setor público como no setor privado, num nível mundial. Em seu lugar, deverão se criar novas alianças e coalizões de múltiplos atores para levar a cabo ações, e a eleição dos membros dessas alianças e coalizões se realizarão sem levar em consideração as limitações tradicionais relacionadas com interesses, experiência ou nacionalidade.<sup>16</sup>

Ressalte-se, porém, que se o paradigma ambiental é transnacional, os paradigmas jurídicos continuam sendo normativos. O sistema jurídico, que funciona como referencial normativo para prevenção e solução de conflitos de interesses, mas também como regulador e limitador das atuações públicas e privadas diante da coletividade, tem na Constituição seu núcleo normativo referencial.

No Brasil, em seu artigo 225, a Constituição Federal de 1988 consagra os paradigmas normativos balizadores do trato jurídico sobre as questões ambientais como um direito de cada um e de todos:

**Art. 225.** 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.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I – preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II – preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III – definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do (meio) ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o (meio) ambiente;

VI – promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do (meio) ambiente;

---

<sup>16</sup> FORO ECONÓMICO MUNDIAL. Op. cit., p. 17.

VII – proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (grifo nosso)

Vislumbram-se no *caput* do referido artigo os dois grandes pressupostos da proteção ambiental contemporânea: trata-se o ambiente de bem de interesse de todos, indistintamente (“bem de uso comum do povo”); é essencial para a sobrevivência digna dos seres humanos (“essencial à sadia qualidade de vida”).

Fácil é concluir, na junção deste artigo 225 com o princípio da dignidade humana (artigo 3º), que o sistema constitucional brasileiro consagra o direito ao ambiente saudável como um direito fundamental social e difuso.

Enquanto direito fundamental compartilha de características que são consagradas a estes: impositividade, universalidade e indisponibilidade. O direito ao ambiente saudável é impositivo, de forma que podem ser impostas à Administração Pública e às atuações privadas o respeito às regras que envolvem seu resguardo e sua efetividade. É universal, já que envolve a todos os indivíduos indistintamente. E, especialmente, é indisponível: dele não se pode abrir mão em face de negociações circunstanciais, sob pena de atingir as condições de dignidade presentes, e as condições de sobrevivência futuras.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Coexistir socialmente significa acomodar conflitos de interesses. Cada ser humano individualmente e coletivamente é sujeito de interesses que, em alguma medida, estão em potencial conflito de outros interesses de outros sujeitos.

A prevenção da irracionalidade desses conflitos potenciais poderia ser dada pela razão, mas então se dependeria de (bom) senso de convivência dos atores sociais, quando na verdade as pessoas são constantemente movidas por suas paixões e credos. Em virtude disso, o Direito funcionaria como uma força intermediária, cuja vocação no estado democrático de direito seria garantir através de normas que os interesses de uns não se sobreponham aos interesses da coletividade, assim como os interesses da coletividade não represente opressão às minorias.

Por conseguinte, na vida em sociedade o Direito funciona como limitação e garantia, diante de riscos individuais e/ou coletivos, determinados ou difusos.

Tal potencialidade jurídica é especialmente relevante em matéria de riscos ecológicos. Isso primeiramente porque os riscos ecológicos, em grande medida, são, sob o ponto de vista causal, de difícil percepção pela maioria. Além disso, os riscos ecológicos encontram pretensas justificativas utilitárias, cuja plausibilidade é sedutora, não obstante tais justificativas não se sustentem quando medidas do presente para o futuro. Enfim, os riscos ecológicos são extremamente

graves, pois são transnacionais: questões ligadas à poluição do ar e da água, à contaminação de alimentos e mananciais, aos desequilíbrios climáticos, não respeitam fronteiras nacionais.

Diante disso, a sobrevivência humana e a vivência digna são colocadas em xeque. Por decorrência, ainda que inconscientemente, a prevenção e a preservação ambiental diante dos riscos contemporâneos são do interesse de cada um e de todos. Trata-se de interesses difusos, pois perpassa as fronteiras nacionais e, também, envolve as gerações futuras.

Acima de tudo, o interesse na prevenção e na preservação ambiental embasa um direito difuso, extensível a cada ser humano: o direito ao (meio) ambiente saudável. Um direito humano fundamental, por ser, no caso brasileiro, constitucionalmente consagrado. Um direito humano supra fronteiriço, pois de interesse de todos os seres humanos para preservação presente e futura de sua humanidade. E, enquanto tal, um direito fundamental indisponível, do qual não se pode abrir mão, sob pena de atingir as condições de dignidade presentes, e as condições de sobrevivência futuras.

## REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. São Paulo: Edipro, 2001.
- COELHO, Edihermes Marques. *Direitos humanos, globalização de mercados e o garantismo como referência jurídica necessária*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- CONDESSO, Fernando dos Reis. *Direito do ambiente*. Coimbra: Edições 70, 2014.
- Convenção Quadro sobre Mudança do Clima. *Adoção do Acordo de Paris*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Acesso em 07 dez. 2018.
- DANNI-OLIVEIRA, Inês Moresco. *Poluição do ar como causa de morbidade e mortalidade da população urbana*. Revista RAEGA, UFPR, v. 15, 2008. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/raega/article/viewFile/14249/9575>. Acesso em 18 out. 2018.
- FERRAJOLI, Luigi. Sobre los derechos fundamentales. *Revista Mexicana de Derecho constitucional*. Ciudad de México: n. 15, Julio-Diciembre 2006.
- FORO ECONÓMICO MUNDIAL. *Informe de riesgos mundiales: 12ª edición/2017*. Disponível em: [wyman/v2/publications/2017/jan/Global-Risk-Report-2017\\_ES.pdf](https://www.eiu.com/wyman/v2/publications/2017/jan/Global-Risk-Report-2017_ES.pdf). Acesso em 19 nov. 2018.
- FREUD, Sigmund. *Além do princípio do prazer*. Tradução de Christiano Monteiro Oiticica. Rio de Janeiro: Imago, 1998.
- LISBOA, Roberto Senise. *Contratos difusos e coletivos*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. *Nove em cada dez pessoas do mundo respiram ar poluído*. Disponível em: [https://www.paho.org/bra/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluido&Itemid=839](https://www.paho.org/bra/index.php?option=com_content&view=article&id=5654:nove-em-cada-dez-pessoas-em-todo-o-mundo-respiram-ar-poluido&Itemid=839). Acesso em 18 out. 2018.

RANIEIRI, Nina. *Teoria do estado: do estado de direito ao estado democrático de direito*. São Paulo, Manole, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

*Data de recebimento: 11/12/2018*

*Data de aprovação: 25/06/2019*

# AS ELEIÇÕES ANTE O ABUSO DO PODER RELIGIOSO OU ABUSO DO DIREITO DE LIBERDADE RELIGIOSA? UM CONTRASTE ENTRE OS DIREITOS INDIVIDUAIS E OS OBJETIVOS DAS ELEIÇÕES

## THE ELECTIONS FACE RELIGIOUS POWER ABUSE OR RELIGIOUS FREEDOM RIGHT ABUSE? A CONTRAST WITH INDIVIDUAL FREEDOM IN A LAY DEMOCRATIC STATE

*João Hagenbeck Parizzi\**  
*Claudia Regina dos Santos\*\**  
*Lucas Pereira Pontes\*\*\**

### RESUMO

O presente artigo busca realizar uma análise acerca do abuso do poder religioso nas eleições, com ênfase nos julgados de cassação de mandatos no Brasil baseados em tal forma de abuso de poder. O estudo passa pela análise da Constituição Federal e das normas aplicáveis ao processo eleitoral, em especial no que diz respeito às condutas vedadas e as questões relacionadas ao abuso de poder eleitoral, bem como os julgados dos órgãos jurisdicionais acerca do tema. A pesquisa, portanto, é, quanto à profundidade, de natureza exploratória e quanto à fonte de obtenção de dados, documental e bibliográfica, utilizando o método lógico dedutivo para se chegar às conclusões a partir dessas fontes. Com isso se estabeleceu quais as condutas que envolvem a religião e as eleições podem ser consideradas abusivas ou não a partir dos casos concretos pesquisados.

**Palavras-chave:** Religião; Direito eleitoral; Abuso de poder religioso; Eleições.

---

\* Doutorando em Direito pelo Uniceub/DF. Mestre em Direito e Políticas Públicas pelo Uniceb/DF (2016). Professor designado da Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba.

\*\* Doutora em História pela Unesp. Professora Designada na Universidade Estadual de Minas Gerais (UEMG) – Unidade Ituiutaba.

\*\*\* Bacharel em Direito pelo Centro de Ensino Superior de Catalão (Cesuc) 2018.

---

**ABSTRACT**

---

This article seeks to analyze the religious power abuse in the elections, with emphasis on cases of mandates cassation in Brazil based on such abuse of power. The study is based on the analysis of the Federal Constitution and the norms applicable to the electoral process, especially with regard to the prohibited conduct and issues related to the abuse of electoral power, as well as the courts decisions on the subject. The research, therefore, is, as far as depth is concerned, exploratory nature and as to the source of data collection, both documentary and bibliographical, using the deductive logic method to arrive at conclusions from these sources. With this, it was established which conduct involving religion and the elections can be considered abusive or not from the concrete cases researched.

**Keywords:** Religion; Electoral right. Religious power abuse; Elections.

**INTRODUÇÃO**

No dia 10 de setembro de 2016 o pastor da igreja Assembleia de Deus Ministério Madureira, Thiago Sans, começou o culto da noite com as seguintes palavras:

Quantas igrejas já foram fechadas? Quantas igrejas já foram lacradas? Porque nós não tivemos quem defendesse nossa causa. Então em função disso, Deus deu uma direção ao nosso líder, ao nosso pastor, e neste ano, no dia 02 de outubro, nós já temos algo determinado por Deus, e pela nossa liderança, nós vamos até lá, fazer 15.444 orações. Diga 15.444 orações, diga quinze, quatro, quatro, quatro.

[...]

Nós temos aqui uma mulher crente a Deus, que serve ao senhor, uma mulher que nós temos apoiado e iremos abençoar, então no dia 2 de outubro, você não vai esquecer. Esta é a candidata, é a pessoa que Deus levantou para representar a Assembleia de Deus Ministério Madureira, e eu quero que vocês aplaudam a Deus e recebam com muito carinho a nossa irmã, Leonice da Paz e eu tenho certeza que Deus irá abençoá-la. [...] Lembrem-se, são 15.444 orações e Deus vai usar essa serva dele para nos ajudar, nos abençoar lá dentro, porque a gente precisa de alguém leal e fiel que possa representar o povo de Deus<sup>1</sup>.

Este é apenas um exemplo do que ocorre dentro de diversas igrejas dos mais variados credos em época de campanha eleitoral. Este caso aconteceu em

---

<sup>1</sup> MARCHEZI, Fabiana. Justiça multa candidata e pastor que pediu voto a ela em culto evangélico. Universo Online, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2016/noticias/2016/09/28/justica-multa-candidata-e-pastor-que-pediu-vota-a-ela-em-culto-evangelico.htm>>. Acesso em 17.10.2018.

Campinas, e tanto a candidata, quanto o pastor foram condenados pela Justiça Eleitoral ao pagamento de multa<sup>2</sup>, sendo que a candidatura, apesar do claro e inequívoco desrespeito à Lei Eleitoral, foi deferida pelo TSE. A candidata, apesar das 15.444 orações suplicadas pelo sacerdote, com apenas 1.469 votos, não foi eleita nas referidas eleições.

Tal situação gerou a hipótese de que algumas religiões, principalmente a evangélica, podem estar se utilizando da religião para obter capital político.

De acordo com uma pesquisa de 2010<sup>3</sup> do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), 86,8% de toda população brasileira é composta por cristãos, o que ressalta o potencial de influência que seus líderes têm sobre seus fiéis.

O presente artigo busca realizar uma análise acerca da influência do chamado “poder religioso” no cenário político, como causa do descumprimento dos princípios norteadores aplicáveis ao processo eleitoral, tendo por base a Constituição Federal e as normas aplicáveis ao processo eleitoral, especialmente no que diz respeito às condutas vedadas, relacionadas ao abuso de poder eleitoral.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo investigar de forma particular o abuso da liberdade religiosa nas eleições, levantando a questão da possibilidade ou não da impugnação da candidatura ou até mesmo a cassação de um mandato de um candidato já eleito, bem como os objetivos específicos de definir um conceito de liberdade religiosa e Estado Laico de Direito, discorrer sobre direitos fundamentais, expor os fatos de abuso religioso no Poder Público, demonstrar a influência da religião nos tribunais, de expor os resultados obtidos através das análises realizadas, concluindo pela possibilidade de impugnação ou cassação de mandato pela configuração de abuso do poder religioso.

A pertinência desse debate é enorme, uma vez que a própria jurisprudência dos tribunais eleitorais é vacilante, como se demonstrará adiante.

Partindo dessa hipótese, a pesquisa ora desenvolvida objetivou responder a seguinte problemática: Se há ou não possibilidade da impugnação da candidatura ou até mesmo a cassação do mandato do candidato eleito, se configurado o chamado abuso de poder. Para tanto se faz necessário, de antemão, a definição do que configura abuso de poder religioso nas eleições, o que se verá mais à frente.

O tema se torna relevante visto que a religião não cessa de difundir entraves e polêmicas ao longo da história da humanidade. Procurar se aproximar ou

---

<sup>2</sup> MARCHEZI, Fabiana. Justiça multa candidata e pastor que pediu voto a ela em culto evangélico. Universo Online, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2016/noticias/2016/09/28/justica-multa-candidata-e-pastor-que-pediu-vota-a-ela-em-culto-evangelico.htm>>. Acesso em 17.10.2018.

<sup>3</sup> IBGE. Questionário Básico e Questionário da Amostra. [http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2170](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170). Acesso em 02.05.2018.

compreender minimamente seus desdobramentos histórico-sociais é elucidar como o fator religioso ainda interfere na construção do imaginário social, repercutindo diretamente nas diversas dimensões das práticas coletivas.

No mundo antigo, na chamada *pré-história*, e mesmo após o surgimento da escrita, em torno de 3000 anos atrás, na região mesopotâmica, os povos politeístas<sup>4</sup> não estabeleciam distinções entre a esfera religiosa e as outras atividades que exerciam em seu cotidiano, as quais, contrariamente, eram legitimadas e permeadas pelo pensamento religioso<sup>5</sup>. O caráter universalista, propulsor de controvérsias e violência nas antigas sociedades, origina-se do surgimento do modelo monoteísta religioso, propagado pelo judaísmo, cristianismo e islamismo. Se predominava com o politeísmo uma liberdade religiosa orgânica, o culto a uma só divindade ou deus será fonte de acirradas lutas e disputas pela dominância política e ideológica. Com efeito, é com a detenção ou poderio sobre esta instância social, que a prevalência de um novo pensamento pautado na mistificação da vida irá conduzir ou direcionar a conduta humana. E a construção paulatina desse processo não estará, em momento algum, imune a choques e imposições arbitrárias, os quais, em que pese os avanços advindos do pensar cartesiano no âmbito filosófico ou de uma racionalidade técnico-científica posta pela Revolução da ciência moderna, não foram suprimidos. No Brasil, especialmente, as garantias à liberdade religiosa, enquanto direito fundamental, outorgadas pela CF/88, não têm assegurado o respeito e tolerância à diversidade religiosa, característica da formação histórica do País. Nos últimos anos, as religiões de matriz africana, principalmente, têm sido alvo de ataques, insultos e abusos, sem que haja argumentação ou uma explicação racional que justifique tais atos. Segundo informações da Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR), entre os anos de 2012 e 2015, mais de 70% nos 1.014 casos detectados correspondem a agressões contra religiões afro-brasileiras, a saber, adeptos da umbanda e candomblé e suas vertentes<sup>6</sup> (assunto este a ser retomado adiante). Questiona-se, então: onde está a laicidade do Estado brasileiro na garantia de um direito básico como o da liberdade de professar diferentes crenças?

Como dito anteriormente, é fácil compreender o quanto a religião de alguma forma influencia a vida das pessoas. Vários líderes, assim titulados pelos fiéis,

---

<sup>4</sup> Etimologicamente, a palavra politeísta origina-se da fusão dos vocábulos gregos *polis* (muito) e *théos* (deus), referindo-se, portanto, a “muitos deuses” (em sentido literal), ou a coexistência de vários deuses (2019).

<sup>5</sup> SCARPI, Paolo. *Egito, Roma, Grécia, Mesopotâmia, Pérsia Politeístos*: as religiões do mundo antigo. São Paulo: Hedra, 2004, p. 12.

<sup>6</sup> PUFF, Jefferson. Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? BBC Brasil, Rio de Janeiro, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/.../160120\\_intolerancia\\_religioes\\_africanas\\_jp\\_rm](https://www.bbc.com/portuguese/.../160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm)>. Acesso em 17 mar. 2019.



sabendo de seus “poderes” vêm usando o seu poder de influência sobre os seus fiéis seguidores para se autopromover, configurando à vista disso o chamado “abuso de Poder Religioso”. O tão falado “abuso do poder”, tema tão caro e imprescindível à democracia e à liberdade do voto, entra na mira do Poder Público através da Justiça Eleitoral. O abuso de poder religioso não tem texto expresso em lei, todavia, as denúncias do suposto abuso têm ganhado destaque no plenário brasileiro e vem se tornando cada vez mais comuns. As acusações desse tipo têm motivado decisões em tribunais por todo país, sustentando a abertura de processos que poderão até impugnar parlamentares dos seus respectivos cargos e funções. Porém, por mais que o assunto venha ganhando espaço, ainda é novo e recentemente chegou ao Tribunal Superior Eleitoral.

O presente artigo acadêmico resulta de uma pesquisa (quanto à profundidade) exploratória e, com relação às fontes, pesquisas bibliográficas e documentais. Foram realizadas pesquisas teóricas através dos textos doutrinários presentes na Biblioteca do Centro de Ensino Superior de Catalão (Cesuc), na Biblioteca da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG), além de bibliotecas virtuais, para localização de artigos publicados em livros e revistas jurídicas digitais, bem como pesquisa empírica com a obtenção de dados a partir de decisões judiciais (jurisprudência) que retratam o tema. Por fim, houve a aplicação do método lógico dedutivo para se chegar às conclusões deste artigo.

## **ESTADO LAICO BRASILEIRO DIALOGANDO COM A LIBERDADE RELIGIOSA**

O Estado Laico e a liberdade religiosa não eram regras quando da formação dos primeiros Estados soberanos, somente se concretizando tal liberdade, sob o ponto de vista legal, a partir da Revolução Francesa de 1789<sup>7</sup>. É Rousseau quem, principalmente, dá origem à diretriz ideológica implementada pelo processo revolucionário francês, que herda do Iluminismo o descrédito à religião, ao mesmo tempo em que incorpora a ideia de um Estado laicizado. Ainda que outras revoluções, anteriores à francesa – como a Revolução Americana e a Revolução Inglesa – tenham projetado valores próximos, foram os franceses que fizeram ecoar seus efeitos revolucionários, a saber, materiais, de hábitos, de interesses, e, mais ainda, espirituais. A Revolução passou a ser referência por mais de um século nos maiores debates coletivos, substituindo, no lugar das antigas paixões religiosas, “paixões políticas inteiramente novas, intolerantes, exaltadoras e devastadoras”<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constituição à liberdade religiosa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília a. 40, n. 160 out./dez. 2003, p. 113-114.

<sup>8</sup> CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986.

Em consonância com esse argumento, ensina Tocqueville que a radicalidade dos revolucionários os fizeram, efetivamente, trocar de crença, pois, no lugar da religião, passaram a alimentar uma “admirável crença” em si próprios, levando a “audácia até a loucura, que nenhuma novidade podia surpreender, nenhum escrúpulo moderar, e que nunca hesitaram diante da execução de um propósito”<sup>9</sup>. Nesse sentido, a Revolução Francesa é o movimento que, historicamente, num desejo de descristianizar a sociedade, dissocia, de forma efetiva, Estado e religião, passando a projetar para outros continentes um de seus fundamentos, o caráter secular da política e a liberdade de professar qualquer crença ou religião. Assinala o artigo 10 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: “Ninguém deve ser inquietado pelas suas opiniões, incluindo religiosas, contanto que a sua manifestação não perturbe a ordem pública estabelecida por lei”. Assim é que estava em curso uma mudança política extrema que operava uma revolução do ponto de vista religioso, bem como do ponto de vista jurídico.

Com efeito, verifica-se, no nosso caso, que a Constituição Imperial brasileira de 1824 previa expressamente em seu art. 5º a Religião Católica Apostólica Romana como religião oficial do Estado, porém se permitindo que as outras religiões pudessem se manifestar particularmente. Desde então, houve uma evolução da liberdade religiosa, já na Constituição de 1891, o Estado brasileiro passou a ser laico, conforme previsto no art. 72, § 7º da referida Carta Política.

Hoje, sabe-se que todos são iguais perante a lei, portanto se conduz de forma inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias, conforme a Constituição Federal de 1988, em seu art. 5º, inciso VI. Deste modo, ficou reassegurada a liberdade religiosa e a laicidade do Estado.

Apesar disso, inúmeras são as notícias envolvendo intolerância religiosa. O relatório da ONG *Aid to Church*<sup>10</sup>, denota que houve o registro de 543 denúncias de intolerância religiosa pelo disque 100, sendo que em 216 deles a vítima informou sua religião. Os fiéis do Candomblé e da Umbanda são os mais perseguidos, 35% das denúncias os tinham como vítima, sendo que os mesmos correspondem a apenas 0,3% da população.

Nesse cenário de “aparente” liberdade religiosa, há ainda uma crescente preocupação com a influência religiosa nas eleições políticas. Inclusive, após as eleições de 2016, a bancada evangélica contava com 82 parlamentares na Câmara

---

<sup>9</sup> PASOLD, Cesar Luiz. Alexis de Tocqueville: percepção jurídica e política da Revolução Francesa, *Direito, Estado e Sociedade*, n. 35, p. 42-70, jul./dez. 2009.

<sup>10</sup> AID TO CHURCH. Relatório Brasil 2014. Disponível em <<https://acn.org.br/images/stories/RLRM2016/pDFs/RLRM-2016-Brasil.pdf>>. Acesso em 20.08.2018.

Federal<sup>11</sup>. Após as eleições de 2018, a bancada da “bíblia”, como também é conhecida, ocupará, em 2019, ao menos, 42 cadeiras<sup>12</sup>.

As expressões (laicidade e liberdade religiosa) são fartas de abstração, no entanto, têm características relacionadas ao princípio da dignidade da pessoa humana. A palavra “laico” tem origem do grego *laikós*, o que representava a autonomia das atividades humanas.

A expressão laicidade deriva do termo *laico, leigo*. Etimologicamente *laico* se origina do grego primitivo *Laos*, que significa povo ou gente do povo. De *Laos* deriva a palavra grega *laikós* de onde surgiu o termo latino *laicus*. Os termos *laico, leigo* exprimem uma oposição ao religioso, aquilo que é clerical<sup>13</sup>.

Nesse sentido, segundo Celso Lafer<sup>14</sup>, o Estado Laico se caracteriza por ser aquele que não adota uma religião específica como a oficial do país e tem como principal característica a ausência de fusão entre o poder político e o religioso, ao contrário do que ocorre nos Estados Teocráticos.

Nesse contexto, com relação à liberdade religiosa, Silva<sup>15</sup> frisa que essa compreende a “[...] a liberdade de aderir a qualquer seita religiosa, a liberdade (ou o direito) de mudar de religião, mas também compreende a liberdade de não aderir a religião alguma, assim como a liberdade de descrença, a liberdade de ser ateu e de exprimir o agnosticismo”.

No que se refere ao Brasil, tem-se que este é um Estado Laico, a religiosidade brasileira é bastante diversificada. Os censos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) realizados entre 2000 e 2010 apontam, em âmbito nacional, os que se declararam católicos (de 73,6% para 64,6%) e evangélicos (de 15,4% para 22,2% – sendo 60% destes pentecostais, 18,5% de missão e 21,8% não determinados), espíritas (de 1,3% para 2,0%) e dos que se declararam “sem

---

<sup>11</sup> CONHEÇA as 11 bancadas mais poderosas da Câmara. **Congresso em Foco**, Brasília, 19.02.2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/>>. Acesso em 04.12.2018.

<sup>12</sup> A NOVA cara das bancadas do boi, da bala e da bíblia. Deutsche Welle e Carta Capital, Brasília, 12.10.2018. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-nova-cara-das-bancadas-do-boi-da-bala-e-da-biblia>>. Acesso em 12.10.2018.

<sup>13</sup> CATROGA, 2006, *apud* RANQUETAT JUNIOR, C. A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Tempo da Ciência*, Santa Maria, v. 15, n. 30, p. 59-72, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_nlinks&ref=000143&pid=S0101-7330201300030001400019&lng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_nlinks&ref=000143&pid=S0101-7330201300030001400019&lng=pt)>. Acesso em 02.05.2018, p. 62.

<sup>14</sup> LAFER, Celso. *Estado laico*. Estado de São Paulo, São Paulo, 2007, p. 2.

<sup>15</sup> SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 249.

religião” (de 7,3% para 8,0%); lado outro, os adeptos da umbanda e do candomblé ficaram em 0,3%”<sup>16</sup>.

Isso implica na conclusão de que a religiosidade no Brasil é diversificada, confirmando, de certa forma, a existência de um estado laico, com pluralidade religiosa. Isto, sem sombra de dúvidas, se reflete na questão da escolha política das pessoas, o que seria vedado pela Lei, conforme descrever-se-á mais adiante. Por ora, convém atentar e estabelecer o referencial teórico do termo “liberdade religiosa”.

A liberdade religiosa é dividida em três formas de expressão, Silva Filho<sup>17</sup> descreve que são elas: a liberdade de crença, a liberdade de culto e a liberdade de organização religiosa. Diante desse contexto, observa-se que a liberdade religiosa engloba o poder de escolha da religião, sendo facultativo a todos o direito de optar pela seita religiosa que se adequa à sua fé, englobando o direito de mudar de religião quando julgar necessário, frequentar cultos quando e quantas vezes achar necessário ou então mesmo a liberdade de não aderir a nenhuma religião. Tanto a liberdade de escolha da religião quanto o livre exercício dos cultos religiosos estão assegurados na Constituição Federal de 1988 que garante, na forma da Lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias (CF/88, art. 5º, inc. VI), oferecendo ainda a imunidade fiscal sobre templos de qualquer culto (CF/88, art. 150, inc. VI alínea b).

Importa ressaltar que a doutrina entende que as igrejas são um importante ator social e, dessa forma, devem sim participar da vida política e social do país<sup>18</sup>. No entanto, assim como a todos os direitos, a liberdade religiosa possui limites, de acordo com Silva Filho<sup>19</sup> (2004, p. 248) esta “não compreende a liberdade de embarçar o livre exercício de qualquer religião, de qualquer crença, pois aqui também a liberdade de alguém vai até onde não prejudique a liberdade dos outros”. Neste sentido, sintetizou Cretella Júnior:

A liberdade religiosa, pela própria natureza que se reveste, apresenta modalidades diversas; intimamente qualquer um pode adotar o culto ou a fé que mais lhe convier, sem que o Estado possa penetrar ou violar os sentimentos individuais. O mesmo não ocorrerá, porém, quanto às

<sup>16</sup> IBGE. *Questionário Básico e Questionário da Amostra*. <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2170](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170)>. Acesso em 02.05.2018, p. 89.

<sup>17</sup> SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 248.

<sup>18</sup> SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do poder religioso: a influência da igreja evangélica no processo eleitoral brasileiro. *O direito de liberdade religiosa no brasil e no mundo*. Anajure, [s.l]: 2014, p. 83-101, p. 93.

<sup>19</sup> SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 248.

exteriorizações desses sentimentos religiosos, manifestações que se acham vinculadas aos interesses da ordem pública, dos bons costumes, dos direitos da coletividade. Determinadas práticas religiosas, ofensivas à moral e a ordem pública, são necessariamente proibidas porque podem provocar tumultuo que tragam danos ao particular ou à coletividade<sup>20</sup>.

Assim, constata-se que a liberdade religiosa não é absoluta, uma vez que é vedada a manifestação do sentimento religioso caso ofenda o direito de outrem.

### **O ABUSO DE PODER RELIGIOSO OU ABUSO DE DIREITO À LIBERDADE RELIGIOSA?**

Para melhor entendimento sobre o abuso de poder no âmbito do direito eleitoral é preciso apontar breves considerações sobre o tema do abuso de poder.

José Jairo Gomes define abuso de poder com sendo:

A expressão ‘abuso de poder’ deve ser interpretada como a concretização de ações que denotam o mau uso de recursos detidos, controlados pelos beneficiários ou a ele disponibilizados. As condutas levadas a cabo não são razoáveis nem normais à vista do contexto em que ocorrem, revelando existir exorbitância, desbordamento ou excesso<sup>21</sup>.

Importa ressaltar que o termo “abuso de poder” não se mostra o mais adequado a ser aplicado, embora defina com mais facilidade o que se visa discutir. Com efeito, o abuso de poder, segundo os termos do art. 5º da Lei Federal n. 4.898/1965, somente pode ser cometido por autoridade administrativa, configurada por “quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil, ou militar, ainda que transitoriamente e sem remuneração”.

Nesse sentido, apesar de o sacerdote ser uma autoridade para seus fiéis, é uma autoridade totalmente desvinculada ao Estado, uma vez que, como demonstrado no tópico anterior, a Constituição garante a laicidade do Estado. Assim, o sacerdote, nos exatos termos previstos na Lei n. 4.898/1965 não pode cometer abuso de poder, também conhecido como abuso de autoridade. Outrossim, demonstra-se mais adiante, que não há, especificamente, qualquer dispositivo eleitoral que defina, esclareça ou delimite a atuação da “autoridade” religiosa nas eleições. A liberdade religiosa é um direito e, como todo direito, deve ser exercido dentro dos limites de sua legalidade.

Dessa forma, é mais coerente (e técnico) que o ato injusto de influenciar o pleito eleitoral através da religião seja classificado como “abuso de direito” e não

---

<sup>20</sup> CRETELLA JR., José. Curso de liberdades públicas. Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 91.

<sup>21</sup> GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009, p. 253.

“abuso de poder”. O art. 187 do Código Civil, ao definir abuso de direito, estabelece que “[t]ambém comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”. Isto é, o abuso do direito que se verifica quando o mesmo é exercido “sem motivos legítimos, com excessos intencionais ou voluntários, dolosos ou culposos, nocivos a outrem, contrários ao destino econômico e social do direito em geral, e, por isso, reprovável pela consciência pública”<sup>22</sup>. Considera-se abuso de direito, portanto, a utilização do “poder religioso” para atingir finalidades diversas dos valores e princípios do ordenamento jurídico. É caracterizado por desrespeito dos limites e finalidades estabelecidos pela lei.

De acordo com o entendimento de Marcos Ramayana<sup>23</sup>, as condutas descritas nos artigos 73 à 78 das normas da Lei das Eleições (Lei de n. 9.504, de 30 de setembro de 1997), que não forem respeitados, serão configuradas como abuso de poder. Observe-se que nos referidos dispositivos não há menção ao “poder religioso”. Com efeito, o art. 73 especifica que “Art. 73. São proibidas aos agentes públicos, servidores ou não, as seguintes condutas tendentes a afetar a igualdade de oportunidades entre candidatos nos pleitos eleitorais”. A análise dos incisos indica a vedação do uso de bens públicos, de acesso a servidores públicos, além da utilização de outros agentes públicos (por exemplo, subordinados), com o fito de afetar a eleição. É vedada a transferência, a nomeação e a admissão de pessoas pela Administração, tendo em vista que poderia haver influência nas eleições, com a troca de favores, por exemplo.

O art. 74, por seu turno, trata especificamente do abuso de autoridade, considerado aquele previsto na Lei Complementar n. 64, de 18 de maio de 1990, que estabelece os casos de inexigibilidade e prazos para cassação de candidaturas. O art. 22, da Lei Complementar n. 64/1990, prescreve a possibilidade de qualquer partido político, candidato ou Ministério Público eleitoral representar contra “uso indevido, desvio ou abuso do poder econômico ou do poder de autoridade, ou utilização indevida de veículos ou meios de comunicação social, em benefício de candidato ou de partido político”.

Observe-se que todas as vedações são feitas ao abuso da máquina pública, ou mesmo do poder econômico, não havendo em que se falar em abuso de “poder religioso”.

Com efeito, a legislação, no que se refere à religião, apenas veda ao candidato o recebimento de doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, “inclusive

---

<sup>22</sup> BRASIL. Tribunal da Apelação do Distrito Federal. Rio de Janeiro. 5ª Câmara. Voto do Presidente e Relator Saboia Lima, publicada no *DJ* em 1º de março de 1943. *Revista dos Tribunais*. [sl]: *Revista dos Tribunais*, ano 6, n. 24, jul.-set. 1998. p. 27-28.

<sup>23</sup> RAMAYAMA, Marcos. *Direito eleitoral*. Imprensa: Niterói, Impetus, 2015, p. 187.

por meio de publicidade de qualquer espécie”, proveniente de entidades beneficentes e religiosas, conforme se vê do art. 24, inciso VIII, da Lei Eleitoral. Porém, como dito anteriormente, não há menção ao uso do que se convencionou a chamar “poder religioso”.

Por outro lado, para uma parcela da doutrina, existem três tipos de abuso de poder no Direito Eleitoral, que foram descritos por Djalma Pinto<sup>24</sup>:

1 – Abuso de poder econômico, quando o candidato usa ilicitamente a troca do voto, que é um direito político, por bens ou favores. Tem como propósito eliminar concorrentes eleitorais. Também dá-se abuso de poder econômico quando ocorre o controle da opinião da sociedade e o emprego de dinheiro através de práticas de apoio financeiro a candidatos e partidos políticos;

2 – Abuso de poder político, que é referente às condutas vedadas aos agentes públicos em campanhas eleitorais, o qual podemos conceituar como o exercício abusivo da função pública, comportamentos ativos ou omissivos, que o candidato realiza de formas diversas para alcançar o pleito eleitoral almejado; e

3 – Abuso de poder nos meios de mídia e de comunicação, que é o abuso praticado pelos candidatos através dos meios de comunicação social e que causam os consequentes desvirtuamentos eleitorais pelos desequilíbrios.

O mesmo autor, Djalma Pinto, distingue o abuso de poder econômico “direto do indireto”, sendo que a forma direta é aquela praticada pelo próprio candidato, quando, por exemplo, pessoalmente faz a distribuição de cestas básicas aos eleitores, já a forma indireta, ocorre quando terceiros realizam a distribuição objeto com o objetivo de favorecer determinado candidato como, por exemplo, o fornecimento de ônibus por simpatizantes do candidato para transportar pessoas poucos dias antes do pleito, que em troca, exigem que votem no candidato indicado em contrapartida pelo benefício recebido.

Para o Tribunal Superior Eleitoral<sup>25</sup> o abuso do poder econômico é a utilização de recursos patrimoniais, públicos ou privados, em benefício eleitoral de candidato como, por exemplo, da vultosa contratação de veículos e de cabos eleitorais. O Tribunal Superior Eleitoral aponta ainda que: (i) o abuso político é “condenável por afetar a legitimidade e normalidade dos pleitos e, também, por violar o princípio da isonomia entre os concorrentes, amplamente assegurado na Constituição

---

<sup>24</sup> PINTO, Djalma. *Direito eleitoral*. São Paulo: Atlas, 2003, p. 33.

<sup>25</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – RESPE n. 191868, REL. MIN. GILSON DIPP, DE 04.08.2011. Disponível em: <[http://apps.tre-mg.jus.br/aplicativos/php/divulga\\_plenario/index.php?acao=processo&nomenu=true&protocolo=8092342016&sessao=233&dia=19/03/2018](http://apps.tre-mg.jus.br/aplicativos/php/divulga_plenario/index.php?acao=processo&nomenu=true&protocolo=8092342016&sessao=233&dia=19/03/2018)>. Acesso em 02.05.2018.

da República<sup>26</sup>”; (ii) “Caracteriza-se o abuso de poder quando demonstrado que o ato da Administração, aparentemente regular e benéfico à população, teve como objetivo imediato o favorecimento de algum candidato”<sup>27</sup>. Portanto observa-se que o abuso de poder econômico engloba todas as condutas abusivas de utilização de recursos financeiros, públicos ou privados, que podem gerar desequilíbrio entre os candidatos, afetando a legitimidade das normas das eleições.

Apesar disso, o “abuso de poder religioso” não está previsto em lei. A doutrina ou a jurisprudência não conseguem, nem por analogia, unir tais conceitos, pois a Lei deixa bem clara essa impossibilidade. Nesse sentido, pode-se, com segurança concluir que não há na Legislação uma especificação do que seria “poder religioso” e seu abuso. Por esse motivo, tecnicamente se mostra mais adequado afirmar que, como a todo e qualquer direito, pode ocorrer o uso abusivo do direito à liberdade religiosa. A questão que se deve responder a partir daí é: é possível caçar uma candidatura quando a mesma abusa do direito de liberdade religiosa?

### **A JURISPRUDÊNCIA SOBRE O “PODER RELIGIOSO” COMO UMA FORMA DE ABUSO DE DIREITO NAS ELEIÇÕES**

Silva Filho<sup>28</sup> considera abuso de poder religioso como espécie do gênero abuso do poder carismático ou ideológico, assim em seu entendimento, o primeiro seria:

[...] uso da autoridade daquele que se vale da posse de certas formas de saber, doutrinas, conhecimentos, às vezes apenas de informações, ou de códigos de condutas, para exercer influência sobre o comportamento alheio e induzir membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação.

Apesar disso, tal conceito não se mostra adequado, como discutido no tópico anterior. É correto dizer, por outro lado, que o abuso do direito à liberdade religiosa pode ser considerada como o desvio das práticas e crenças religiosas, com o objetivo de influenciar ilicitamente a vontade dos fiéis para a obtenção do voto, para a própria autoridade religiosa ou terceiro que a autoridade esteja apoiando, que pode ocorrer através da pregação direta, da distribuição de propaganda eleitoral, ou através de qualquer meio de intimidação carismática ou ideológica, hipóteses consideradas como de condutas vedadas se realizadas em templos religiosos, como previsto no art. 37, § 4º, da Lei n. 9.504/97.

<sup>26</sup> TSE – ARO n. 718/DF – DJ 17-6-2005.

<sup>27</sup> TSE – Respe n. 25.074/RS – DJ 28.10.2005.

<sup>28</sup> SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 72.



Portanto, de forma geral, o abuso do direito de liberdade religiosa pode ser considerado como um desvio das práticas e crenças religiosas que busca influenciar de forma negativa e ilegal a vontade dos fiéis, utilizando promessas impossíveis de serem realizadas para alcançar o voto e atingir objetivos totalmente distintos ao exercício da liberdade religiosa. Entende-se por autoridade religiosa aquele indivíduo “que tem poder de influência, prestígio, crédito, características que emanam dos líderes religiosos”<sup>29</sup>.

O uso da autoridade religiosa e a interferência da religião no processo eleitoral como forma de captação de votos é ofensivo ao Estado Laico e viola o princípio da separação do Estado e religião consagrado na Constituição (art. 19, I, CF/88). Some-se a isso o fato de que o Estado não pode subvencionar ou manter relação de dependência com as igrejas (art. 19, I, CRFB/88), pois as igrejas também são proibidas de doar, usar suas estruturas ou patrocinar candidaturas (art. 24, VIII, Lei n. 9.504/97), sendo proibida a propaganda política nas igrejas – templos religiosos (§ 4º do art. 37). Essas vedações são garantias da separação entre estado e religião. A Constituição Federal deixa claro que o objetivo da República Federativa do Brasil é ter um Estado desvinculado da religião, e a forma de se atingir esse mandamento é evitar que a religião possa definir o resultado das eleições.

Nesse sentido o Tribunal Superior Eleitoral demonstra preocupação com a interferência abusiva do direito de liberdade religiosa na campanha eleitoral. Entretanto, antes de tal preocupação, a legislação eleitoral já limitava de forma tímida o poder das entidades religiosas. Na legislação eleitoral existem apenas duas referências sobre o tema religião.

A primeira está prevista no art. 24, inciso VIII, da Lei Federal n. 9.504/97, dispositivo no qual está descrito a vedação ao partido e ao candidato receber direta ou indiretamente doação em dinheiro ou estimável em dinheiro, inclusive por meio de publicidade de qualquer espécie, de origem de entidades religiosas. Já a segunda está no art. 37, § 4º, da mesma lei, visto que de acordo com o Código Civil considera os templos religiosos como bens de uso comum do povo, vedando-se então, a veiculação de propaganda eleitoral de qualquer natureza, incluindo pichação, inscrição a tinta, colagens, fixação de placas, estandartes, faixas e assemelhados.

Contudo devido à presença cada vez mais marcante da religião no processo eleitoral, recentemente passou-se a discutir, o chamado abuso de “poder religioso” supostamente usado por partidos políticos e candidatos, que se valendo de posições eclesásticas e do apoio de ministros religiosos através de discursos

---

<sup>29</sup> Juiz Maurício Pinto Ferreira, AIME n. 537003, Data 24/09/2015, TRE-MG.

carregados de conotação espiritual, subvertem a legitimidade do pleito e influenciam diretamente ou indiretamente o resultado das eleições.

Vale destacar que o Judiciário brasileiro já enfrentou essa questão entendendo pela constitucionalidade do art. 37, § 4, da Lei n. 9.504/97. O Ministro José Antonio Dias Toffoli, em sede de decisão monocrática, proferiu o seguinte voto:

Conforme assentado no acórdão regional, foi realizada publicidade eleitoral em local de uso comum, sendo impossível, nesta via recursal, alterar as premissas fáticas delineadas no julgado que indicam a divulgação de candidaturas e o pedido de votos durante culto religioso. Além disso, o entendimento firmado no acórdão recorrido acerca da caracterização dos templos religiosos como bens de uso comum, nos quais é proibida a realização de publicidade eleitoral, está em harmonia com a jurisprudência desta Corte<sup>30</sup>.

Mirla Regina da Silva Cutrim<sup>31</sup> discorre que: “o poder religioso [SIC!] é uma novidade das mais recentes eleições, [...] devido aos meios e artifícios utilizados pelas lideranças políticas, tudo com o indigesto aval das lideranças religiosas”. A autora aponta que esse tipo de abuso de poder ocorre através das seguintes condutas:

As condutas vão desde o registro de números de candidaturas de fácil vinculação com números bíblicos, arregimentação de discípulos de células como cabos eleitorais, pedidos de votos na porta das igrejas até os apelos mais emocionais possíveis no altar, durante os cultos de celebração, com uma suposta base equivocada na Palavra de Deus<sup>32</sup>.

De acordo com Silva Filho<sup>33</sup>, que também se utiliza do equivocado termo “abuso de poder religioso”, esse abuso de direito é materializado de diversas formas, como o uso indevido de meios de comunicação em igrejas e locais de culto; abuso de poder econômico, em que o dinheiro recebido das doações de

<sup>30</sup> BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 150-28.2012.6.19.0129, Campos dos Goytacazes RJ, rel. Ministro José Antônio Dias Toffoli, julgado em 30.8.2013, publicado no DJE 172. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-se-propaganda-eleitoral-bens-particulares-tse>>. Acesso em 02.05.2018.

<sup>31</sup> CUTRIM, Mirla Regina da Silva. *Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?* 2010. Disponível em: <[http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com\\_content&Itemid=77](http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=77)>. Acesso em 02.05.2018.

<sup>32</sup> CUTRIM, Mirla Regina da Silva. *Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?* 2010. Disponível em: <[http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com\\_content&Itemid=77](http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=77)>. Acesso em 02.05.2018. p. 10.

<sup>33</sup> SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014, p. 80.

dízimos e ofertas podem ser usadas em prol da candidatura de algum clérigo e, por fim, através do abuso de autoridade religiosa.

É importante enfatizar que, embora a lei não puna isoladamente o abuso do direito à liberdade religiosa, pune o abuso de poder econômico, de autoridade, ou o uso indevido de meios de comunicação com ele relacionados. Observe-se a seguir:

É proibido fazer propaganda eleitoral em igrejas e outros locais de culto, por se tratarem de bens de uso comum do povo, de livre acesso (art. 37, *caput*, e § 4º, da Lei n. 9.504/97).

Sacerdotes-candidatos não devem se autopromover durante os cultos, colocando-se numa situação privilegiada em relação a outros candidatos, que sequer podem comparecer a inaugurações de obras públicas 3 meses antes do pleito (art. 77 da Lei n. 9.504/97).

Diante disto, a jurisprudência passou a considerar que a realização de cultos em favor de determinado candidato configura uso abusivo dos meios de comunicação, conforme se verifica do teor da ementa a seguir:

Configura o abuso do uso dos meios de comunicação social a hipótese de evento previamente denominado de fim religioso, mas em que a pregação se fez com apelo a pedido de votos para candidatos a cargos eletivos que se encontravam presentes e participaram ativamente da encenação de fé<sup>34</sup>.

Observa-se que a possibilidade de captação de votos em eventos religiosos é enorme, surgindo à instrução de que candidatos a cargos eletivos não celebrem cultos, ou mesmo deles participem, salvo como meros expectadores, visto que os fiéis podem ser influenciados a votar em determinado candidato por orientação do sacerdote, caracterizando um ilícito eleitoral, como demonstra o julgado abaixo:

1) A entidade religiosa, enquanto veículo difusor de doutrinas apto a alcançar um número indeterminado de pessoas, é talvez o meio de comunicação social mais poderoso de todos, porquanto detém a capacidade de lidar com um dos sentimentos mais intrigantes e transcendentais do ser humano: a fé. 2) Os depoimentos testemunhais demonstraram que os pastores representados, muito mais do que apenas induzir ou influenciar os fiéis, efetuaram, ao longo do período eleitoral, uma pressão para que votassem no candidato indicado pela igreja, incitando um ambiente de temor e ameaça psicológica, na medida em que levavam a

---

<sup>34</sup> BRASIL. TRE-RO, AIJE n. 265308 Relator SANSÃO SALDANHA, DJE/TRE-RO, DJe 8.1.2013.

crer que o descumprimento das orientações, que mais pareciam ordens, representaria desobediência à instituição e uma espécie de desafio à vontade Divina. 3) O abuso da confiança de um sem número de seguidores, representou conduta violadora à liberdade de voto e ao equilíbrio da concorrência entre candidatos. 4) Propósito religioso que restou desvirtuado em prol de finalidades eleitoreiras, com templos transformados em verdadeiros comitês de campanha, cuja localização em áreas humildes da região pressupõe público-alvo, em princípio, mais suscetível a manipulações. 5) A prática vem se mostrando cada vez mais frequente na sociedade, levando alguns estudiosos a vislumbrar uma nova figura jurídica dentro do direito eleitoral: o abuso do poder religioso. Apesar de não possuir regulamentação expressa, tal modalidade, caso não considerada como uso indevido dos meios de comunicação, merece a mesma reprimenda dada as demais categoriais abusivas legalmente previstas. 6) Recuso desprovido<sup>35</sup>.

Na linha do que está descrito acima convém citar um julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais acerca do tema que cassou deputados por abuso de poder em evento religioso.

Recurso Eleitoral. Ação de Investigação Judicial Eleitoral. Artigo 22 da Lei Complementar n. 64/90. Improcedência. Eleições 2008. [...] **Mérito. Evento religioso utilizado para promover Prefeito, candidato à reeleição. Uso indevido dos meios de comunicação social. Potencialidade da conduta influir no pleito eleitoral. Abuso de poder político caracterizado. Decretação de inelegibilidade dos recorridos por 3 (três) anos. Recurso a que se dá provimento**<sup>36</sup>. (grifou-se)

De acordo o julgado, as ações foram promovidas sob os fundamentos de abuso de poder político, de autoridade e religioso, justificado pelo evento de cunho religioso realizado na Praça da Estação, em Belo Horizonte, às vésperas das eleições, os dois candidatos cassados foram no evento e panfletaram seus materiais de campanha, e subiram ao palco a convite de um pastor (líder religioso), então pediram votos aos milhares de fiéis que estavam presentes. O evento em questão teve um público de 15 a 25 mil pessoas, sendo financiada pela Igreja denominada “Mundial do Poder de Deus”, incluindo shows e locação de transporte para os fiéis, a divulgação do evento contou com o site da Igreja, redes sociais, *busdoor* e transmissão ao vivo pela TV Mundial e pela internet. Diante

<sup>35</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral-RJ, RE 49.381 Relator LEONARDO PIETRO ANTONELLI, DJERJ 24.06.2013.

<sup>36</sup> BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral – Minas Gerais. Recurso Eleitoral n. 6.135, Acórdão de 04.06.2009, Relator(a) ANTÔNIO ROMANELLI, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico*-TREMGM, Data 16.06.2009.

disso foi constatado o abuso do direito de liberdade religiosa, uma vez que houve “pedidos de votos utilizando as crenças e práticas religiosas”. Ressalta-se a decisão sofreu recurso para o TSE, do qual figurou como relatora a ministra Rosa Weber, tendo como desfecho a manutenção de procedência do pedido, porém com decisão dividida e voto de desempate da Presidente.

Nesse contexto, se confirma a hipótese levantada no início do artigo quanto à possibilidade de cassação de um candidato quando o mesmo é condenado pela justiça eleitoral por uso abusivo do direito de liberdade religiosa. Por outro lado, é salutar observar nos acórdãos que, em nenhum momento, os Tribunais reconhecem a existência do abuso do “poder religioso”.

Não obstante a isso, tal entendimento jurisprudencial não se mostra pacífico, estável e coerente, até mesmo porque houve uma decisão dividida no TSE. Para que se configure o abuso do direito há de se analisar, segundo a maior parte dos julgados preleciona, sempre a potencialidade da conduta para influir no pleito eleitoral. Com efeito, o Tribunal Superior Eleitoral, no Recurso Ordinário n. 795.038, decidiu no seguinte sentido:

RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. GOVERNADOR. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. USO INDEVIDO DOS MEIOS DE COMUNICAÇÃO SOCIAL. ABUSO DO PODER ECONÔMICO. NÃO CONFIGURAÇÃO. PROVIMENTO.

[...]

2. A utilização da estrutura da Igreja Universal do Reino de Deus para promoção dos recorrentes em detrimento de seus adversários políticos, em somente dois cultos celebrados no início do mês de outubro do ano da eleição, é incapaz de configurar o abuso do poder econômico, por se tratar de condutas isoladas. Ademais, não há evidências de que as celebrações tenham sido televisionadas ou propagadas por outros meios, tampouco provas que revelem a quantidade de pessoas nelas presentes, de modo que não é possível estabelecer sequer um indício da repercussão da conduta na legitimidade e na lisura da eleição.

3. A veiculação de somente quatro programas de televisão, sem quaisquer informações nos autos sobre sua audiência, em que a suposta propaganda subliminar teria sido realizada por meros três segundos, sem menção expressa ao pleito, tampouco participação dos recorrentes, não tem o condão de configurar o uso indevido dos meios de comunicação social no contexto de uma eleição para o cargo de governador<sup>37</sup>.

<sup>37</sup> BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 795.038, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio De Noronha, Publicação: DJE – *Diário de justiça eletrônico*, Tomo 209, Data 05.11.2015, p. 70.

Nesse sentido, é possível concluir que a questão do uso da religião nas eleições ainda não está devidamente consolidada, sendo certo, no caso acima, que o templo religioso foi utilizado como meio de propaganda eleitoral, o que é expressamente proibido pelo art. 37, § 4º, da Lei Eleitoral. Não obstante a isso, o Tribunal Superior Eleitoral entendeu que não houve prejuízo ao pleito, portanto, não se configurou conduta abusiva. A doutrina, a partir do entendimento de um julgado no TSE<sup>38</sup> inferiu do voto da Ministra Luciana Lóssio que o abuso de poder religioso seria um “ilícito não previsto no ordenamento jurídico”<sup>39</sup>. Assim, com efeito, o próprio TSE denota que é equivocado se utilizar do termo “abuso de poder religioso”, não obstante se punam condutas abusivas em relação à liberdade religiosa que possam influenciar o pleito eleitoral.

A doutrina, a partir desses julgados estabeleceu como condutas permitidas pelos candidatos no período das eleições como participar como ouvintes (mesmo recebendo bênçãos especiais) dos cultos religiosos, que as entidades religiosas promovam debates, sendo que o candidato também não poderia ser impedido de exercer suas funções eclesásticas, desde que não faça uso político do culto religioso. Segundo Azevedo<sup>40</sup>, há a possibilidade do serviço religioso, inclusive, defenderem que os fiéis votem em candidatos que “defendam os princípios da fé, desde que não haja citação específica de pessoas, seja implícita ou explicitamente”.

Para o mesmo autor, seriam condutas consideradas abusivas:

a) a utilização da autoridade religiosa de modo a coagir os fiéis a votarem em determinada candidatura; b) repetidos sermões ou pregações direcionadas a beneficiar candidatos em detrimento de opositores; c) a participação reiterada – e apenas no período eleitoral – de políticos nos cultos ou missas, fazendo, inclusive o uso da palavra; d) doações de bens móveis ou imóveis a entidades religiosas durante a campanha eleitoral, ainda que isto tenha ficado apenas na promessa<sup>41</sup>.

Tais conclusões se mostram coerentes com as decisões dos Tribunais Regionais Eleitorais e Tribunal Superior Eleitoral, de modo que restam claramente delineadas as condutas que, segundo o entendimento da legislação e jurisprudência

<sup>38</sup> Acórdão n. 134.223.

<sup>39</sup> SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. Abuso do Poder Religioso: A influência da igreja evangélica no processo eleitoral brasileiro. O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo. Anajure, [sl]: 2014, p. 83-101, p. 93.

<sup>40</sup> AZEVEDO, Alexandre Francisco de. Abuso do poder religioso nas Eleições. Revista Jurídica Verbis Juris. 2017. Disponível em <[http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2017/Artigos-01\\_Abuso-do-poder-religioso-nas-eleicoes.php](http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2017/Artigos-01_Abuso-do-poder-religioso-nas-eleicoes.php)>. Acesso em 10.10.2018, p. 8.

<sup>41</sup> AZEVEDO, Alexandre Francisco de. Abuso do poder religioso nas Eleições. Revista Jurídica Verbis Juris. 2017. Disponível em <[http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2017/Artigos-01\\_Abuso-do-poder-religioso-nas-eleicoes.php](http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba-legis/2017/Artigos-01_Abuso-do-poder-religioso-nas-eleicoes.php)>. Acesso em 10.10.2018, p. 8.

dência brasileiras, se mostram abusivas ou não no tocante ao uso da liberdade religiosa.

O cerne dessas restrições é bem definido por Mirla Cutrim<sup>42</sup> a referir que “a liberdade de crença e de culto não podem ser usadas como instrumento de dominação política, exigindo uma conduta de repressão legal, como também de parte autoridades religiosas”. Visto que uma eleição influenciada pelo poder religioso modifica o processo justo de escolha dos representantes através da soberania popular por um processo de ideologias de poder das lideranças religiosas, desvirtuando, desta forma, os princípios constitucionais da liberdade religiosa e do Estado Democrático de Direito Laico.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição Federal assegura o livre exercício do culto religioso até o limite da lei, de forma que não há como se afastar o exercício da liberdade religiosa como direito fundamental de nossa constituição. Todavia, como todo direito, seu exercício encontra limites, especialmente a partir do momento em que se observa o uso da religião como instituição ganhadora de votos, o que configura o chamado abuso de direito da liberdade religiosa, a depender da profundidade e repetição da conduta, desde que possa influir no resultado do pleito eleitoral. Neste contexto, referindo-se ao domínio psicológico usado pelas “autoridades religiosas” em relação aos fiéis, é clarividente a grande influência gerada simplesmente pelo arbítrio que tal líder possui sobre seus seguidores.

Por conseguinte, quando o sacerdote se utiliza de sua autoridade religiosa embasado na fé e na crença das pessoas com o objetivo de se beneficiar politicamente, ou beneficiar terceiros para obter ilicitamente o voto, tal conduta configura o abuso do direito constitucional da liberdade religiosa, configurando, dessa forma o ilícito eleitoral.

A Influência do poder econômico de igrejas e líderes religiosos nos processos eleitorais é crime, porém não estão tipificados na legislação brasileira de forma específica, portanto, estes crimes são difíceis de serem fiscalizados e coibidos. A Justiça Eleitoral enquadra casos de abuso da liberdade religiosa em outras formas de irregularidade, como o abuso de poder político ou abuso do poder econômico, previsto nos artigos 19, *caput*, da Lei Complementar n. 64/90 e no art. 14, § 10, da Constituição Federal.

---

<sup>42</sup> CUTRIM, Mirla Regina da Silva. Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral? 2010. Disponível em: <[http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com\\_content&Itemid=77](http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=77)>. Acesso em 02.05.2018, p. 12.

No entanto, esse estudo encontrou limitações, pois mesmo sendo um tema que vem sendo debatido por estudiosos do Direito Eleitoral no que se refere ao limite que deve ser estabelecido entre a campanha eleitoral e a liberdade religiosa, existem poucos autores que falam sobre o abuso de poder religioso de forma específica, no entanto, foram respondidas as hipóteses circunstâncias que configuram o abuso do direito de liberdade religiosa. Dentre elas estão: a escolha de números de candidaturas de fácil vinculação com números bíblicos, o pedido de votos para si ou para terceiros nas igrejas ou qualquer outro local de culto ou apelos em discursos no altar durante o culto, a candidatura de líderes religiosos que não devem se autopromover durante os cultos e a distribuição aos fiéis panfletos, santinhos e outras espécies de propaganda eleitoral. Outro exemplo é a vinculação do abuso do poder religioso com o abuso do poder econômico na hipótese expressamente vedada pelo ordenamento de o candidato receber, direta ou indiretamente, doação em dinheiro oriundo de entidades religiosas (art. 24, VIII, da Lei n. 9.504/97).

Assim, o presente estudo tem como contribuição científica a melhor definição, a partir da pesquisa jurisprudencial e doutrinária, de quais condutas configuram ou não o chamado “abuso do poder religioso”. Importa ressaltar que uma das contribuições é a definição de que não há “abuso de poder” na acepção técnica da palavra, uma vez que somente as autoridades públicas podem cometer tal abuso. Há, por outro lado, a possibilidade de haver abuso do direito de liberdade religiosa, quando se desnatura seu objetivo com o fito de influenciar as eleições.

A contribuição prática do artigo é uma via de mão dupla, ao mesmo tempo que esclarece para a sociedade quais são as práticas que configuram ato ilícito eleitoral, permitem aos candidatos e suas assessorias analisarem e adequarem suas estratégias de campanha aos requisitos previstos na Lei e de acordo com o entendimento das cortes eleitorais. Longe de esgotar o tema, o presente artigo aborda de forma específica o que é abuso do direito de liberdade religiosa e denota uma fragilidade legislativa que deve ser observada nos próximos pleitos eleitorais com o fim de garantir a liberdade política, a liberdade religiosa e o Estado Laico, fundamentos do Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

- AID TO CHURCH. *Relatório Brasil 2014*. Disponível em <<https://acn.org.br/images/stories/RLRM2016/pDFs/RLRM-2016-Brasil.pdf>>. Acesso em 20.08.2018.
- A nova cara das bancadas do boi, da bala e da bíblia. Deutsche Welle e Carta Capital, Brasília, 12.10.2018. Disponível em <<https://www.cartacapital.com.br/politica/a-nova-cara-das-bancadas-do-boi-da-bala-e-da-biblia>>. Acesso em 12.10.2018.
- AZEVEDO, Alexandre Francisco de. Abuso do poder religioso nas eleições. *Revista Jurídica Verbis Juris*. 2017. Disponível em <<http://apps.tre-go.jus.br/internet/verba->



legis/2017/Artigos-01\_Abuso-do-poder-religioso-nas-eleicoes.php >. Acesso em 10.10.2018.

BRASIL. Constituição (1824). *Constituição Política do Império do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 11 de dezembro de 1823. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em 04.12.20018.

BRASIL. Constituição (1891). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro, RJ, 24 de fevereiro de 1891. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao91.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm)>. Acesso em 02.10.2018.

BRASIL. *Lei n. 4.898, de 9 de dezembro de 1965*. Regula o Direito de Representação e o processo de Responsabilidade Administrativa Civil e Penal, nos casos de abuso de autoridade. Rio de Janeiro, diário oficial de 9 de dezembro de 1965.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Lei Complementar n. 64. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília, DF: 1990. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp64.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp64.htm)>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Lei n. 9.504. Estabelece normas para as eleições. Brasília, DF: 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504.htm)>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Tribunal da Apelação do Distrito Federal. Rio de Janeiro. 5ª Câmara. Voto do Presidente e Relator Saboia Lima, publicada no *DJ* em 1º de março de 1943. *Revista dos Tribunais*. [sl]: Revista dos Tribunais, ano 6, n. 24, jul.-set. 1998. p. 27-28

BRASIL. Lei Federal n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília, 10 de janeiro de 2002.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral – Minas Gerais. Recurso Eleitoral n. 6.135, Acórdão de 04/06/2009, Relator ANTÔNIO ROMANELLI, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico-TREMG*, Data 16/06/2009.

BRASIL. *Do abuso do poder religioso nas campanhas eleitorais*. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/tre-mg/imprensa/noticias-tre-mg/2010/julho/tribunal-julga-primeiro-caso-sobre-ficha-limpa>>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral – RESPE n. 191868, REL. MIN. GILSON DIPP, DE 04.08.2011. Disponível em: <[http://apps.tre-mg.jus.br/aplicativos/php/divulga\\_plenario/index.php?acao=processo&nomenu=true&protocolo=8092342016&sessao=233&dia=19/03/2018](http://apps.tre-mg.jus.br/aplicativos/php/divulga_plenario/index.php?acao=processo&nomenu=true&protocolo=8092342016&sessao=233&dia=19/03/2018)>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral AIJE n. 2653-08.2010.6.22.0000 – Acórdão n. 514/2012, Relator: Des. Sansão Saldanha. TRE/RO. Disponível em: <<http://apps.tre-ro.jus.br/sadJudDiarioDeJusticaConsulta/diario.do?action...tribunal=RO>>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral-RJ. RE-RECURSO ELEITORAL n. 49.381 – Magé/RJ, Relator(a) Leonardo Pietro Antonelli, DJERJ – Diário da Justiça Eletrônico do TRE-RJ, Tomo 125, data: 24/06/2013.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro. Agravo de Instrumento n. 150-28.2012.6.19.0129, Campos dos Goytacazes RJ, rel. Ministro José Antônio Dias Toffoli, julgado em 30.8.2013, publicado no DJE 172. Disponível em: <<http://www.justicaeleitoral.jus.br/arquivos/tre-se-propaganda-eleitoral-bens-particulares-tse>>. Acesso em 02.05.2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral-MG. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL n 537003, ACÓRDÃO de 27/08/2015, Relator(a) PAULO CÉZAR DIAS, Relator(a) designado(a) MAURÍCIO PINTO FERREIRA, Publicação: DJEMG – Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Data 24/09/2015)

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. Recurso Ordinário n. 795038, Acórdão, Relator(a) Min. João Otávio De Noronha, Publicação: *DJe – Diário de justiça eletrônico*, Tomo 209, Data 05.11.2015, p. 60.

CHEVALLIER, Jean-Jacques. *As grandes obras políticas: de Maquiavel a nossos dias*. Tradução de Lydia Christina. 3. ed. Rio de Janeiro: Agir, 1986.

CONHEÇA as 11 bancadas mais poderosas da Câmara. Congresso em Foco, Brasília, 19.02.2016. Disponível em: <<https://congressoemfoco.uol.com.br/especial/noticias/conheca-as-11-bancadas-mais-poderosas-da-camara/>>. Acesso em 04.12.2018.

CRETELLA JR., José. *Curso de liberdades públicas*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

CUTRIM, Mirla Regina da Silva. *Abuso do poder religioso: uma nova figura no direito eleitoral?* 2010. Disponível em: <[http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com\\_content&Itemid=77](http://www.asmac.com.br/index.php?view=article&catid=34%3Anoticias&id=740%3Aabuso-do-poder-religioso-uma-nova-figura-no-direito-eleitoral-&tmpl=component&print=1&layout=default&page=&option=com_content&Itemid=77)>. Acesso em 02.05.2018.

GOMES, José Jairo. *Direito eleitoral*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

LAFER, Celso. *Estado laico*. Estado de São Paulo, São Paulo, 2007.

IBGE. *Questionário Básico e Questionário da Amostra*. <[http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia\\_visualiza.php?id\\_noticia=2170](http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=2170)>. Acesso em 02.05.2018.

MARCHEZI, Fabiana. *Justiça multa candidata e pastor que pediu voto a ela em culto evangélico*. Universo Online, São Paulo, 2016. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/eleicoes/2016/noticias/2016/09/28/justica-multa-candidata-e-pastor-que-pediu-vota-a-ela-em-culto-evangelico.htm>>. Acesso em 17.10.2018.

PASOLD, Cesar Luiz. Alexis de Tocqueville: percepção jurídica e política da Revolução Francesa, *Direito, Estado e Sociedade*, n. 35, p. 42-70, jul/dez 2009.

PUFF, Jefferson. Por que as religiões de matriz africana são o principal alvo de intolerância no Brasil? BBC Brasil, Rio de Janeiro, jan. 2016. Disponível em: <[https://www.bbc.com/portuguese/.../160120\\_intolerancia\\_religioes\\_africanas\\_jp\\_rm](https://www.bbc.com/portuguese/.../160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm)>. Acesso em 17.03.2019.

RAMAYAMA, Marcos. *Direito eleitoral*. Imprensa: Niterói, Impetus, 2015.

RANQUETAT JUNIOR, C. A. Laicidade, laicismo e secularização: definindo e esclarecendo conceitos. *Revista Tempo da Ciência*, Santa Maria, v. 15, n. 30, p. 59-72, 2008. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_)

nlinks&ref=000143&pid=S0101-7330201300030001400019&lng=pt>. Acesso em 02.05.2018.

SANTOS, Valmir Nascimento Milomem. *Abuso do poder religioso: a influência da igreja evangélica no processo eleitoral brasileiro. O direito de liberdade religiosa no Brasil e no mundo*. Anajure, [sl]: 2014, p. 83-101.

SCARPI, Paolo. *Egito, Roma, Grécia, Mesopotâmia, Pérsia Politeísmos: as religiões do mundo antigo*. São Paulo: Hedra, 2004.

SIGNIFICADOS. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/politeismo>>. Acesso em 17.03.2019.

SILVA FILHO, João Antônio da. *A democracia e a democracia em Norberto Bobbio*. São Paulo: Verbatim, 2014.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. A proteção constituição à liberdade religiosa. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, a. 40, n. 160 out./dez. 2003.

*Data de recebimento: 18/03/2019*

*Data de aprovação: 08/04/2019*

# ASSISTÊNCIA AO IDOSO E O ACESSO ÀS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA

## ASSISTANCE TO THE ELDERLY AND ACCESS TO LONG-TERM INSTITUTIONS

*Carla Roberta Ferreira Destro\**

*Vladimir Brega Filho\*\**

### RESUMO

O objetivo do trabalho é analisar as políticas públicas de assistência social voltadas à população idosa. O crescente número de idosos no país exige a atuação do Estado na implementação de serviços públicos. O destaque será dado às instituições de longa permanência, responsáveis pelo atendimento asilar e de saúde do idoso, buscando garantir vida digna a essa parcela da população. Demonstrar-se-á que o Estado não possui instituições assistenciais suficientes para atender a demanda, de modo que o atendimento também é oferecido pela rede privada. O estudo avaliará que, na hipótese de o idoso não poder custear sua moradia, caberá ao Estado ampará-lo, de maneira integral ou parcial, conforme a necessidade, porque o dever estatal decorre de norma constitucional, refletida em diversas normativas infraconstitucionais, sendo a obrigação solidária entre os entes federados. A pesquisa se desenvolveu utilizando-se do método dedutivo, com técnica de pesquisa bibliográfica, baseada no levantamento doutrinário e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Idoso; Instituição de longa permanência; Benefício assistencial; Estatuto do Idoso. Responsabilidade do Estado.

### ABSTRACT

The paper aims to analyze social assistance for the elderly. The growing number of elderly people in the country requires the State the implemen-

---

\* Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário Antônio Eufrásio de Toledo de Presidente Prudente. E-mail: carladestroadv@gmail.com.

\*\* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa, Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Mestre pela Instituição Toledo de Ensino de Bauru – SP. Atualmente é professor adjunto da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP e Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: bregafilho@uol.com.br.

tation of public policies. It will be highlighted the long-term institutions, responsible for offering home care, health care and accompanying the elderly. It will be demonstrated that the State does not have yet sufficient assistance institutions to meet the demand, so the service is also offered by the private field. This paper will be evaluating the cases where the elderly cannot afford to pay for their housing, it will be up to the State to provide full or partial protection, as the need arises. The State duty derives from the constitutional law, reflecting in several infraconstitutional regulations, and the joint liability among the federative entities. The research was developed using deductive method, bibliographic research technique, and it was based on the survey of doctrines and jurisprudential analysis.

**Keywords:** Elderly; Institution of long stay; Benefit support; Statute of the Elderly; Responsibility of the State.

## INTRODUÇÃO

Desde a antiguidade, os anciãos de determinadas comunidades eram considerados os guardiões da história e os donos das principais decisões envolvendo seus integrantes. Eram a representação das tradições e das condutas éticas e morais, recebendo, por esse motivo, reverência e respeito dos mais novos. Esta realidade, porém, em muitos momentos, não se verifica na sociedade moderna. Baseada no imediatismo, nas relações fluidas e na ideia de produtividade e ganhos financeiros, a sociedade evoluiu nas áreas de tecnologia e ciência, prolongando a vida de seus integrantes, mas regrediu em aspectos morais e de respeito ao outro. Explica-se: vive-se cada vez mais com menos dignidade, ou seja, o idoso, no momento em que deixa de contribuir com sua força física e mental para o desenvolvimento social e econômico, passa a ser considerado elemento desnecessário, que demanda cuidados e gera mais problemas do que ganho, ônus que a sociedade e a família não estão dispostos a dispender<sup>1</sup>.

Segundo dados recentes da agência de notícias do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o Brasil atingiu em 2017 a marca de 30,2 milhões de idosos. O aumento em cinco anos foi de 4,8 milhões de novos idosos, representado um crescimento de 18% desse grupo etário. As mulheres são maioria expressiva nesse grupo, com 16,9 milhões (56% dos idosos), enquanto os homens idosos são 13,3 milhões (44% do grupo)<sup>2</sup>. O aumento significativo dos idosos

---

<sup>1</sup> Em complemento, “[...] a sociedade só se preocupa com o indivíduo na medida que quer eles rendam [...]. Enquanto não compreendermos o que é a condição dos velhos, não podemos contentar-nos em reivindicar uma ‘política de velhice’ mais generosa, uma elevação das pensões, habitações sadias, lazeres organizados. É todo o sistema que está em jogo, e a reivindicação só pode ser radical: mudar de vida”. BEAUVOIR, Simone de. *A Velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990, p. 664-665.

<sup>2</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Editoria: Estatísticas Sociais. 26 abr. 2018.

está ligado intimamente ao aumento da expectativa de vida, bem como a queda da taxa de filhos (fecundidade), uma realidade mundial<sup>3</sup>.

Diante dos dados apresentados, várias ponderações se apresentam, como a necessidade do aumento considerável de investimentos para a prestação de serviços assistenciais e médicos à população idosa. Além disso, como já destacado, a população idosa sofre com o preconceito e o descaso, muitas vezes demonstrado na própria relação familiar, resultando, não raras vezes, na necessidade de acolhimento institucional desse idoso.

O presente trabalho dedicou-se a analisar a prestação do serviço de assistência social ao idoso, com destaque para o funcionamento e a importância das instituições de longa permanência (ILP) no processo de acolhimento e cuidado do idoso sem condições de permanecer com sua família. Destaca-se que a análise se voltou aos idosos incluídos nos critérios para concessão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, bem como no art. 20, da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei n. 8.742/1993), ou seja, os idosos com mais de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família.

A colocação do idoso em ILP é exceção, dando-se preferência às relações familiares. Nos casos em que a colocação se mostra a única possibilidade, o benefício social concedido ao idoso poderá ser utilizado para custear seu atendimento na instituição. O problema que se pretendeu solucionar neste estudo é: como se dará o custeamento do acolhimento do idoso com menos de 65 anos, que preenche os requisitos para ser destinatário do BPC, mas não poderá recebê-lo antes do critério legal cronológico? Fato é que a ausência do benefício social inviabilizará, em muitos casos, a colocação do idoso na ILP.

Destarte, o presente ponto norteou o desenvolvimento da pesquisa, que se desenvolveu inicialmente com a análise da assistência social e do idoso no Brasil. Posteriormente, debruçou-se especificamente na questão da colocação dos idosos

---

Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 15 nov. 2018.

<sup>3</sup> “No que concerne especificamente ao Brasil, a partir da década de 1960 houve um significativo declínio na taxa de fecundidade de sua população. Atribui-se esse fenômeno a muitos fatores, dentre eles ao acesso, por parte da população feminina, a informações concernentes a métodos contraceptivos e à mudança da estrutura familiar imposta pela industrialização. Associada a isso, a tecnologia médica começou a se fazer presente, com mais intensidade, no cotidiano da população carente, especialmente por meio das várias campanhas de vacinação, que contribuíram para diminuir e, até mesmo, erradicar, graves doenças que vitimavam os brasileiros. Com isso, a população deixou de correr alguns graves riscos de morte prematura, passando a viver mais”. RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2014, E-book.

(sem condições de permanecer no seio familiar e de manter-se sem auxílio) na ILP, destacando-se importância do BPC, bem como a responsabilidade do Estado na viabilização dessa forma de acolhimento.

A metodologia empregada na pesquisa foi a dedutiva, com pesquisa essencialmente bibliográfica, destacando-se a análise de doutrina especializada e periódicos científicos, assim como de decisões jurisprudenciais.

## O DIREITO FUNDAMENTAL À ASSISTÊNCIA SOCIAL E SUA QUANTIFICAÇÃO COMO SERVIÇO PÚBLICO

Antes de adentrar especificamente na temática da assistência social, necessário se faz analisar a ideia de que a assistência social pode ser caracterizada como um serviço público. Para isso, inicialmente trataremos brevemente dos elementos que configuram tal serviço.

De maneira geral, a doutrina não é unânime na formação do conceito de serviço público, mas é possível perceber a repetição de três características: a prestação do serviço se dá pelo Estado, de forma direta ou indireta<sup>4</sup>; o serviço deve ser destinado ao atendimento das necessidades coletivas; e, o respeito, em regra, ao regime jurídico de Direito Público, havendo situações em que o regime pode ser híbrido (com interferência de regras do direito privado, como nos casos de prestação indireta do serviço público por concessionárias e permissionárias). Vejamos as considerações de Carvalho:

Tem-se um quadro em que o Estado assume a titularidade de determinadas atividades, submetendo-as a um **regime jurídico especial**, de modo a **atender a necessidades básicas da sociedade**. Em harmonia, Ruy Cirne Lima atribui ao “serviço público” um caráter “existencial” relativamente à sociedade, ou havido como tal em dado momento histórico, devendo ser prestado a seus componentes de **forma direta ou indireta** pelo Estado ou por outra pessoa administrativa<sup>5</sup>. (destaque nosso)

Interessante constar, que todos os serviços públicos deverão ser prestados de acordo com os critérios estabelecidos pelo art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95, ou

---

<sup>4</sup> A colocação apresentada pode ser observada no art. 175, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual os serviços públicos podem, na forma da lei, ser ofertados diretamente pelo Estado ou de forma indireta, por meio de permissões e concessões a empresas privadas (respeitando-se, nesse caso, obrigatoriamente as regras das licitações).

<sup>5</sup> CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição econômica brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 50.

seja, de forma adequada, em condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade de tarifas.

Para Meirelles, o conceito deve ser entendido de forma ampla, de modo que serviço público será “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado”.<sup>6</sup>

Na mesma toada, segue Di Pietro afirmando que serviço público será “[...] toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente as necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público”<sup>7</sup>.

É possível perceber, diante dos conceitos apresentados, que os serviços poderão ser prestados pelo Estado de forma direta ou indireta, visando a melhor eficiência. Não é de se duvidar que a demanda social por vezes é excessiva ao Estado. Nesse sentido as considerações de Costa e Gofman:

Diante da demonstração de fragilidade por parte do modelo Social, surgiram novos elementos no processo de transformação do Estado: a inclusão do princípio democrático, oportunidade em que passou a se defender a maior participação da sociedade “no processo político, nas decisões governamentais e no controle da Administração Pública”, e, também o princípio da subsidiariedade, que “restringe a atuação do setor público, de um lado, ao incentivo e ao fomento da atividade individual e dos pequenos grupos, criando condições propícias à ação social; e, de outro, quando a sociedade se mostrar incapaz de satisfazer seus próprios interesses, à ajuda ou auxílio material, sem que a intervenção, contudo, se estenda além da necessidade averiguada”.

É nesse contexto de transformações que foi promulgada a Constituição Federal de 1988, que **passou a permitir que determinados serviços, classificados como não exclusivos, fossem prestados tanto pelo Estado quanto pela iniciativa privada**. Servem como exemplo destes tipos de serviços públicos as atividades relacionadas “ao ensino, à pesquisa científica, ao desenvolvimento tecnológico, à proteção e preservação do meio ambiente, à cultura e à saúde”.<sup>8</sup>

<sup>6</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 387.

<sup>7</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 106.

<sup>8</sup> COSTA, Ilton Garcia da; GOFMAN, Bruno. As Parcerias com as Organizações Sociais e a Fiscalização por Parte do Ministério Público. In: *Revista Aporia Jurídica* (on-line). Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage. 5. ed., v. 1 (jan/jul-2016). p. 157-173. Disponível em: <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/viewFile/38/37>. Acesso em: 17 nov. 2018, p. 161.



Segundo o art. 6º da Constituição Federal de 1988<sup>9</sup>, a assistência aos desamparados é considerada direito social. Em complemento à norma constitucional, a Lei Orgânica da Assistência Social prevê, em seu art. 1º, que a assistência social é direito de todo cidadão e dever do Estado, devendo ser realizada por meio de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade. Cabe destacar que a assistência tem caráter não contributivo<sup>10</sup>, ou seja, as medidas de assistência são realizadas pelo Estado sem que exista qualquer contribuição pelo idoso<sup>11</sup>.

Assim, é possível concluir que a assistência social é direito constitucional fundamental, que se materializa, sem qualquer contrapartida do beneficiário, por meio da prestação de serviços públicos, que poderão ser prestados pelo Estado ou por particulares. Nas palavras de Pontes:

A assistência social será prestada de forma articulada entre todas as esferas de Poder e em conjunto com outras políticas públicas. Em sendo política pública, a assistência é apenas uma vertente da responsabilidade do Estado para com o cidadão. Assim, para a garantia do mínimo existencial, aquela deve ser prestada de maneira articulada com as outras políticas sociais como a saúde, a educação, a moradia, entre tantas outras.<sup>12</sup>

Para finalizar a análise inicial, cabe referência ao RDC n. 283/2005 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária – Anvisa<sup>13</sup> (Regulamento técnico para estabelecer o padrão mínimo de funcionamento das Instituições de Longa Permanência para Idosos), que nas suas justificativas deduz a “necessidade de

---

<sup>9</sup> Interessante destacar o texto constitucional, sendo o qual “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>10</sup> Vejamos a previsão do art. 203 da Constituição Federal de 1988: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, **independentemente de contribuição** à seguridade social, e tem por objetivos: I – a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice [...]”. (destaque nosso)

<sup>11</sup> Tal característica diferencia a assistência social da previdência social, conforme ensinamento de Pontes: “[...] A aposentadoria é um benefício da Previdência Social, devendo esta ser entendida como um sistema de prestação mediante o qual as pessoas amparadas adquirem certos direitos (prestações ou benefícios) em troca de certos deveres (pagamento das contribuições). E por assistência social, deve-se entender uma série de medidas que os governos adotam em favor das pessoas necessitadas sem se exigir dessas, qualquer contribuição como requisito para o gozo do benefício concedido”. PONTES, Patrícia Albino Galvão. Arts. 33 e 34. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008, p. 245.

<sup>12</sup> PONTES, op. cit., p. 246.

<sup>13</sup> BRASIL. Anvisa. *Resolução RDC n. 283*, de 26 de setembro de 2005. Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos. D.O.U. Poder Executivo, de 27 de setembro de 2005.

qualificar a *prestação de serviços públicos e privados* das Instituições de Longa Permanência para Idosos” (destaque nosso). Destarte, declara e qualifica expressamente a ILP como prestação de serviços públicos e privados.

Assim, é possível concluir que a assistência social é serviço público, podendo ser prestado pelo Estado ou pelo particular, sob a fiscalização do Estado, devendo respeitar as características de adequação, regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia e modicidade de tarifas (art. 6º, § 1º, da Lei n. 8.987/95).

## QUEM É O IDOSO NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 230, declarou ser responsabilidade da família, da sociedade e do Estado o amparo às pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. O constituinte se preocupou, conforme se observa, com a tutela da pessoa idosa, mas sem delimitar o conceito do destinatário da tutela, ou seja, sem delimitar quem seriam os idosos dignos da proteção constitucional.

O conceito de idoso foi apresentado pelo Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/2003), no seu art. 1º. O critério adotado pelo legislador foi o cronológico, de modo que será considerada idosa a pessoa de idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos. O conceito ainda é objeto de muitas críticas, pois não seria capaz de considerar características individuais importantes, como as condições sociais, econômicas e psíquicas<sup>14</sup>.

Bezerra apresenta as seguintes ponderações ao avaliar o critério adotado pelo Estatuto:

Observa-se que o legislador elegeu o critério cronológico para estabelecer quem seria considerado idoso para os efeitos da presente lei. Optou, portanto, pelo que parece ser o mais objetivo dos critérios, sendo de fácil comprovação. Porém, em alguns casos, distancia-se do mais justo, máxime em um país como o Brasil onde, em virtude da grande extensão territorial, da diversidade econômico-social existente, tem o seu povo uma gama de características regionais peculiares, como é o caso de parte dos habitantes do sertão nordestino que, muitas vezes, têm um

---

<sup>14</sup> Para Zimerman: “Velho é aquele que tem diversas idades: a idade do seu corpo, da sua história genética, da sua parte psicológica e da sua ligação com a sociedade. É a mesma pessoa que sempre foi. Se foi um batalhador, vai continuar batalhando; se foi uma pessoa alegre, vai continuar alegrando; se foi uma pessoa insatisfeita, vai continuar insatisfeita; se foi ranzinza, vai continuar ranzinza”. ZIMERMAN, Guite I. *Velhice*: aspectos biopsicossociais. 1. reimpr. Porto Alegre: Artmed, 2005, p. 19.

envelhecimento precoce, apresentando maior debilidade física diante de suas condições de vida (pobreza) e de trabalho (grande exposição ao sol no desenvolvimento de suas atividades no campo), por exemplo<sup>15</sup>.

Para Camarano, o grupo social “idoso”, portanto, mesmo quando definido apenas pela idade, não se refere apenas a um conjunto de pessoas com muita idade, mas a pessoas com determinadas características sociais e biológicas:

O limite etário seria o momento a partir do qual os indivíduos poderiam ser considerados “velhos”, isto é, começariam a apresentar sinais de incapacidade física, cognitiva ou mental, o que os torna, neste aspecto, diferentes dos indivíduos de menor idade. Porém, acredita-se que “idoso” identifica não somente indivíduos em um determinado ponto do ciclo de vida orgânico, mas em um determinado ponto do curso de vida social, pois a classificação de “idoso” situa os indivíduos em diversas esferas da vida social, tais como o trabalho, a família etc. (Camarano e Medeiros, 1999).<sup>16</sup>

Apesar das críticas, o legislador nacional optou pelo critério cronológico com o objetivo de facilitar a identificação e a concessão de direitos aos idosos. Assim, tal critério delimitará o perfil do indivíduo mais vulnerável, que demandará atenção do Estado e da sociedade.

## O IDOSO E AS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA (ILP)

Com o crescimento da população idosa no país, decorrente do aumento da expectativa de vida e da queda da taxa de fecundidade feminina, se intensifica a necessidade de interferência do Estado no oferecimento de amparo à essa população que, em determinadas circunstâncias, não recebe acolhimento da própria família.

Segundo Ramos, ao avaliar o envelhecimento da população brasileira:

[...] é correto afirmar-se que o processo de envelhecimento da população brasileira foi um tanto quanto artificial, uma vez que não decorreu de políticas sanitárias, característica de países hoje considerados desenvolvidos, mas principalmente da tecnologia médica, que em nada melhorou as condições de saneamento básico, água potável e condições habitacionais da população. Ora, não dispendo o Brasil de políticas públicas eficientes e sérias voltadas a beneficiar toda a sua população, **encontra-se**

<sup>15</sup> BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. Art. 1º. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso Comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008, p. 34.

<sup>16</sup> CAMARANO, Ana Amélia. *Estatuto do idoso: Avanços com contradições*. Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n. 1.840. Brasília: Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013, p. 10-11.

**despreparado para lidar com o fenômeno do envelhecimento**, que trouxe consigo os grandes problemas sociais que não foram resolvidos nas fases anteriores da existência dessa mesma população que envelheceu, de forma que a situação se agrava a cada dia, pois **os recursos se mostram cada vez mais escassos para resolver problemas que se sobrepõem**.<sup>17</sup> (destaque nosso)

Diante da ausência de um crescimento programado, acompanhado de políticas públicas e de programas para atendimento da população idosa, resta ao Brasil a união de esforços (entre família, sociedade e Estado) para conseguir atender essa demanda. Ao Estado, considerado o agente principal, pois responsável pela implementação das políticas públicas, caberá ofertar a assistência, refletida principalmente na concessão de benefícios financeiros, bem como nos serviços de moradia, saúde e no acompanhamento do idoso.

Cabe ressaltar, que a preferência de toda a legislação brasileira que trata dos direitos dos idosos é a permanência na sua família<sup>18</sup>. A prioridade será sempre auxiliar a família no amparo e no acompanhamento do idoso, sem que os vínculos se percam. Em situações excepcionais, porém, a colocação do idoso em instituição de atendimento é necessário, como nos casos em que o idoso não possui familiares conhecidos, quando a família não possui estrutura física e econômica para realizar os cuidados necessários, bem como em casos de maus-tratos e abandono<sup>19</sup>.

O idoso nestas condições será acolhido em uma instituição de longa permanência. A ILP se originou na ideia dos asilos, inicialmente dirigidos à população carente que necessitava de abrigo, fruto da caridade cristã diante da ausência ou insuficiência das políticas desenvolvidas pelo Estado. O que diferencia a ILP dos asilos é a forma de atendimento ofertado ao idoso, destacando-se a preocupação com a saúde, o bem-estar físico e psíquico, a inclusão e participação social, e estímulo, sempre que possível, das relações familiares<sup>20</sup>.

---

<sup>17</sup> RAMOS, op. cit., *E-book*.

<sup>18</sup> É o que prevê o art. 230, § 1º, da Constituição Federal: “os programas de amparo aos idosos serão executados **preferencialmente em seus lares**” e o art. 3º, § 1º, V, do Estatuto do Idoso: “**priorização do atendimento do idoso por sua própria família**, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência”. (grifo nosso)

<sup>19</sup> Tal ideia é reforçada pelo art. 37 e § 1º do Estatuto do Idoso: “Art. 37. O idoso tem direito a moradia digna, no seio da família natural ou substituta, ou desacompanhado de seus familiares, quando assim o desejar, ou, ainda, em instituição pública ou privada. § 1º A assistência integral na modalidade de entidade de longa permanência será prestada quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família”.

<sup>20</sup> “[...] Na prática das instituições estas se autodenominam asilos, residências para idosos, casas de repouso, casas geriátricas, entre outras (Herédia *et al.*, 2004), terminologia também da

O envelhecimento da população e o aumento da expectativa de vida de pessoas com redução da capacidade física, cognitiva e mental requerem que os asilos deixem de fazer parte apenas da rede de assistência social e integrem a rede de assistência à saúde, ou seja, ofereçam algo mais que um abrigo<sup>21-22</sup>.

A conexão existente entre a ILP e os asilos (vinculados a ideia de acolhimento de pessoas em situação de abandono e pobreza), porém, gera certo preconceito ao atendimento ofertado pela ILP. Vejamos as considerações de Camarano:

Reconhece-se que, no Brasil, recorrer a instituição de longa permanência é uma atitude polêmica carregada de preconceito. A valorização negativa é muito forte quando a decisão pela institucionalização é tomada pela família (Alcântara, 2004). [...] A institucionalização era reflexo da pobreza individual e familiar, e o termo asilo cristalizou-se como sinônimo de instituição para idosos pobres.<sup>23</sup>

Apesar da visão originariamente negativa da ILP, as alterações dos arranjos familiares, principalmente decorrentes da autonomia e da atuação da mulher (antes responsável pelo cuidado do lar, dos filhos e dos mais velhos) no mercado de trabalho<sup>24</sup>, fizeram surgir os idosos sem família, sem cuidador ou com problemas de relacionamento familiar e, conseqüentemente, a necessidade de locais para acolhimento. Outro ponto que também contribuiu para a melhor aceitação e o surgimento de novas instituições é aumento da expectativa de vida e da necessidade de cuidados de saúde. Portanto, não há dúvida de que o serviço oferecido pela ILP passou a ser essencial no acolhimento e cuidado do idoso.

---

linguagem coloquial. Segundo Born e Boechat (2002), é provável que os termos asilo e instituição asilar continuem a ser empregados devido à manutenção do caráter assistencial que ainda prevalece na maioria delas”. CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de Longa Permanência e Outras Modalidades de Arranjos Domiciliares para Idosos. In: NERI, Anita Liberalleso (Org.). *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, Edições SESC-SP, 2007, p. 175.

<sup>21</sup> “Distinguem-se, obviamente, as entidades não asilares, ou seja, nas quais os idosos não residem, ou sequer pernoitam, sendo utilizadas apenas como centro de convívio de idosos, durante o dia, como, por exemplo, os Centros de Convivência (Cecon), que são locais destinados à permanência diurna do idoso, desenvolvendo-se atividades físicas, laborativas, recreativas, culturais, associativas e de educação à cidadania”. FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

<sup>22</sup> CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. As instituições de longa permanência para idosos no Brasil. *R. bras. Est. Pop.*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 233-235 jan./jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982010000100014&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982010000100014&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 01 out. 2018, p. 233-235.

<sup>23</sup> CAMARANO, 2007, p. 173.

<sup>24</sup> “Tradicionalmente, a mulher sempre foi responsável pelo cuidado da casa, dos velhos e das crianças da família. Com a evolução social, ela passou a ter novas funções e a trabalhar fora. O homem, por sua vez, não preencheu esse espaço [...]”. ZIMERMAN, op. cit., p. 63.

No que se refere a natureza da ILP, esta poderá ser pública, privada, filantrópica ou mista. Segundo o RDC n. 283/2005, da Anvisa:

3.6 – Instituições de Longa Permanência para Idosos (ILPI) – instituições governamentais ou não governamentais, de caráter residencial, destinada a domicílio coletivo de pessoas com idade igual ou superior a 60 anos, com ou sem suporte familiar, em condição de liberdade e dignidade e cidadania.<sup>25</sup>

Os recursos financeiros para manutenção da instituição terão origens variadas, de acordo com a característica da ILP. As instituições filantrópicas, por exemplo, recebem suporte financeiro dos familiares ou dos próprios residentes (aposentadoria ou benefício social), financiamento público e também recursos próprios. É importante destacar, que o suporte estatal pode ser também com fornecimento de medicamentos e de serviços médicos. O mesmo ocorre com a participação privada (que pode também se dar por trabalho voluntário ou por estagiários vinculados a instituições de ensino).

Conforme se destacou, a ILP poderá cobrar pelo atendimento do idoso<sup>26</sup>. Esta cobrança não poderá exceder a 70% (setenta por cento) dos valores percebidos pelo idoso (em caráter previdenciário ou assistencial), conforme se observa no art. 35, do Estatuto do Idoso:

**Art. 35.** Todas as entidades de longa permanência, ou casa-lar, são obrigadas a firmar contrato de prestação de serviços com a pessoa idosa abrigada.

§ 1º No caso de entidades filantrópicas, ou casa-lar, é **facultada a cobrança de participação do idoso no custeio da entidade.**

§ 2º O Conselho Municipal do Idoso ou o Conselho Municipal da Assistência Social estabelecerá a forma de participação prevista no § 1º, que **não poderá exceder a 70% (setenta por cento) de qualquer benefício previdenciário ou de assistência social percebido pelo idoso.**

§ 3º Se a pessoa idosa for incapaz, caberá a seu representante legal firmar o contrato a que se refere o *caput* deste artigo. (destaque nosso)

Apesar do texto legal afirmar ser a cobrança facultativa, a maioria das instituições filantrópicas realizam a cobrança do custeio pelo idoso. Não há que se negar que a manutenção dessas instituições é extremamente custosa, sendo

<sup>25</sup> Anvisa, op. cit.

<sup>26</sup> Paiva destaca que a cobrança só poderá acontecer em instituições privadas, pois o Estado deverá oferecer o acolhimento sem qualquer custo ao idoso. PAIVA, Uliana Lemos de. Arts. 35 e 36. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008, p. 257-258.

insuficiente em muitos casos o repasse de verba pública e a contribuição de voluntários. Acontece, porém, que a cobrança gera um problema de colocação daquele idoso necessitado e sem possibilidade de contribuição, nos casos em que há ausência de vaga ou da própria existência de instituição pública.

O legislador constitucional garantiu no art. 203, V, da Constituição Federal, ao tratar da assistência social, o valor de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei. O direito elencado no dispositivo constitucional, o chamado benefício de prestação continuada<sup>27</sup>, foi regulado pela Lei Orgânica da Assistência Social (art. 20) e previsto pelo Estatuto do Idoso (art. 34):

**Art. 20.** O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

[...]

§ 3º Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a 1/4 (um quarto) do salário-mínimo.

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – Loas. (grifos nosso)

Conforme se observa, o benefício assistencial só poderá ser concedido ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais, sem meios para prover sua própria subsistência, nem de tê-la provida pela sua família. Destarte, o legislador infraconstitucional criou uma exceção ao critério cronológico utilizado pelo Estatuto do Idoso (60 anos)<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> “Pode ser definida como a prestação assistencial vitalícia de pagamento continuado, não reeditável nem substituidora dos salários, incompatível com a percepção de remuneração ou renda, devida ao maior de 65 anos incapaz de prover sua subsistência habitual ou de tê-la assegurada pela família”. MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005, p. 87.

<sup>28</sup> “*Vinícius Pacheco Fluminho* enxergou inconstitucionalidade no art. 34 da Lei n. 10.741/03, quando ela exige 65 anos de idade para a concessão da prestação prevista, porque o próprio art. 1º dessa lei garante que é idoso quem tem mais de 60 anos de idade (*Estatuto do Idoso: inconstitucionalidade do artigo 34 e seus reflexos no benefício assistencial da LOAS. Revista de Direito Social*, Notadez, Porto Alegre, n. 16, 2004, p. 60-67). A despeito do seu encaminhamento, julgamos que a idade de 60 anos diz respeito a todas as oportunidades em que a lei não fixar outro prazo, somente isso”. MARTINEZ, op. cit., p. 21.

A exceção legal leva ao seguinte quadro: o indivíduo será considerado idoso, para todos os efeitos legais, aos 60 (sessenta) anos, inclusive para ser acolhido em uma ILP, mas só terá direito ao benefício assistencial aos 65 (sessenta e cinco) anos. Assim, o principal destinatário da ILP, ou seja, o idoso carente, sem família e sem meios para suprir as próprias necessidades básicas, poderá se deparar com a situação de não acolhimento por impossibilidade de custear sua estadia.

Diante deste quadro, duas alternativas surgem. A primeira seria a proposição de alteração legislativa, para criação de critérios para a concessão excepcional do BPC a idosos entre 60 e 65 anos. Em casos de miserabilidade e ausência de família ou de condições para amparo do idoso, bem como da deficiência no atendimento público, seria possível a concessão do BPC ao idoso, viabilizando o custeio de sua permanência na instituição privada. Outra alternativa, seria a responsabilização do Estado pela ausência de políticas de atendimento ao idoso, obrigando-o a custear a permanência do idoso em instituição privada, até o surgimento de vagas no sistema público. Sobre essa possibilidade trataremos adiante.

#### **A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE ACOLHIMENTO EM ILP**

Conforme já destacado, o idoso carente deverá ser encaminhando para atendimento em instituição pública, quando houver. Não havendo vaga ou instituição de caráter público, o idoso deverá ser alocado em instituições privadas. Se o idoso puder custear o atendimento com seu benefício assistencial ou previdenciário (até 70%), este valor será utilizado e eventualmente complementado pelo Estado. Não havendo como o idoso custear o atendimento, o valor deverá ser integralmente de responsabilidade do Estado. Parte-se da premissa de que é responsabilidade do Estado oferecer o amparo para o idoso em situação de pobreza ou carência.

Se o idoso e seus familiares não tiverem condições financeiras e ele não for beneficiário da Previdência ou da Assistência Social, o Estado deverá subvencionar a entidade assistencial que o acolher para compensar a despesa de custeio que ela tiver com a assistência que lhe dispensar.<sup>29</sup>

O atendimento ao idoso é preocupação também da Lei n. 8.842/1994 (Política Nacional do Idoso), que prevê a garantia dos direitos de cidadania efetiva na sociedade, viabilizando a autonomia e a integração social, bem como promover o bem-estar e o direito à vida, colocando estes como deveres do Estado e da

---

<sup>29</sup> FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Idoso anotado*. 2. ed. rev. ampl. atual. Campinas/SP: Servanda, 2005, p. 68.



família. Além disso, há a proibição de qualquer tipo de discriminação às pessoas com idade avançada, bem como inicia a difusão de conhecimentos sobre o processo de envelhecimento para a população brasileira.

No que se refere à assistência social, prescreve o art. 10 (inc. I), da Política Nacional do Idoso, ser competência dos órgãos e entidades públicos: prestar serviços e desenvolver ações voltadas para o atendimento das necessidades básicas do idoso, mediante a participação das famílias, da sociedade e de entidades governamentais e não-governamentais; e, *estimular a criação de incentivos e de alternativas de atendimento ao idoso* (destaque nosso), como centros de convivência, centros de cuidados diurnos, casas-lares, oficinas abrigadas de trabalho, atendimentos domiciliares e outros.

Percebe-se, que é obrigação do Estado, de forma direta ou indireta, ofertar o atendimento adequado e digno ao idoso.

Neste ponto, destaca-se, como exemplo, decisões judiciais que reconheceram a responsabilidade do Estado no amparo ao idoso. O primeiro caso trazido para análise ocorreu no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em sede de Agravo de Instrumento, em ação movida pelo Ministério Público contra as filhas e o Município de Ijuí, em favor da idosa Nercília F., havendo a confirmação da decisão do juiz singular no sentido de obrigar o Município a custear a estadia da idosa em instituição de longa permanência:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. MEDIDA DE PROTEÇÃO PROPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DE IDOSO. INTERNAÇÃO EM ENTIDADE DE LONGA PERMANÊNCIA. OBRIGAÇÃO DO PODER PÚBLICO DE ASSEGURAR AO IDOSO, COM ABSOLUTA PRIORIDADE, A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À VIDA, À SAÚDE, À ALIMENTAÇÃO E À DIGNIDADE. 1. Nos termos do art. 230 da Constituição Federal, o Estado – aí compreendido em sentido lato – tem o dever de amparar as pessoas idosas, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. Igualmente, o art. 3º da Lei n.º 10.741/2003 também estabelece ser obrigação do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à dignidade e ao respeito, dentre outros, de modo que compete ao Poder Público **garantir aos idosos o direito a moradia digna, inclusive em entidade de longa permanência**, quando verificada inexistência de grupo familiar, casa-lar, abandono ou carência de recursos financeiros próprios ou da família (art. 37, § 1º, Lei n.º 10.741/2003). 2. No caso, apesar de a idosa possuir duas filhas que poderiam, em tese, auxiliar financeiramente a genitora, descaberia atribuir, desde logo, a estas duas filhas – que, apesar de demandadas, ainda nem sequer foram citadas – a responsabilidade pelo custeio do acolhimento da idosa junto à entidade de longa permanência, porquanto tal proceder significaria deixar de prestar a assistência integral devida à idosa ao menos até que fossem as requeridas localizadas e... cita-

das. Desse modo, sobretudo visando proteger os interesses da idosa e considerando que, nos termos do art. 3º da Lei n.º 10.741/2003, também **constitui obrigação do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida e à saúde, sendo obrigação do Estado tornar efetiva a garantia da proteção desses direitos, impõe-se a manutenção da decisão agravada, que determinou o acolhimento da idosa em entidade de longa permanência a expensas do Município recorrente.** NEGARAM PROVIMENTO. UNÂNIME. (Agravado de Instrumento n. 70067131110 (nº CNJ: 0398489-67.2015.8.21.7000), Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 18/02/2016)<sup>30</sup>. (destaque nosso)

Veja-se que, apesar de se verificar a existência de familiares, o Poder Judiciário se posicionou no sentido de responsabilizar o Município, ainda que momentaneamente e em caráter emergencial (pelo menos até a localização e a verificação de possibilidade financeira das filhas da idosa) pelo acolhimento da idosa. É de se perceber na decisão, a preocupação do nobre julgador com a necessidade imediata de acolhimento e acompanhamento. Não havendo dúvida sobre a responsabilidade do Estado na tutela do idoso, melhor obriga-lo ao custeio, sob pena de riscos à vida e saúde da idosa.

O segundo caso trazido a baila se refere a decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em sede de Apelação Cível, em ação movida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Município de Presidente Prudente, em favor da idosa Odete Maria da Silva Maximiano. O Tribunal de Justiça negou provimento ao recurso do Município, nos seguintes termos:

**APELAÇÃO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER PARA APLICAÇÃO DE MEDIDA PROTETIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO.** Idosa em situação de abandono que necessita de cuidado integral. Auxílio familiar insuficiente. **Dever do Município de prover asilo.** Estatuto do idoso. Sentença de procedência mantida. Recursos oficial e de apelação desprovidos.<sup>31</sup> (destaque nosso)

Cabe destaque as considerações apresentadas pelo r. Relator da Apelação acima referida, ao tratar da responsabilidade dos entes federados pelo fornecimento do serviço de saúde:

---

<sup>30</sup> RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. Agravado de Instrumento n. 70.067.131.110. Agravante: Município de Ijuí. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 18/02/2016, Oitava Câmara Cível. Data de Publicação: *Diário da Justiça*, 22/02/2016.

<sup>31</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1010918-36.2015.8.26.0482. Apelante: Prefeitura Municipal de Presidente Prudente. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Marcelo Semer. Décima Câmara de Direito Público, Julgado em 20/03/2017.

É desnecessário o chamamento ao processo do Estado de São Paulo, uma vez que **os três entes federativos são os destinatários da norma contida na primeira parte do artigo 196 da Constituição Federal** (“A saúde é direito de todos e dever do Estado”). Em consequência, **as prestações decorrentes desse dispositivo podem ser exigidas de qualquer delas**. Nesse sentido, o RE 195.192/RS, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, j. 22.02.2000, e os seguintes julgados das Câmaras de Direito Público deste Tribunal: Ap. 852.278.5/4, 3ª C., Rel. MARREY UINT, j. 21.01.2009; Ap. 799.860.5/5, 7ª C., Rel. NOGUEIRA DIEFENTHALER, j. 8.09.2008; Ap. 848.532.5/0, 8ª C., Rel. RUBENS RIHL, j. 14.01.2009; Ap. 815.324.5/4, 9ª C., Rel. SERGIO GOMES, j. 28.01.2009; Ap. 836.191.5/0, 11ª C., Rel. PIRES DE ARAÚJO; Ap. 852.002.5/6, 13ª C., Rel. IVAN SARTORI; e, desta 10ª Câmara, as Apelações n. 603.084.5/7, Rel. URBANO RUIZ, j. 19.01.2009, e n. 856.744.5/0, Rel. ANTONIO CARLOS VILLEN, j. 9.02.2009. **Essa orientação encontra-se pacificada neste Tribunal de Justiça, com a aprovação da Súmula n. 37 pelo C. Órgão Especial, segundo a qual “a ação para o fornecimento de medicamento e afins pode ser proposta em face de qualquer pessoa jurídica de Direito Público Interno”.**<sup>32</sup> (destaque nosso)

Portanto, o direito à saúde é responsabilidade solidária da União, Estados, Municípios e Distrito Federal, conforme art. 196 e seguintes da Constituição Federal de 1988. Não bastasse a obrigação dos serviços de saúde, há a obrigação constitucional e infraconstitucional de amparo e cuidado da pessoa idosa, conforme já destacado. De acordo com as características analisadas quando se tratou da ILP, não há dúvida de que uma de suas funções será o fornecimento de atendimentos de saúde. Assim, descabida a alegação dos entes federados de ausência de responsabilidade por se referir a direito sem previsão legal de fornecimento. Havendo indicação e necessidade no caso concreto de se acolher o idoso em instituição assistencial, inafastável a responsabilidade do Estado (implementando-se de forma solidária entre os entes federados).

No que se refere à legitimidade do Ministério Público para defesa dos direitos dos idosos, registra-se que o Estatuto do Idoso expressamente reconhece tal competência, afirmando, em seu art. 74, I, ser competência do Ministério Público a instauração o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso. Tal dispositivo, em seu inciso VIII, também destaca a competência do Ministério Público na inspeção de entidades públicas e parti-

---

<sup>32</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 1010918-36.2015.8.26.0482. Apelante: Prefeitura Municipal de Presidente Prudente. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Marcelo Semer. Décima Câmara de Direito Público, Julgado em 20/03/2017.

culares de atendimento (como é o caso da ILP), podendo adotar medidas administrativas ou judiciais necessárias à remoção de irregularidades porventura verificadas<sup>33</sup>.

A atuação do Ministério Público na fiscalização da ILP visa a melhora do atendimento oferecido à população idosa, mas também o controle e a contenção de instituições clandestinas, conforme destaca Beré:

De fato, malgrado a previsão contida no Estatuto do Idoso no sentido de que o idoso tem preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas e destinação privilegiada de recursos públicos (art. 3º, inc. II e III), quando se trata de instituições de longa permanência para idosos a presença do estado é insignificante, não sendo a demanda suprida por instituições filantrópicas. A carência de serviços públicos ou filantrópicos, o aumento da expectativa de vida e consequente aumento do número de idosos gera uma procura por aquele serviço que acaba sendo suprida pela iniciativa privada, que oferece serviços de diversos níveis de qualidade, em diversas faixas de preço. Tais serviços são prestados por empresas regularmente constituídas e registradas na Junta Comercial, por empresários individuais regulares e, também, por pessoas que atuam em absoluta informalidade, com casas de repouso totalmente clandestinas<sup>34</sup>.

Na ausência de instituições de acolhimento custeadas pelo Estado ou filantrópicas, a família acaba utilizando de serviços com preços atrativos. A procura estimula o surgimento de instituições desqualificadas e despreparadas para o serviço de saúde e acompanhamento do idoso. Cabe ao Ministério Público zelar pelos interesses da população idosa, inviabilizando o funcionamento dessas instituições.

## CONCLUSÃO

O crescimento da população idosa é realidade no Brasil e no mundo. A melhoria nos tratamentos de saúde, as campanhas de prevenção e vacinação, bem como a diminuição de nascimentos (reflexo dos novos arranjos sociais, principalmente do novo papel assumido pela mulher), contribuíram para essa situação.

---

<sup>33</sup> A atuação do Ministério Público está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art. 129. A defesa de direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos também está prevista nos arts. 81, parágrafo único e 82, I, do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90).

<sup>34</sup> BERÉ, Cláudia Maria. *Atuação do Ministério Público em Defesa da Pessoa Idosa*. 09 de dezembro de 2012. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/atuacao-do-ministerio-publico-em-defesa-da-pessoa-idosa/>. Acesso em: 08 dez. 2018.

A sociedade e o Estado, em contrapartida, não se prepararam para receber a população idosa. Com a idade surgem as vulnerabilidades físicas e psíquicas, alimentando novas demandas médicas, novos cuidados e novas preocupações. Disso decorre que a família precisará de amparo para acompanhar essa nova realidade, a sociedade deverá se restabelecer para receber dignamente a população idosa, e o Estado deverá investir em políticas assistenciais voltadas ao amparo financeiro, médico e social.

Destacou-se no trabalho, que a família deverá ser a melhor alternativa para permanência da pessoa idosa. Os laços familiares deverão, sempre que possível, serem preservados. Em situações excepcionais, porém, onde a permanência no lar familiar não for possível, o idoso poderá ser encaminhado para as instituições de longa permanência, mantidas pelo Estado ou por particulares.

Caberá à instituição assistencial oferecer serviços de acompanhamento, estadia, saúde e bem-estar, permitindo a vida digna e plena da pessoa idosa. Quando o serviço assistencial for ofertado pelo Estado, deverá ser gratuito. Já o atendimento privado e filantrópico poderá ser custeado pelo idoso, que contribuirá com até 70% (setenta por cento) de seu benefício assistencial ou previdenciário.

A questão que se trabalhou foi a de que o idoso só terá direito ao benefício assistencial (que poderá se destinar ao custeio da ILP) ao 65 (sessenta e cinco) anos, mas poderá ser recebido em uma ILP aos 60 (sessenta) anos, critério legal adotado para conceituar a pessoa idosa. Isso nos leva a possibilidade de um idoso financeiramente e socialmente hipossuficiente, sem família e sem meios para suprir as próprias necessidades básicas, não ser acolhido por impossibilidade de custear sua estadia (evidentemente que nos casos onde não há ILP mantida pelo Estado, situação comum, registra-se).

Para tal quadro analisou-se duas possibilidades. A mais difícil delas, pois demandaria a atuação do Poder Legislativo, seria a alteração da Lei Orgânica da Assistência Social (art. 20) e do Estatuto do Idoso (art. 34), para inserir critérios excepcionais que permitiriam a concessão do BPC ao idoso entre 60 e 65 anos. Os critérios como a miserabilidade, a ausência de familiares e a deficiência de vagas ou de instituições assistenciais públicas, poderiam justificar a concessão do benefício assistencial para custeio da estadia do idoso em ILP privada.

Outra alternativa, inclusive já adotada em algumas decisões judiciais, seria a responsabilização do Estado pela ausência de políticas de atendimento ao idoso, obrigando-o a custear a permanência do idoso em instituição privada, até o surgimento de vagas no sistema público. O amparo do Estado poderia ser integral, nos casos em que o idoso não preenche os requisitos para recebimento do BPC, ou parcial, quando necessário complementar o valor, pois insuficiente o valor do benefício.

O que se pode concluir, diante de tudo que foi apresentado, é que o idoso não pode sofrer com a omissão do Estado na implementação de políticas e ser-

viços públicos. A obrigação de tutela do idoso é ordem do legislador constitucional, reproduzida em normas infraconstitucionais, não cabendo qualquer justificativa em contrário, ainda que baseada em limites orçamentários (reserva do possível).

A sociedade ainda precisa evoluir no sentido de respeitar e valorizar a população idosa, que ao contrário do que se prega, não perde seu valor social com a idade. A força produtiva é transformada em força humana, em valores e ensinamentos, que podem e devem ser aproveitados. Uma sociedade que não respeita seus idosos não respeita a si mesmo, não valoriza sua própria história. Enquanto as transformações culturais demoram a acontecer, a população idosa cresce e precisa de amparo, papel que cabe à família, à sociedade e ao Estado, que atuará na ausência dos demais.

## REFERÊNCIAS

- BEAUVOIR, Simone de. *A velhice*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1990.
- BERÉ, Cláudia Maria. *Atuação do Ministério Público em defesa da pessoa idosa*. 09 de dezembro de 2012. Associação Nacional dos Membros do Ministério Público de Defesa dos Direitos dos Idosos e Pessoas com Deficiência – AMPID. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/atuacao-do-ministerio-publico-em-defesa-da-pessoa-idosa/>. Acesso em: 08 dez. 2018.
- BEZERRA, Rebecca Monte Nunes. Art. 1º. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008.
- BRASIL. Anvisa. Resolução RDC n. 283, de 26 de setembro de 2005. *Aprova o Regulamento Técnico que define normas de funcionamento para as Instituições de Longa Permanência para Idosos*. DOU. Poder Executivo, de 27 de setembro de 2005.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1988.
- BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993. *Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 8 dez. 1993.
- BRASIL. Lei n. 8.842, de 4 de janeiro de 1994. *Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 5 jan. 1994.
- BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 3 out. 2003.
- BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências*. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, de 12 set. 1990. Edição extra e retificado em 10 jan. 2007.
- CAMARANO, Ana Amélia. Instituições de Longa Permanência e Outras Modalidades de Arranjos Domiciliares para Idosos. In: NERI, Anita Liberalesso (Org.). *Idosos no*

Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, Edições SESC-SP, 2007.

CAMARANO, Ana Amélia. *Estatuto do idoso: Avanços com contradições*. Texto para Discussão, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), n. 1.840. Brasília: Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2013.

CAMARANO, Ana Amélia; KANSO, Solange. As instituições de longa permanência para idosos no Brasil. *R. Bras. Est. Pop.*, Rio de Janeiro, v. 27, n. 1, p. 233-235 jan./jun. 2010. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982010000100014&script=sci\\_arttext&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-30982010000100014&script=sci_arttext&tlng=pt). Acesso em: 01 out. 2018.

CARVALHO, Carlos Eduardo Vieira de. *Regulação de serviços públicos na perspectiva da Constituição econômica Brasileira*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

COSTA, Ilton Garcia da; GOFMAN, Bruno. As parcerias com as organizações sociais e a fiscalização por parte do Ministério Público. *Revista Aporia Jurídica (on-line)*. *Revista Jurídica do Curso de Direito da Faculdade Cescage*. 5. ed., v. 1 (jan./jul.-2016). p. 157-173. Disponível em: <http://www.cescage.com.br/revistas/index.php/aporiajuridica/article/viewFile/38/37>. Acesso em: 17 nov. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FRANCO, Paulo Alves. *Estatuto do Idoso anotado*. 2. ed. rev. ampl. atual. Campinas/SP: Servanda, 2005.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina, jurisprudência e legislação*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015. *E-book*.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Número de idosos cresce 18% em 5 anos e ultrapassa 30 milhões em 2017. Editoria: Estatísticas Sociais. 26 abr. 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20980-numero-de-idosos-cresce-18-em-5-anos-e-ultrapassa-30-milhoes-em-2017>. Acesso em: 15 nov. 2018.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários ao Estatuto do Idoso*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 24. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

PAIVA, Uliana Lemos de. Arts. 35 e 36. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008.

PONTES, Patrícia Albino Galvão. Arts. 33 e 34. In: PINHEIRO, Naide Maria (Coord.). *Estatuto do Idoso comentado*. 2. ed. rev. atual. ampl. Campinas/SP: Servanda, 2008.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. *Curso de direito do idoso*. Série IDP. São Paulo: Saraiva, 2014. Recurso online.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Agravo de Instrumento n. 70.067.131.110*. Agravante: Município de Ijuí. Agravado: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Data de Julgamento: 18/02/2016, Oitava Câmara Cível. Data de Publicação: *Diário da Justiça*, 22/02/2016.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. *Apelação Cível n. 1010918-36.2015.8.26.0482*.

Apelante: Prefeitura Municipal de Presidente Prudente. Apelado: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Marcelo Semer. Décima Câmara de Direito Público, Julgado em 20/03/2017.

SANTOS, Silvana Sidney Costa. Concepções teórico-filosóficas sobre envelhecimento, velhice, idoso e enfermagem gerontogeriatrica. *Revista Brasileira de Enfermagem – REBEn*. Brasília, 2010, nov-dez 63(6), p. 1035-1039. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/reben/v63n6/25.pdf>. Acesso em 17 nov. 2018.

ZIMERMAN, Guite I. *Velhice: aspectos biopsicossociais*. 1. reimp. Porto Alegre: Artmed, 2005.

*Data de recebimento: 17/12/2018*

*Data de aprovação: 29/01/2019*



# ATENCIÓN VIRTUAL DE LA SALUD REAL. REFLEXIONES SOBRE LA DIGITALIZACIÓN DE LOS DATOS CLÍNICOS\*

Elian Pregno\*\*

## I. PÓRTICO

Si el Derecho es la continuidad figurada de la guerra, no está demás arriesgar que la migración de la vida relacional y sus conflictos a la *red* se inscribe como una profundización de la belicosidad simbólica.

De ahí que la “guerra fría” sofisticada que se sustancie en la *web* advierta a los países sobre la necesidad de enriquecer sus milicias tradicionales -de tierra, aire y agua- con *hackers*<sup>1</sup>, desde que todos los países del mundo almacenan grandes cantidades de datos en el ciberespacio.

La máxima “saber es poder” se actualiza más que nunca en momentos de producción – transferencia – salvaguarda – recuperación – tratamiento masivo de información sensible.

En la sociedad del conocimiento se ponen de presente los diferendos que acarrea la incertidumbre sobre la propiedad de esos intangibles y las responsabilidades que importa su mal uso, sobre todo para los gobiernos, ya que alojan en y manipulan desde la *nube* antecedentes de todo tipo, sean propios estaduales o personal de sus habitantes<sup>2</sup>.

Así es como se entretrejen catálogos que logran inventariar a la población conforme a empadronamientos<sup>3</sup> genético-biológicos, médico-sanitarios, impo-

---

\* El autor agradece a la Fundación Karisma (Bogotá, Colombia) la oportunidad para pensar sobre estos temas.

\*\* Doctor en Filosofía del Derecho. Magíster y Especialista en Elaboración de Normas Jurídicas. Abogado. Investigador y Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Contacto: epregno@derecho.uba.ar.

<sup>1</sup> Cabe citar, especialmente y por ejemplo a: SÁNCHEZ MEDERO, Gema, “Internet: Una herramienta para las guerras del siglo XXI”, en: Revista Política y Estrategia, n. 114, p. 63-104; “Los Estados y la ciberguerra”, en: Boletín de Información del CESEDEN, n. 317, p. 63-75; “Ciber-crimen, ciberterrorismo y ciberguerra: los nuevos desafíos del s. XXI”, en: CENIPEC, n. 31, p. 241-267; entre otros.

<sup>2</sup> CARDOSO DE MIRANDA, E. A. y MUÑOZ CAÑAVATE, A., “Los sitios web como servicios de información al ciudadano: un estudio sobre los 308 ayuntamientos de Portugal”, en: Anales de Documentación, 2015, v. 18, n. 1. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.6018/anales-doc.18.1.212681> (Visualizado en: 18.09.2018).

<sup>3</sup> RAMONET, Ignacio, El imperio de la vigilancia. Madrid, Clave Intelectual, 2015.

sitivo-tributarios, profesión de credos y filiaciones político-partidarias, conducta financiera y reputación crediticia, trayectorias académicas y pautas de consumo, conflictos con la ley y lazos familiares, monitoreo remoto de rutinas y preferencias, etc.

En lo que sigue, especial atención se dedica a la digitalización de los datos médico-sanitarios.

## II. DE LA ATENCIÓN DE LA SALUD EN TIEMPOS DE LA TELE-MEDICINA<sup>4</sup>

Es posible que la medicina occidental, la que se gestó hace poco menos de 2.500 años con Hipócrates en la antigüedad griega<sup>5</sup>, haya avanzado más en el último siglo que en los veinticuatro anteriores.

En ese afán de ganarle espacio a la muerte se fueron terciarizando funciones vitales al calor del impacto del impertivo tecnológico en la atención de la salud. Por ejemplo: hace 95 años que con insulina de bovinos y porcinos se logró reemplazar el déficit hormonal de origen pancreático para tratar la diabetes<sup>6</sup>; 80 años han pasado desde la aparición de los inhaladores para tratar el asma<sup>7</sup>; Kolff construyó la primera máquina de diálisis hace 75 años propiciando la sustitución de la función renal<sup>8</sup>; cumplió 40 años Louise Brown<sup>9</sup>, el primer “bebe de probeta” y prueba viviente de que la reproducción sin sexo es posible (ya en los sesenta la píldora anticonceptiva<sup>10</sup> había facilitado el sexo sin reproducción), aunque huelga decir que el punto más elevado de esta intentona lo constituye la clonación reproductiva<sup>11</sup>, que no es otra cosa que la materialización de la mismísima concepción virginal.

<sup>4</sup> CARRIÓN PÉREZ, Pedro Antonio; RÓDENAS GARCÍA, Juan; RIETA IBÁÑEZ, José Joaquín; SÁNCHEZ MELÉNDEZ, César (Coordinadores), *Telemedicina: ingeniería biomédica*. Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha, 2009.

<sup>5</sup> BOURGEY, Louis, *Observation et expérience chez les médecins de la collection hippocratique*. Paris, J. Vrin, 1953.

<sup>6</sup> SANCHEZ RIVERO, Germán, “Historia de la diabetes”, en: *Gaceta Médica Boliviana*, Cochabamba, v. 30, n. 2 (2007), p. 74-78.

<sup>7</sup> GÓMEZ CORREA, Gustavo Adolfo, “Inconclusa historia del asma”, en: *Revista Colombiana de Neumología*, v. 30, n. 1, nov. 2018, p. 18-28.

<sup>8</sup> OCHARAN-CORCUERA, Julen, “53 años de hemodiálisis”, en: *Diálisis y Trasplante*, 2010, 30:70, pág. 1.

<sup>9</sup> KAMEL, Remah Moustafa, “Assisted Reproductive Technology after the Birth of Louise Brown”, en: *Journal of Reproduction & Infertility* (2013 Jul-Sep) 14 (3), p. 96-109.

<sup>10</sup> GALAN CH, Guillermo, “50 años de la píldora anticonceptiva”, en: *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* (2010), v. 75, n. 4, p. 217-220.

<sup>11</sup> MENDOZA, Héctor, “La sexualidad reproductiva en el siglo XXI. El divorcio entre sexualidad y reproducción”, en: *Revista Perspectivas Sociales* (Enero-Junio 2012), v. 14, n. 1, p. 33-46.

Pero si hay un hito realmente disruptivo en esta carrera hacia la inmortalidad es la aparición de las unidades de cuidados intensivos, promediando la década del 50-60<sup>12</sup>. Respiradores, desfibriladores, cateterismos y una tecnología medicamentosa en auge, poco a poco, harían del cuerpo un artefacto más y hasta concretar lo que al momento sólo había ficcionado Mary Shelley: despanzurrar muertos para generar vida *ex nihilo*. Fuera del giro místico que imprime la alegoría del redentor, lo cierto es que Frankenstein<sup>13</sup> se anticipa casi 150 años al trasplante de órganos, quizá porque la grandilocuencia de la metáfora condensa una de las fantasías más arcaicas de nuestra cultura: suplantarse partes dañadas del organismo; y, claro, un detalle no menor: las piezas de repuesto las proveen los cadáveres.

Así, la creación de la terapia intensiva se tradujo en “techar el cementerio” y en reformular el organigrama nosocomial e inauguró una nueva especialidad médica dedicada a los cuidados críticos.

No obstante, esta modificación del *ámbito material* de las ciencias de la salud no parece tener tope, toda vez que la I+D aplicada a la salud auspicia proyecciones insospechadas en el campo de la terapia génica, la reprogramación celular, las nanotecnologías.

Ahora bien, pareciera ser que también se conmueve el *eje tiempo-espacial* a partir de los despliegues de la robótica aplicada a la atención de la salud y es allí donde se enmarca lo que se ha dado en llamar *tele-medicina*<sup>14</sup>.

Como todo proceso innovativo, la implementación de un modelo de atención sanitaria remota trae aparejado un horizonte pavimentado de desafíos, sea a nivel personal o grupal y también institucional. Tan inevitable es la resistencia al cambio como la exigencia de adaptarse en tanto presupuesto de supervivencia organizacional y resiliencia de los gestores, puesto que también experimenta alteraciones el *plano personal*.

Esta secuencia de adecuaciones de orden material, temporal, espacial y personal devuelven una resignificación de “lo real” para las instituciones, los equipos y los profesionales que intervienen en el sector salud.

Luego, no cabe duda que, por ejemplo, la clasificación de las demandas sanitarias espontáneas y la consecuente selección de los pacientes se optimizan en

---

<sup>12</sup> CABALLERO LÓPEZ, Armando, Historia de los Cuidados Intensivos. Terapia Intensiva. La Habana, Editorial Ciencias Médicas, 2006, 2ª edición.

<sup>13</sup> SHELLEY, Mary Wollstonecraft, Frankenstein, or the Modern Prometheus. London, Lackington, Hughes, Harding, Mavor, & Jones, 1818, 1ª edición.

<sup>14</sup> “TELEMEDICINE can be broadly defined as the use of telecommunications technologies to provide medical information and services”. PEREDNIA, Douglas A., Telemedicine Technology and Clinical Applications, en: Journal of the American Medical Association (1995) 273 (6), p. 483-488.

una sala de triaje virtual, en la medida que se evita la congestión de los servicios de urgencia y emergencia presenciales; sin embargo, no es menos cierto que en la era digital recrudescen los problemas de conectividad, máxime en sociedades con acceso desigual a los bienes.

En la misma línea argumental, cuadra preguntarse cuánto es lo que se arriesga en materia de salvaguarda de derechos personalísimos y qué ajustes se imponen para honrar el cabal intercambio de información confidencial en el proceso seguido para un consentimiento esclarecido de las intervenciones preventivas, diagnósticas y terapéuticas. ¿Será que todo puede reducirse a un “click”?<sup>15</sup>

Profundizando las incertidumbres desde un punto de vista estrictamente normativo destacan las clásicas: ley aplicable y juez competente, en tanto y en cuanto es la incerteza del enclave territorial el aspecto que enrarece el acto *tele-médico* (¡y cuánto más si involucra, además, el elemento extranjero!). Sea que se trate de relaciones contractuales, delitos penales o, incluso, cuestiones estatutarias del ejercicio profesional como la matriculación y el régimen disciplinario, ¿qué criterio debería seguirse para “situar” la práctica? A saber:

- a) la ubicación del paciente;
- b) la ubicación del médico;
- c) la ubicación de la institución que vincula al paciente y al médico, mas ¿qué sucede si se trata de una derivación o de una interconsulta, de suerte que se mantienen procedencias disímiles? En su caso, ¿en qué posición queda el profesional y/o la institución derivante?<sup>16</sup>

En suma, se trata del perpetuo temple precautorio en el que se funda el sentido último de la responsabilidad: no dañar.

En cualquier caso y a la postre, valga la aclaración de que no es la *tele-medicina* una especialidad de ésta sino un modo de ejercerla. Y al tiempo que vale preguntarse por los deberes, obligaciones y responsabilidades que se asumen en esta nueva modalidad galena, urge interrogarse acerca de qué médicos tenemos y cuáles nos gustaría tener, sabiendo que la diferencia se salda poniendo en discusión qué médicos estamos formando. Lo propio respecto de los pacientes, aunque partiendo de la base de que el paciente es el que es, por lo que el cuestionamiento más acertado es qué ciudadanos queremos, qué sociedad deseamos

<sup>15</sup> ALEMÁN BRACHO, María del Carmen and MUNUERA GÓMEZ, Pilar, “Los derechos de los pacientes en la protección social de la salud: transformación digital de la sanidad”, en: e-Legal History Review, N° Extra 27, 2018 (Ejemplar dedicado a: HOMENAJE AL PROFESOR PÉREZ-PRENDES), p. 1-24.

<sup>16</sup> CÁRCAR BENITO, Jesús Esteban, “Telemedicina y el contrato electrónico para los servicios de los profesionales sanitarios”, en: Derecho y salud, v. 24, n. Extra 1, 2014 (Ejemplar dedicado a: XXIII Congreso “Derecho y salud: Sistema de salud: novedades y desafíos”), p. 253-266.

forjar y eso, también, se resuelve en el horizonte de largo plazo que ofrecen las políticas educativas.

### III. BIG DATA E INTELIGENCIA ARTICIAL (IA) EN SALUD

La idea de *big data*<sup>17</sup> refiere a grandes cantidades de datos, de rápida recuperación y con múltiples posibilidades de coligarlos entre sí; y es precisamente por esas inter-relaciones que se proyectan incrementos exponenciales de la información inicialmente colectada.

Tal como quedara esbozado líneas arriba, esas bases de datos presentan distintos orígenes. Luego, a partir de vinculaciones de tipo conjetural y a base de algoritmos, se potencian los datos fuente; obviamente, el problema sobreviene con los sesgos que esas conjeturas pueden introducir.

En tal sentido, cuadra diferenciar a los datos útiles de aquellos que no lo son, con más razón allí donde el objetivo primordial es conocer la salud y sus determinantes en una población dada.

Por tanto, las compilaciones tradicionales se construyen a instancias de historiales clínicos, estudios complementarios, registros resultantes de la notificación de enfermedades, entre otras fuentes, a las que se agregan las innovaciones de la era digital, sobre todo a partir de lo que se ha dado en llamar “minería de datos”. Dicho proceso consiste en la indagación de grandes cantidades de información en búsqueda de patrones, aún a riesgo de incurrir en sesgos o -aún- manipulaciones.

La finalidad de los *big data* no se agota en el mero almacenamiento y pronto recupero de información sino en el análisis de ésta, el entrecruzamiento de los datos (actividad que, a su vez, genera más datos) y la posibilidad de conjeturar asociaciones que redunden en conclusiones valiosas para optimizar la toma de decisiones en salud. De algún modo, la pretensión es dominar todas las variables que intervienen e influyen en el sistema sanitario mediante un diseño eficiente a base de algoritmos.

Los algoritmos son constructos que, a través de: fórmulas lógicas, cálculos estadísticos y operaciones matemáticas, traducidas a lenguaje de programación, procuran procesar datos emulando la forma en que el hombre razona. Y aquí es donde puede haber problemas, toda vez que los algoritmos son modelizaciones que sustituyen a los humanos por máquinas.

---

<sup>17</sup> BECERRIL, Anahiby, “The value of our personal data in the Big Data and the Internet of all Things Era”, en: *Advances in Distributed Computing and Artificial Intelligence Journal*, v. 7, n. 2 (2018), p. 71-80.

Luego, por carácter transitivo, todo error o mala intención en el programador (humano) se transfiere al ordenador (inteligencia artificial), pues el algoritmo no es sino el resultado de un proceso de toma de decisiones; ergo, si el decisor es xenófobo, el procesador de datos no podrá ser otra cosa que xenófobo.

Con este panorama, no hay opción a la protección de los datos personales; y con más razón los de los más vulnerables<sup>18</sup>, ya que en el horizonte que da sentido a todo esto lucen criterios de utilidad.

De ahí, entonces, que es un enorme problema de naturaleza política (filosófica, jurídica, económica, comunicacional, etc.), que no podrá ya revertirse y cuya única solución, aún desde la más consciente de las insuficiencias, es la regulación<sup>19</sup>.

#### IV. LA DIGITALIZACIÓN DEL HISTORIAL CLÍNICO

*“Nosotros, acá, no tenemos problema con la confidencialidad de las historias clínicas de las personas que viven con VIH/SIDA porque les asignamos una carpeta color celeste”*, soltaba muy segura en medio de una reunión la empleada administrativa de un centro de salud de la provincia de Buenos Aires, allí en la Argentina.

La anécdota refleja una cuestión tan espinosa como, de hecho, lo es el tratamiento de datos sensibles, sobre todo cuando involucran cuestiones de salud y a partir de las cuales pueden coligarse definiciones prejuiciosas que acaben por efectivizar las más discriminatorias prácticas que puedan llegar a imaginarse.

Asociar la infección por VIH/SIDA a la sexualidad y a la muerte no sería del todo desacertado si no fuera porque rápidamente se erige en pasaporte a la promiscuidad para quienes abrazan la diversidad sexual y de género. Etiquetar a una persona a partir de sus preferencias puede resultar estigmatizante cuando el peso del rótulo confina al peor de los tormentos: negarse a uno mismo, extremo bastante común en biografías que han debido ocultar o disimular la propia identidad, incluso (y sobre todo) ante el núcleo más íntimo.

Retomando el hilván, el recurso al caso (verídico, por cierto) se justifica en el hecho de que encarpetar al “sidoso” en celeste viola la confidencialidad debida en

<sup>18</sup> Por ejemplo: GUENAGA, María Luz; BARBIER, Ander; EGUÍLUZ, Andoni, “La accesibilidad y las tecnologías en la información y la comunicación”, en: TRANS. Revista de Traductología, n. 11 (sep. 2017), p. 155-169; LLORENTE-BARROSO, Carmen; VIÑARÁS-ABAD, Mónica; SÁNCHEZ-VALLE, María, “Internet and the Elderly: Enhancing Active Ageing”, en: Comunicar, 2015, v. 23, n. 45, p. 29-36.

<sup>19</sup> VERCELLI, Ariel Hernan, “Repensando las regulaciones de internet. Análisis de las tensiones políticas entre no-regular y re-regular la red-de-redes”, en: Chasqui: Revista Latinoamericana de Comunicación, N° 129, 2015 (Ejemplar dedicado a: Comunicación e integración desde el Sur), p. 95-112.

el marco de una adecuada relación equipo de salud – paciente y lo precipita por el camino de la murmuración. Asimismo, el punto es poner de manifiesto que el mundo no sucumbe ante la historia clínica digital y que con ella los problemas acaban por ser más o menos los mismos, por lo que cabe desvancer las perspectivas apocalípticas en torno a esta irrefrenable espiral innovativa. A por ello.

Más temprano que tarde, la información sanitaria de las personas migrará completamente del soporte papel a continentes electrónicos. Eso está fuera de discusión, la cuestión es desmenuzar el impacto que tendrá esa mudanza.

Ante todo, cuadra apuntar que todo cambio genera resistencias que suelen expresarse en vaticinios de los más pesimistas. Del mismo modo, tampoco se hacen esperar los que sobredimensionan los hallazgos e incurrir en desmesurados auspicios. Pues: ni lo uno, ni lo otro, desde que juicios más balanceados obligan a suponer que, como todo, la historia clínica digital acarrea ventajas y desventajas.

A su tiempo, no hace falta ser experto en informática para advertir que el principal problema, para países en vías de desarrollo, es de conectividad, de suerte que todos los actores accedan al sistema en igualdad de condiciones, sin importar de cuál sea la localización física en la que se encuentran. Trascartón, lo que realmente se vislumbra como desafiante es la unificación de los datos sanitarios, máxime cuando las características culturales de la población anuncian prácticas semi-nómades que llevan a la gente a trasladarse de un lugar a otro, con la consecuencia necesaria de inaugurar un expediente médico en cada sitio.

De modo que el elemento que verdaderamente conspira contra el sistema se desdobra en dos: a) infraestructura deficitaria y rasgos idiosincráticos; y, b) más allá de cuál sea el soporte en el que se alojan los datos clínicos, lo que se precisa es de una instancia donde todos ellos queden integrados.

Dicho eso, corresponde volver sobre las probables fortalezas y debilidades de alojar la historia clínica en una plataforma digital<sup>20</sup>.

A todo evento, no se puede perder de vista que el historial médico de una persona es, ante todo, un documento. En él deben registrarse fielmente las interacciones que se originan en ocasión de la atención de la salud entre el equipo profesional y el paciente. De allí la importancia de observar rigurosamente la cronología de los acontecimientos y guardar celo por los detalles, aún sabiendo el escriba que el relato no le pertenece.

---

<sup>20</sup> Cabe citar, por ejemplo: LANZAROT, Ana Isabel Berrocal, La protección de datos relativos a la salud y la historia clínica en la normativa española y europea, en: *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, Núm. 18, octubre de 2011, p. 12-44; TRONCOSO, Reigada A, *Protección de Datos personales para servicios sanitarios públicos*. Madrid, Asociación de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, 2008.

Este punto es interesante: la titularidad de los datos consignados corresponde al paciente, incluso por sobre la mediación cognitiva y lingüística que inoculablemente desplegó el autor del texto escrito. Hay aquí un recoveco paradójico, en la medida que: si bien los datos reflejan la intimidad biológica del paciente, el recupero es posible mediante un acto volitivo e intelectual del profesional interviniente. ¿Cualquier otro en su lugar hubiese captado lo mismo? Posiblemente sí, aunque no puede disimularse el carácter intuitivo y el dejo artesanal que cabe adjudicar a la praxis de los profesionales del arte de curar.

Abandonar los manuscritos, en pos de una plantilla digital con campos para completar, es una clara apuesta por la estandarización. Ciertamente, pasar de una anamnesis manufacturera a una seriada es una estrategia invaluable para la reducción de daños (aunque pueda parecer algo trivial, ¡la caligrafía de los queridos amigos médicos es una gran puerta de ingreso al error en medicina!).

De igual manera, que la foliatura manual ceda ante una secuencia de pantallas que se salvan encriptadas, puede redundar en una custodia compartida que opere como garantía de autenticidad, inviolabilidad y recupero.

Si bien la seguridad y el sigilo pueden violarse con independencia del soporte en el que la historia clínica se almacene, parece bastante claro que un *hacker* tiene una capacidad de daño indiscutiblemente mayor al perjuicio que puede ocasionar la lectura del expediente por parte de un tercero no autorizado. Aunque desde el principismo lo uno sea tan pernicioso como lo otro, no cabe duda que el daño a escala resulta más gravoso.

Empero, nobleza obliga reconocer que si un papel -sin copia- se extravía o ruina, la pérdida es total. En cambio, los asientos digitales son -casi- siempre recuperables en su totalidad. Desde luego que, esto último, torna imprescindible el montaje de un plan de contingencia ante interrupciones o fallas sistémicas, permanentes o transitorias; máxime en salud, donde el riesgo debe inexorablemente tender a cero.

Al final, incuestionablemente, es el carácter clasificado de la información tratada lo que mayor prudencia demanda. Y es atendible que así sea, por eso no está demás capitular este apartado con algunos interrogantes que reaseguren la centralidad de la cuestión y devuelvan cierto estado de alerta permanente mas no paralizante.

Una pregunta que se presenta como muy atinada es si el historial clínico completo debe estar siempre disponible para cada persona que acceda. En otras palabras, ¿es necesario poner al alcance de todos los actores, todos los datos, en todos los casos?

Desandándola, aparecen otras inquietudes igualmente interpellantes; a saber: ¿será que también puede pensarse en una suerte de “derecho al olvido”<sup>21</sup> en las

---

<sup>21</sup> CORRAL TALCIANI, Hernán, “El derecho al olvido en internet: antecedentes y bases para su configuración jurídica”, en: Revista Jurídica Digital UANDES 1 (2017), p. 43-66.



arenas del Bioderecho? En tal caso, ¿alcanza con que medie oposición del paciente para que un dato no sea incluido en su historia clínica o debe además fundamentarla? Y, de ser así, ¿qué argumentos deberían atenderse, basta con que la persona no desee revelar información o se debe justificar con alegatos de otro orden? Más allá de eso, ¿quién decide lo que se consigna en la historia clínica, pues no puede soslayarse que lo que es un derecho para el paciente es una obligación para el profesional? En últimas, ¿se puede pactar el contenido de lo que se vuelca al expediente? Y, ¿qué si del pacto resulta un ocultamiento de información? Consecuentemente, ¿quién asume la responsabilidad por la confección de un documento que exhibe datos adulterados? En definitiva, ¿con qué criterio de relevancia se juzga la información a incluir en el historial, sobre todo porque el imperativo tecnológico puede hacer que lo que hoy no es importante mañana quizá sí lo sea? Tal vez el planteamiento de un caso hipotético permita comprender cabalmente la magnitud del asunto tratado.

Repárese en una persona que se practicó un aborto en su juventud. Bien podría ocurrir que estuviese especialmente interesada en mantener oculto ese episodio, sea por la causa que sea, y no sólo de su historial médico. Perfectamente ese embarazo pudo haber sido el resultado de una violación, de una relación sentimental con una pareja diferente a la que hoy tiene o también podría suceder que, en la actualidad, esa mujer hubiese devenido en monja de clausura y no tuviese el más mínimo interés en darle vigor a recuerdos de su vida pasada. Al fin de cuentas, el tema en cuestión es si haber interrumpido aquel embarazo reviste hoy importancia como para justificar su inclusión entre los antecedentes médicos de la paciente; por ejemplo: ese dato, ¿es de indispensable acceso, cincuenta años después, para el cardiólogo que la trata por una arritmia?

Indudablemente, el debate recién empieza, mas nada releva de pensar en herramientas que pongan a resguardo la intimidad de las personas. En tal sentido, la generación de “salas virtuales contiguas” y accesos cortinados a la información, cuyo velo sólo se levante mediante contraseñas complementarias entre el profesional y el paciente, pueden transformarse en cursos de acción útiles y nada desdeñables.

## **V. EL CASO DEL SISTEMA NACIONAL DE INFORMACIÓN DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (SINTRA)**

Sin ánimo de concretar un estudio pormenorizado de los aspectos regulatorios, y mucho menos de un país en particular, es dable acotar que hay algunas jurisdicciones locales en la Argentina que han legislado (y, los menos, implementado) la historia clínica digital<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Ley 5.669; provincia de Buenos Aires, Ley 14.494; provincia de Córdoba, Ley n. 10.590; provincia de Misiones, Ley XVII-85; provincia de San Luis, Ley V 0779.

Por su parte, la experiencia más federal que alcanzó el país en la materia es la que permite el SINTRA<sup>23</sup>, un sistema informático especialmente diseñado que actualiza en tiempo real la totalidad de los datos necesarios para administrar, gestionar y fiscalizar la procuración y trasplante de células, tejidos y órganos a lo largo y a lo ancho del territorio nacional. Asimismo, opera también como centro de consultas para los usuarios previamente registrados (esto es: las personas que aguardan un implante y los profesionales habilitados por la autoridad de aplicación para intervenir).

Traer a colación al SINTRA, tiene apenas una finalidad didáctica, pues la idea es exponer un caso real con la intención de capitalizar la experiencia y motivar la reflexión.

Antes que nada, debe recordarse que el fenómeno de la escasez de órganos hace que no se puedan atender satisfactoriamente las necesidades de las personas que precisan un implante; vale decir: no hay para todos.

De ahí, entonces, que se haya montado una metodología muy simple como es el de organizar la demanda en una lista de espera, conforme a criterios preestablecidos de adjudicación de los órganos provenientes de la instancia cadavérica.

Luego, entre la información que unifica esta plataforma virtual, se encuentran los movimientos del listado y la posición relativa que el paciente ocupa en él.

Tal como se deslizó, el comportamiento de la nómina obedece a reglas fijadas con antelación y atienden no sólo cuestiones médicas (como la histocompatibilidad) sino también socio-ambientales (como la antigüedad en lista de espera). Obviamente, puesto que es necesario identificar a la persona, va de suyo que deben recabarse, además, datos de índole biográfica.

Siendo así, junto al nombre, apellido, dirección postal, número de teléfono, etc., el diseño del formulario digital mandaba indicar el sexo del paciente, para lo cual debía escogerse el casillero correspondiente: o se tildaba el reservado para los hombres, o se marcaba el perteneciente a las mujeres; en el caso de éstas, era requisito sine qua non denunciar la fecha de la última menstruación para avanzar a la pantalla siguiente, de modo que si no se completaba ese campo y se salvaba el dato ingresado no se podía continuar.

Ahora bien, con estas celdas se suscitó una peculiar desavenencia, atento a que en la versión original del *software* se habría omitido considerar a las “personas trans”.

Habilitar la autopercepción del género como elemento definitorio de la identidad acarrea consecuencias; entre ellas y en lo que aquí importa: que una persona con aparato reproductor masculino se considere mujer y obtenga res-

---

<sup>23</sup> Creado mediante la Resolución n. 117/INCUCAI/2004 (05-20-2004).

paldo legal para esa percepción subjetiva en un documento que declare la condición de mujer.

El ojo entrenado de lectores avezados ya advirtió la inadecuación del formulario, atento a que la mujer no podía informar la fecha de su última menstruación; ergo, sobrevenía el inevitable bloqueo del sistema por acusar un error fatal.

## VI. CONCLUSIÓN

A la postre, no cabe duda que internet llegó para quedarse y que cambió completamente nuestras vidas. Nada es ni volverá a ser igual.

En lo que aquí interesa, la telemedicina es un hecho; en todo caso, la pregunta es cuándo y cómo llegará todos pues, en países como Argentina, los problemas principales tienen que ver con la conectividad y, consecuentemente, la unificación de los datos resultantes de la atención sanitaria remota. En suma, las dificultades tienen que ver con el desigual acceso a los bienes sociales.

De ahí, entonces, que la Organización Mundial de la Salud se haya ocupado especialmente de este tema y en la séptima sesión plenaria, el 26 de mayo de 2018, dictó la Resolución A71/VR/7 sobre salud digital.

Por su parte, la Secretaria de Gobierno de Salud de la Nación Argentina dictó la Resolución 189/2018 estableciendo la Estrategia Nacional de Salud Digital 2018-2024, en miras a lograr sistemas de información interoperables. Y, en la misma línea, aprobó la Resolución 680/2018 con los estándares de los sistemas de información sanitaria para ser aplicados en todas las comunicaciones de información clínica y en todas las jurisdicciones del país.

Hasta aquí estas breves notas, presentadas tan ordenadamente como ha sido posible y sabiendo de antemano que la invitación a verterlas es tan inmerecida como honrosamente aceptada. Después de todo, no se trata sino de disparar ideas y recrear escenarios, anticipar problemas y ensayar soluciones, mirar hacia atrás para lanzarse hacia adelante. Ojalá, el autor, haya estado a la altura.

# CIDADANIA CORPORATIVA E RESPONSABILIDADE SOCIAL: INTERFACES DO ENVOLVIMENTO EMPRESARIAL COM A SOCIEDADE

## CORPORATE CITIZENSHIP AND SOCIAL RESPONSIBILITY: ENTREPRISES'S INVOLVEMENT WITH THE SOCIETY

*Gláucia Cardoso Teixeira Torres\**

*Zulmar Fachin\*\**

### RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo abordar os institutos da cidadania corporativa e da responsabilidade social no âmbito das empresas, bem como suas interfaces no envolvimento da empresa com questões relevantes da sociedade contemporânea. Analisa o instituto da cidadania, partindo-se de um retrospecto histórico e identificando sua evolução, assim como a dos direitos originários que o compõem. Perquire algumas causas que tem levado ao fortalecimento da cidadania corporativa, esmiuçando os motivos que têm contribuído para que a empresa esteja inserida ao rol de atores participantes na solução de questões relevantes da sociedade contemporânea. Aborda a responsabilidade social empresarial, apontando suas principais características e nuances, correlacionando-a com a cidadania. Conclui identificando o grau de relevância da cidadania empresarial e da responsabilidade social empresarial na elevação da corporação a membro ativo da sociedade, contribuindo para a edificação de respostas às complexas demandas coletivas da sociedade contemporânea.

**Palavras-chave:** Cidadania; Empresa; Responsabilidade social.

---

\* Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Professora na Unicesumar-Londrina. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Civil. Advogada. E-mail: glauciatorres2@gmail.com

\*\* Doutor em Direito Constitucional (UFPR). Mestre em Direito (UEL). Mestre em Ciências Sociais (UEL). Bacharel em Direito pela UEM. Professor de Direito Constitucional na UEL, no Programa de Mestrado e Doutorado da UniCesumar e na Escola de Direito das Faculdades Londrina. Membro do Instituto dos Advogados do Paraná (IAP), da Liga Mundial de Advogados Ambientalista, do Centro Latinoamericano de Direito Constitucional, da Associação Mundial de Justiça Constitucional e do IAP – Instituto dos Advogados do Paraná. Presidente do Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Membro eleito da Academia Paranaense de Letras Jurídicas. Conferencista. Advogado. E-mail: zulmarfachin@uol.com.br

---

**ABSTRACT**

---

The present work aims to approach the institutes of corporate citizenship and social responsibility related to companies, as well as their interfaces in the company's involvement with relevant issues pertaining to contemporary society. It analyzes the institute of citizenship, starting from a historical retrospect and identifying its evolution, as well as the original rights that compose it. It looks for some causes that have led to the strengthening of corporate citizenship, seeking out the reasons that have contributed to the company has been included in the list of actors involved in solving contemporary issues. It approaches corporate social responsibility, pointing out its main characteristics and nuances, correlating it with citizenship. It concludes by identifying the degree of relevance of corporate citizenship and corporate social responsibility in elevating the corporation to an active member of society, contributing to the construction of responses to the complex collective demands of contemporary society.

**Key words:** Citizenship; Company; Social responsibility.

**INTRODUÇÃO**

Ao longo do tempo, as preocupações da empresa ativeram-se apenas à persecução do lucro. Contemporaneamente, todavia, o rol dos objetivos e necessidades que a atividade empresarial deve satisfazer amplia-se notavelmente, originando a ideia de cidadania empresarial. Esse fenômeno tem ocorrido por algumas razões. Pode-se identificar, por um lado, o crescente debate em torno de temas relacionados à coletividade que suscitam, tanto o surgimento de convenções internacionais quanto de legislações internas, que tem propiciado a inclusão da empresa no rol dos atores corresponsáveis pelo bem comum. Além disso, a necessidade em estabelecer com seus consumidores relação de confiança colabora para que a empresa busque edificar em seu âmbito tanto o exercício da cidadania empresarial quanto a internalização de condutas socialmente responsáveis. Vale ressaltar que essas exigências podem ter o condão de suprir lacunas deixadas pelos ordenamentos jurídicos de países que não tutelam direitos ambientais, trabalhistas e sociais adequadamente, quando comparados aos patamares definidos nos documentos internacionais.

A temática justifica-se na medida em que, hodiernamente, multiplicam-se as responsabilidades da empresa que não mais pode ater-se apenas aos objetivos diretamente relacionados ao lucro, o que evidencia a relevância da discussão em torno da cidadania corporativa e da responsabilidade social da empresa. A abordagem feita neste artigo, a partir da cidadania corporativa e da responsabilidade social da empresa, está vinculada aos direitos fundamentais da personalidade, visto que a dimensão empresarial passa a ser vista não apenas a partir do lucro, mas também da pessoa humana, seja a que dirige o empreendimento, seja as que são destinatárias da atuação empresarial.

Na investigação do tema, resgata-se aquilo que é pertinente para a pesquisa, por meio de uma compilação de conceitos teóricos que associados conduzem a uma análise não apenas da cidadania corporativa, mas também da responsabilidade social da empresa e do seu papel na sociedade contemporânea, quando relacionado a questões coletivas. Utilizou-se, no desenvolvimento da pesquisa, o método dedutivo a fim de que os objetivos acima delineados fossem alcançados. Com relação às técnicas de pesquisa, o estudo pautou-se em ampla pesquisa bibliográfica sobre o tema delimitado, com fulcro na doutrina nacional e estrangeira, buscando-se subsídio em periódicos científicos especializados, bem como em textos legais acerca da necessidade do fortalecimento do conceito da cidadania corporativa relacionando-a ao instituto da responsabilidade social da empresa. A pesquisa pretende responder, como hipótese de trabalho, se o alargamento da cidadania para o campo empresarial contribui para a proteção e o desenvolvimento dos direitos da personalidade humana.

Vale ressaltar que, embora a concepção de cidadania seja antiga, foi nas últimas décadas do século XX e neste início do século atual que se desenvolveu uma pluralidade de estudos relativos ao tema. Nesse contexto, especialmente no Brasil, tais estudos surgiram em razão de a Constituição de 1998 ter prestigiado o tema, erigindo a pessoa humana como bem jurídico mais importante a ser protegido e, ao mesmo tempo, prevendo inclusão social. Não por acaso, atribuiu-se ao nosso texto maior o epíteto de *Constituição cidadã*. Pode-se registrar, neste sentido, que a própria Constituição Federal, ao tratar da educação, condicionou que o seu desenvolvimento deve visar a três objetivos distintos, porém semelhantes: a) o pleno desenvolvimento da pessoa; b) o preparo da pessoa para o exercício da cidadania; c) a qualificação da pessoa para o exercício do trabalho. A educação é um exemplo de direito fundamental e da personalidade.

## A CONSTRUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE CIDADANIA

Embora o conceito de cidadania exista desde os tempos da Grécia antiga, seu significado e abrangência em muito se modificaram. Inicialmente adstrito a um grupo seletivo – os cidadãos gregos –, a cidadania não continha uma das características principais do conceito na atualidade, qual seja, a universalidade. Em outras palavras, o conceito cidadania, naquela quadra da História, não tinha abrangência, vez que se restringia a um grupo de homens livres, não alcançando mulheres, crianças e escravos, conforme tem sido registrado pela doutrina. (SOUZA, 2008, p. 32)

Contemporaneamente, a cidadania estende-se a todos os membros de uma determinada sociedade. Além da amplitude em relação a seus sujeitos, o conceito de cidadania expandiu-se também em relação aos direitos nele contidos. O rol de direitos abarcados pelo conceito de cidadão constitui uma evolução histórica na medida em que se amplia conforme se modifica a sociedade.

Registre-se que o vocábulo cidadania está relacionado à cidade e ao exercício de direitos e deveres, assim como nacionalidade é correlata à nação. (MANBY, 2016, p. 526)

Coube a T.H Marshall elaborar a teoria das três dimensões da cidadania. Conquistadas em momentos históricos distintos, foram denominadas cidadania civil, política e social, respectivamente. A contribuição deste autor foi de extraordinária importância para o estudo da cidadania em muitos países, especialmente no Brasil. Marshall explicitou como se deu a ampliação na composição dos direitos do cidadão na Inglaterra dos séculos XVIII, XIX e XX e a partir da divisão apontada teceu as seguintes definições: a cidadania civil é composta dos direitos necessários à liberdade individual, como liberdade de ir e vir, e o direito à propriedade. Já a cidadania política, segundo o autor, compreende o direito de “participar no exercício do poder político como um membro de um organismo investido da autoridade política ou como um eleitor dos mesmos membros de tal organismo”. A cidadania social, por fim, engloba tanto o direito a um mínimo de bem-estar econômico quanto à segurança ao direito de participar por completo na herança social e levar a vida de um “ser civilizado de acordo com os padrões que prevalecem” em uma sociedade. E esse sentido abrangente de cidadania, contendo os elementos civis, políticos e sociais, foi sedimentou-se paulatinamente (MARSHALL, 1967, p. 63-64). Pode-se perceber que o autor, em seu estudo clássico sobre a cidadania, desenvolve o tema vinculando-o aos direitos da personalidade humana, do que são exemplos a liberdade e a propriedade privada.

Em um retrospecto, o advento dos direitos civis, que remonta ao século XVIII, consiste na base dos demais direitos, com a edificação do *status* de que “todos os homens eram livres”. Desse modo, a cidadania, enquanto direito à liberdade, adquiriu caráter universal dentro da sociedade. A relevância deste primeiro direito para a cidadania pode ser constatada em uma asserção de Marshall: “Nas cidades, os termos ‘liberdade’ e ‘cidadania’ eram semelhantes. Quando a liberdade se tornou universal, a cidadania se transformou de uma instância local numa nacional” (MARSHALL, 1967, p. 66-67).

Direitos civis são os direitos fundamentais à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade perante a lei. Eles se desdobram na garantia de ir e vir, de escolher o trabalho, de manifestar o pensamento, de organizar-se e de ter respeitada a inviolabilidade do lar e da correspondência, de não ser preso a não ser pela autoridade competente e de acordo com as leis, de não ser condenado sem processo legal regular. [...] são eles que garantem as relações civilizadas entre as pessoas e própria existência da sociedade civil [...]. Sua pedra de toque é a liberdade individual. (CARVALHO, 2003, p. 9)

O período de formação dos direitos políticos começou no início do século XIX, quando os direitos civis relacionados à liberdade já estavam suficientemente

sedimentados, possibilitando que se falasse em um *status* geral de cidadania. Os direitos políticos advindos do século XVIII eram deficitários, não em conteúdo, mas em distribuição. O direito de voto, por exemplo, era adstrito a um reduzido grupo de homens, mas se expandiu em termos quantitativos com a ampliação do direito a arrendatários e locatários com recursos econômicos suficientes, rompendo o monopólio existente até então. Todavia, foi no século XX, quando o sufrágio se tornou universal, que os direitos políticos passaram a integrar o conceito de cidadania em sentido universal. (MARSHALL, 1967, p. 69-70)

Já os direitos sociais surgiram no século XX. A participação nas comunidades locais e associações funcionais constituiu a fonte original do rol desses, entre os quais podem ser mencionados os direitos à educação, à segurança e à saúde.

Se os direitos civis garantem a vida em sociedade, se os direitos políticos garantem a participação no governo da sociedade, os direitos sociais garantem a participação na riqueza coletiva. Eles incluem o direito à educação, ao trabalho, ao salário justo, à saúde e à aposentadoria. (CARVALHO, 2003, p. 10)

A cidadania pressupõe a existência de um vínculo entre o indivíduo e o Estado, que constitui um *status* concedido àqueles que são membros integrantes de uma comunidade, iguais em relação aos direitos e obrigações pertinentes a esse *status*. Essa característica desperta uma das nuances mais relevantes da cidadania, que é a sensação de pertença, cuja etimologia remonta à ideia de “fazer parte de” algo ou de algum lugar. (MARSHALL, 1967, p. 76)

O momento histórico em que Marshall forjou o conceito de cidadania contribuiu de maneira significativa para a formulação da cidadania universal. Os ideais intrínsecos ao liberalismo, de que todos os indivíduos nascem livres e iguais, constituíram a base dos direitos civis e da própria noção de cidadania. Esta concepção, todavia, se restringiu ao estabelecimento de direitos que o indivíduo possuía em relação ao Estado ao qual se encontrava vinculado. Ideais como consciência pública, atividade cívica e participação política em uma comunidade de iguais não faziam parte do pensamento liberal (VIEIRA, 2001, p. 71)

Paulatinamente, o conceito de cidadania foi ampliando-se de modo a incorporar também uma faceta ativa, na qual os cidadãos, além de direitos, possuem obrigações para com a coisa pública. Partindo-se de uma visão republicana cívica na qual há a o enaltecimento do papel central do indivíduo na comunidade política. A noção de pertença, que no início tinha apenas em um sentido passivo, com o fluir do tempo, passou a ser também ativa, reportando-se aos deveres de cuidado e lealdade que o cidadão deve ter para com a sua comunidade. Neste sentido, o cidadão passou a ocupar-se não somente de seus direitos individuais, mas da construção de um espaço no qual seja possível a concretização do bem-



-comum. Para tanto, se faz necessário o enaltecimento das virtudes cívicas que proporcionam ao cidadão a ampliação de seu olhar na busca e no apreço pelas questões que ultrapassam apenas sua esfera privada (VIEIRA, 2001, p. 71-72).

Adela Cortina (2005, p. 180) discorre sobre os valores que constituem virtudes cívicas indispensáveis para a cidadania. Principia destacando a liberdade não apenas sob o viés liberal, mas também sob o enfoque da liberdade como participação, a qual foi denominada por Benjamin Constant de a “liberdade dos antigos” que se reporta à ocupação dos cidadãos com os assuntos públicos. A autora ressalta, ainda, o valor solidariedade enquanto esforço de todos em torno do êxito de uma causa comum e, por fim, aponta outros valores cívicos fundamentais para a cidadania, tais como a lealdade, a honestidade e o diálogo, que devem servir para a sedimentação da noção da relevância do bem comum para toda a sociedade.

Além do debate em torno da importância do viés ativo da cidadania que coloca o cidadão como ator na construção da sociedade na qual se encontra inserido, outro tema tornou-se relevante a partir dos anos 80 do século XX: a necessidade da inserção de novos atores no rol referente à cidadania. Nesse contexto, as empresas passaram a ser conclamadas a assumirem posição de cidadãs na sociedade contemporânea.

### **CIDADANIA EMPRESARIAL: REFLEXOS DE UM MUNDO EM MOVIMENTO**

As empresas de dimensões globais têm sido marcadas por desdobramentos de eventos contemporâneos que influenciam diretamente na necessidade da sedimentação do conceito de cidadania aplicado no âmbito empresarial. Dentre os fatores que podem ser apontados como responsáveis por incorporar a cidadania à esfera empresarial, o fenômeno da globalização certamente pode ser indicado como fundamental. Caracterizada pelos avanços tecnológicos que incidiram nas mais diversas esferas das relações humanas, a globalização propiciou uma inédita interconectividade e fluidez na circulação de bens, pessoas e capital.

Do ponto de vista financeiro, assistimos a uma circulação de capitais sem precedentes, circulação esta, que se revela não só no advento de intrincados mecanismos de financiamento, como também na emergência de um certo *virtualismo financeiro*, representado pelas negociações especulativas não lastreadas em disponibilidades financeiras efetivas, mas que são possíveis dada a plena integração dos sistemas financeiros de todo o mundo via telemática. (MARQUES, 2002, p. 105).

O modo de produção também foi altamente impactado pelos avanços tecnológicos intrínsecos à globalização vez que, passou a se caracterizar pela frag-

mentação e desterritorialização sendo composto de uma rede, na qual vários micros processos independentes vão se somando e se integrando, o que permite tanto a agregação de componentes elaborados e advindos de vários países como a mobilização do aparato produtivo de um país, realocando-o em outro. (MARQUES, 2002, p. 107)

Essa modificação no *modus operandi* das empresas globais contemporâneas tem contribuído sobremaneira para a expansão dos seus lucros. Atualmente, em uma análise individualizada, o capital das maiores empresas transnacionais supera o PIB de vários países. Como exemplo pode-se citar a empresa Apple que segundo a lista Forbes de 2017 teve seu valor de mercado avaliado em U\$ 926 bilhões, e registrou como lucro, impressionantes U\$ 53 bilhões, valor que supera o Produto Interno Bruto de 122 países do mundo segundo lista publicada pelo Fundo Monetário Internacional, superando assim, PIB de países como Líbano, Costa Rica e Panamá. (FMI e Forbes)

Para exemplificar a dimensão do acúmulo de capital das empresas transnacionais, a receita acumulada no ano de 2015 pelas 10 maiores empresas do mundo, atingiu o montante de U\$ 3.610.000.000 (três trilhões e seiscentos e dez bilhões), de acordo com lista divulgada pela revista Fortune, enquanto a soma em ordem crescente do PIB dos 100 países com menor PIB no ano de 2015, chega-se ao valor de U\$ 1.078.369.000 (um trilhão, setenta e oito bilhões e trezentos e sessenta e nove milhões de dólares), de acordo com lista divulgada pelo Fundo Monetário Internacional. (FORTUNE, 2016 e FMI, 2014)

Esta discrepância econômica entre parte das empresas e Estados impactou a sociedade contemporânea, desencadeando mudanças em relação à configuração do poder. Atualmente, de um modo geral, os Estados têm dificuldade em acompanhar a velocidade com que ocorrem as transformações no mundo globalizado, estando, na grande maior parte das vezes, um passo atrás das manobras exercidas pelos mercados e pelas empresas globais que usufruem de inédita mobilidade ao redor do globo.

Esta reconfiguração econômica e política suscitam questões que se tornam cada vez mais complexas. Isso se dá em virtude de que no tradicional modelo de Estado moderno, ainda hoje vigente,<sup>1</sup> a prerrogativa de coordenar e conduzir a sociedade restringe-se à ação estatal, da qual se espera atuação satisfatória na resolução das demandas suscitadas por seu povo dentro de seus marcos territoriais.

---

<sup>1</sup> O Estado contemporâneo, baseado no modelo de Estado moderno forjado a partir dos tratados de Paz de Vestfália, de 1648, tornou-se o centro da articulação política da sociedade internacional. Dispunha de um poder soberano que não se submetia a nenhum outro poder superior e caracteriza-se por três elementos preponderantes: territorialidade, soberania e povo. (COLOMBO, 2007, p. 63)

Todavia, a interconectividade característica da globalização, aliada ao aumento de poder das empresas transnacionais, retirou do Estado o condão de ser o detentor único e principal do poder político. Contemporaneamente, o poder não advém unicamente do Estado-nação, mas cada vez mais de outras fontes. Nesse cenário, as empresas exercem seu poder por meio de arranjos informais decorrentes da própria capacidade econômica, como determinar níveis de investimento, de emprego e de salários. No mesmo sentido, produzem regras, na medida em que definem atribuições, distribuem funções, impõem responsabilidades estabelecem fluxos de trabalho por meio de sistemas organizacionais, além de determinarem as bases valorativas a serem empregadas na empresa consubstanciadas nos códigos de ética e regulamentos internos (FARIA, 2000, p. 159-161).

Esta migração de poder econômico e político entre o Estado e a empresa global, aliada à interconectividade propiciada pelo fenômeno da globalização e dos avanços ininterruptos da tecnologia, têm impactado na noção de cidadania. Embora o Estado continue a ser a referência principal do cidadão, os desafios contemporâneos não mais se restringem a questões locais, que podem ser satisfatoriamente resolvidas pela ação do Estado. Como exemplo, ações relacionadas ao mercado financeiro e às condutas das empresas globais escapam dos tradicionais mecanismos de controle estatal. Além disso, os avanços tecnológicos permitiram o acesso a dados que levaram a uma ampliação do debate acerca de várias novas temáticas, o que desencadeou a necessidade de se garantir direitos que não mais se restringem aos tradicionais direitos relacionados à cidadania, ou seja, os direitos civis, políticos e sociais. Hodiernamente, direitos ambientais e questões trabalhistas que ultrapassam fronteiras nacionais, como questões relacionadas ao *dumping social*, não são possíveis de serem enfrentados efetivamente somente por meio dos mecanismos à disposição dos Estados.

Nesse contexto, é preciso que as empresas trabalhem de mãos dadas com um bom governo para enfrentar questões ambientais, lutar contra a corrupção e os abusos aos direitos humanos (McINTOSH; LEIPZIGER; JONES; COLEMAN, 2001, p. 6).

A título de exemplo, o ordenamento jurídico brasileiro em sua Constituição Federal vigente delinea a arquitetura da ordem econômica e financeira estabelecendo os princípios gerais da atividade econômica onde prevê expressamente em seu artigo 170 que, de um lado, fica assegurado o exercício da livre iniciativa, e de outro, caberá à ordem econômica “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CONSTITUIÇÃO FEDERAL). Nesse contexto, percebe-se a preocupação do legislador constituinte em inserir ao rol dos objetivos empresariais também a preocupação com questões relacionadas à coletividade.

Outro aspecto fundamental que figura como causa da inserção do conceito de cidadania à esfera empresarial consiste na diferença do grau de direitos tutelados nos diversos países do Globo, o que, em geral, decorre da grande disparidade econômica entre eles. Diante do modo de produção contemporâneo que enseja ampla mobilidade às empresas transnacionais, os países economicamente hipossuficientes suprimem, com frequência, direitos de seus indivíduos na expectativa de que poderosas empresas globais se instalem em seus territórios. Assim, por exemplo, um país pode implantar em seu ordenamento jurídico um conjunto de leis ambientais, trabalhistas e sociais deficitárias, quando comparadas às convenções internacionais, vez que menos direitos a serem observados pelas empresas acarretam diretamente na diminuição do custo de produção. (TORRES, 2017, p. 37)

Neste cenário, a cidadania empresarial mostra sua relevância, à medida em que a empresa cidadã vai além das prescrições legais, quando estas não se mostram niveladas ao grau de direitos internacionalmente assegurados, pois entende a importância de cuidar de seu entorno com ética e responsabilidade, o que significa dizer que elas imprimem em seu agir um padrão que considera tanto os indivíduos ao seu redor quanto o ambiente no qual se encontram inserida, dignos de respeito e cuidado.

Geoffrey Chandler (McINTOSH; LEIPZIGER; JONES; COLEMAN, 2001, p. 123), antigo executivo sênior da Royal Dutch/Shell<sup>2</sup>, afirma que as empresas são cidadãs do país em que elas operam, o que importa dizer que elas estão sujeitas às leis daquele local, mas não devem se sujeitar a costumes e práticas quando significarem transgressão a padrões internacionalmente aceitos.

A incorporação do conceito de cidadania à empresa reporta-se à face ativa do conceito, a noção de pertença, que impacta diretamente nos deveres de cuidado e lealdade que a empresa cidadã deve ter com a comunidade na qual se encontra inserida. Assim, ao afirmar-se cidadã, a corporação admite que busca não apenas a consecução de seus direitos e objetivos, mas se compromete a praticar ações no sentido de buscar a concretização do bem comum.

A tendência contida na cidadania empresarial de ampliação dos direitos dos indivíduos com os quais se relaciona, para além do que a legislação local assegure, demonstra o enaltecimento das questões relacionadas ao ser humano, que remonta à ideia de Norberto Bobbio (2004, p. 25), de um movimento de elevação dos indivíduos a um patamar de relevância antes reservado exclusivamente aos Estados soberanos. Tal movimento que ganhou força com a Declaração Univer-

---

<sup>2</sup> Royal Dutch/Shell é uma empresa transnacional, petrolífera, anglo-holandesa, que tem como principais atividades a refinação de petróleo e a extração de gás natural e figura atualmente como a 11ª maior empresa do mundo (FORBES).

sal dos Direitos do Homem<sup>3</sup> suscitou a confirmação da ideia de que o “homem enquanto tal tem direitos, por natureza, que ninguém (nem mesmo o Estado) pode lhe subtrair”. (BOBBIO, 2004, p. 48)

Por meio de importantes documentos internacionais, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o Direito Internacional concedeu ao ser humano relevância máxima, elevando o princípio da dignidade da pessoa humana a princípio supremo. Nesse sentido, a empresa que pretende ser cidadã não pode se furtar-se a respeitar todo e qualquer indivíduo que com ela se relacione, sob o argumento de que cumpre a legislação local.

Assim, uma empresa cidadã é a que, em sua atuação cotidiana, assume responsabilidades pelo seu entorno, pois reconhece a relevância de bens intangíveis como a cooperação e harmonia em seu interior, bem como a responsabilidade social com os que com ela se relacionam. Em outras palavras, não negligencia o entorno social ou ecológico que passa a constituir o rol de objetivos desta empresa que não pode se limitar a buscar somente o máximo benefício material possível. E esse tipo de conduta empresarial mostra-se inteligente na medida em que, “comportando-se dessa forma, adquire legitimidade social, gera credibilidade e capital-simpatia em seu entorno e estabelece entre seus membros uma cultura de confiança”. (CORTINA, 2005, p. 83)

Desse modo, “sugerir que uma empresa só tenha que cumprir com suas obrigações financeiras e legais para ser uma boa cidadã corporativa é compreender mal o papel dos negócios na sociedade.” A visão de que a única função das empresas privadas consiste na consecução do lucro e na geração de empregos e impostos decorrentes de sua atividade econômica, além de não preencher as necessidades contemporâneas de efetivação dos direitos fundamentais internacionalmente acordados, também tem impactado negativamente em seu relacionamento com seus consumidores. Isso porque uma empresa que abusa de sua força de trabalho, não respeitando seus colaboradores, que não se preocupa com o meio ambiente e que se omite no combate à corrupção em seu âmbito de atuação, não está somente infringindo normas internacionalmente acordadas, como também está se opondo ao pensamento civilizado contemporâneo. E agir de tal modo em um mundo altamente conectado, onde ações tomadas em um determinado local são facilmente noticiadas em um extremo oposto, poderá incidir em perdas irreparáveis para esta empresa. (McINTOSH; LEIPZIGER; JONES; COLEMAN, 2001, p. 38-41)

---

<sup>3</sup> A Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) foi proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Estabelece pela primeira vez, a proteção universal dos direitos humanos. (DUDH)

Thomas Donaldson (2005, p. 29) dispõe que, apesar das diferenças importantes entre as civilizações orientais e ocidentais, ambas expressam percepções semelhantes acerca de como se deve tratar um ser humano. Nesse sentido, o autor aponta três elementos: a) não se deve tratar o próximo simplesmente como ferramenta, ou seja, é imperioso reconhecer o valor das pessoas como seres humanos; b) comunidades e indivíduos devem respeitar os direitos básicos dos seres humanos; c) os membros da empresa devem trabalhar juntos para promover e melhorar as instituições de que depende a humanidade.

Além do aspecto do capital humano, também se espera da empresa cidadã o cuidado com o meio ambiente e com a gestão equilibrada dos recursos naturais que utilizará em suas atividades. Atitudes coerentes com a preocupação na efetivação do bem-comum impactam positivamente na reputação da empresa, que reflete nos lucros da empresa, o que decorre do fato de que tantos investidores quanto aqueles que consomem os produtos de determinada marca têm se importado crescentemente com a reputação da empresa com a qual se relacionam. (FACHIN; TORRES, 2017)

John Mackey e RajSisodia (2013, p. 297-299), abordando este aspecto, trazem uma interessante análise. Um grupo de pesquisadores, incluindo Sisodia, em estudo realizado, selecionou empresas com base em um perfil que denominaram humanista, ou seja, elas revelavam preocupação com os propósitos e o grau de apreço aos clientes, colaboradores, fornecedores e comunidade. Segundo tais critérios, selecionaram 18 empresas de capital aberto e 10 de capital não negociado em bolsas. As organizações selecionadas possuíam algumas características comuns: não resumiam suas metas a “maximizar o retorno dos acionistas”. A maior parte dessas empresas pagava bons salários aos seus colaboradores, além de oferecer-lhes diversos benefícios; pagavam impostos em uma proporção bem superior do que a maioria das outras corporações; não pressionavam seus fornecedores objetivando o menor preço possível; investiam bastante em suas comunidades e na redução do impacto ambiental; proporcionavam excelente serviço aos clientes. Ao final do estudo, concluíram que estas “empresas cuidadosas” não só obtinham lucro, como averiguaram que seus lucros eram bem maiores do que o das empresas que não se preocupavam com as questões acima apontadas. Mackey e Sisodia demonstram que o retorno financeiro das “empresas cuidadosas” girava em torno de 21% ao ano (considerados 15 anos), enquanto o retorno das empresas integrantes do índice S&P 500 (1996-2011)<sup>4</sup>, elaborado pela empresa de consultoria financeira Standard and Poors, era de 6,5%.

---

<sup>4</sup> **S&P 500** trata-se de um índice composto por quinhentos ativos (ações) qualificados devido ao seu tamanho de mercado, sua liquidez e sua representação de grupo industrial. É (S&P 500) um índice ponderado de valor de mercado (valor do ativo multiplicado pelo número de ações em circulação) com o peso de cada ativo no índice proporcional ao seu preço de mercado.

Em um sentido oposto, a quebra de confiança do consumidor em relação à reputação da empresa com a qual se relaciona traz prejuízos muito difíceis de serem reparados. A título de exemplo, pode ser citada a empresa Zara, que recebeu denúncias de utilização de trabalho infantil e de trabalho análogo ao escravo. Uma dessas denúncias ocorreu em 2011, quando a grife espanhola ganhou as manchetes, em virtude de utilizar-se de trabalho análogo à condição de escravo, circunstância flagrada por fiscais na cadeia produtiva. O fato ocorreu na cidade de São Paulo, onde bolivianos ganhavam R\$ 2 por peça produzida em oficinas de costura terceirizadas para a AHA, que, por sua vez, prestava serviços para a Zara no Brasil. O episódio obteve destaque nas redes sociais e a marca foi alvo de protestos e boicote. Uma consumidora manifestou sua indignação declarando: “Por mais que eu gostasse de usar, cheguei a deixar de lado uma peça da marca que ganhei de presente. Em vez de status, a roupa passou a dar vergonha”, diz a recepcionista paulistana Bruna Araújo, 17 anos”. (OLIVEIRA, 2014)

Outro exemplo de como o esvaziamento de confiança do consumidor na empresa acarreta em perdas econômicas consistiu no caso da empresa Volkswagen. No dia 18 de setembro de 2015, o governo dos Estados Unidos acusou a marca de fraudar resultados em testes de poluentes em 500 mil veículos vendidos no país – entre eles, as versões TDI dos carros Golf, Jetta, Beetle e Audi A3, produzidas entre 2009 e 2015, além de Passats feitos entre 2014 e 2015. Após a divulgação do caso pela mídia, a empresa automobilística admitiu, no dia 22 de setembro do mesmo ano, que 11 milhões de veículos movidos a diesel, em modelos de várias marcas pertencentes ao grupo, foram adulterados. A empresa confessou ter usado, intencionalmente, em seus carros a diesel vendidos no mercado norte-americano, um sofisticadíssimo *software* criado para enganar os controles de emissões de poluentes feitos no país. Após a Volkswagen ter admitido a violação de normas antipoluição nos Estados Unidos, as ações da montadora alemã caíram 18,9%. Na Bolsa de Frankfurt, em um dia, a queda do preço nas ações gerou R\$ 62,45 bilhões prejuízos. (Volkswagen, 2015)

Os exemplos acima vêm demonstrar que os consumidores querem relacionar-se com empresas que incluam em seus objetivos valores não só associados a seus interesses particulares, mas que também se ocupem de ações benéficas para toda a sociedade na qual estiverem inseridas.

O filósofo francês Edgar Morin assegura que é primordial o fortalecimento de um modelo de empresa que possua um espírito de comunidade, o que pressupõe reconhecer primeiramente a importância do ser humano (2014).

A concretização da cidadania no âmbito empresarial relaciona-se com um outro instituto, o da responsabilidade social empresarial (RSE), vez que este diz respeito à internalização na cultura corporativa de práticas que não se restringem apenas às prescrições legais, mas vão além, demonstrando uma verdadeira pre-

ocupação com o ambiente e com as pessoas que se encontram de alguma forma ligadas à empresa.

### **RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A INSERÇÃO VOLUNTÁRIA DE OBJETIVOS COLETIVOS NO ESCOPO DA EMPRESA, TENDO EM VISTA O DESENVOLVIMENTO HUMANO**

A incorporação dos valores relacionados à responsabilidade social empresarial (RSE) contribui para a efetivação da cidadania empresarial. Ao decidir internalizar práticas socialmente responsáveis a empresa fatalmente estará a exercer seu papel de cidadã.

Embora não haja um conceito único e definitivo para o instituto da responsabilidade social empresarial, a Comissão Europeia, em seu livro verde de 2001, definiu o conceito da responsabilidade social da empresa como:

A integração voluntária, pelas empresas, das preocupações sociais e ambientais nas suas operações o comércio e as relações com os seus parceiros. [...] A responsabilidade social das empresas é, essencialmente, um conceito segundo o qual as empresas decidem voluntariamente contribuir para uma sociedade melhor e um meio ambiente mais saudável. (ETNOR, Guia da RSE. p. 11)

Para o instituto Ethos, responsabilidade social é a forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona e pelo estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservando recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitando a diversidade e promovendo a redução das desigualdades. (BARBIERI e CAJAZEIRA, 2012, p. 60)

O vocábulo responsabilidade, etimologicamente, deriva da palavra responder, que, por sua vez, significa produzir efeito, satisfazer, justificar, comprometer-se da sua parte, entre outras acepções encontradas nos dicionários. Pode-se afirmar que a responsabilidade de um agente reporta-se à obrigação de responder pelas consequências previsíveis das suas ações em virtude de leis, contratos, normas de grupos sociais e convicções íntimas. (BARBIERI e CAJAZEIRA, 2012, p. 2)

A RSE possui dimensões interna e externa. A primeira refere-se à gestão dos recursos humanos, ou seja, espera-se de uma empresa socialmente responsável que se utilize de práticas responsáveis na contratação de seus empregados, não agindo com discriminação; que promova ações voluntárias complementares à normativa, referentes à segurança no trabalho; que possua uma boa gestão dos recursos naturais, observando o conceito do desenvolvimento sustentável; que caracterize suas ações pela transparência. Quanto à dimensão externa, pode-se



citar a contribuição concedida pela empresa no desenvolvimento das comunidades locais. (TORRES 2017, p. 68)

Os valores norteadores da RSE precisam estar infiltrados em todos os setores da empresa, permeando toda a cadeia produtiva, vez que o instituto se reporta à cultura da corporação, tratando-se de um norte a pautar todas as condutas tomadas no âmbito empresarial. Desse modo a importância da defesa dos Direitos Humanos internacionalmente acordados e observação das diretrizes emanadas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), das diretrizes da OCDE e da declaração dos direitos humanos de 1948 deve ser amplamente difundida em todos os níveis da empresa. Além disso, também se espera das empresas socialmente responsáveis que prestem atenção aos efeitos transfronteiriços dos problemas ambientais relacionados às práticas da empresa, bem como com o consumo dos recursos no mundo todo, e lutem contra a corrupção e o suborno no âmbito empresarial. (ETNOR, 2014)

É preciso que haja um incentivo à geração do conceito de que o lucro para ser realmente benéfico, deve estar a serviço do todo. Este incentivo deve partir do topo do corpo hierárquico da corporação, perfilhando-se por todos os patamares, propagando a conscientização de que os agentes que atuam nas empresas contemporâneas possuem papel fundamental no processo de elevação do padrão civilizatório e da busca por soluções ambientais e sociais.

Os efeitos positivos das ações socialmente responsáveis são múltiplos e benéficos tanto para a sociedade como para a empresa. Desse modo, ao optar por se tornar socialmente responsável e, consequentemente, boa cidadã, a empresa torna-se promotora de ganhos para si própria, para seus *steakhorders*<sup>5</sup> e para toda a sociedade.

Vale ressaltar, ainda, que a concepção de desenvolvimento econômico abordada nesse estudo está em consonância com o espírito de Constituição brasileira de 1988, quando tratou da ordem econômica e elencou as suas principais finalidades: assegurar existência digna e promover justiça social. Neste sentido, embora tenha prestigiado a ideia liberal (propriedade privada, livre iniciativa, livre concorrência etc.), o constituinte preocupou-se com as condições sociais dos destinatários das atividades econômicas constitucionalmente protegidas.

Vale ressaltar que a Constituição de 1988, ao disciplinar em campo específico a atividade empresarial, preocupou-se com alguns valores vinculados estritamente à pessoa humana. Nesta perspectiva, a valorização do trabalho e a livre iniciativa foram estabelecidas como fundamentos da ordem econômica, ao

---

<sup>5</sup> *Stakeholders* são todos aqueles que de algum modo se relacionam com a empresa e que com suas ações serão impactados, neste grupo estão inseridos os consumidores, os fornecedores, os trabalhadores, sócios e acionistas.

passo que constituiu, como finalidade desta, a existência digna, conforme os ditamos da justiça social (art. 170). Ainda neste campo, estabeleceu como princípios da ordem econômica, dentre outros, a propriedade privada, a defesa do consumidor, a proteção do meio ambiente e a busca do pleno emprego, valores que desempenham papel importante no campo dos direitos da personalidade.

Cumpra observar, ainda, que cidadania, desenvolvimento, direitos fundamentais e direitos da personalidade são temas correlatos. A própria ideia de desenvolvimento não diz respeito apenas à sua dimensão econômica, abrangendo também desenvolvimento humano, ambiental, social e cultural.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cenário contemporâneo trouxe implicações para o conceito de cidadania. Esse instituto, antes reportado somente a indivíduos, forjado em torno, inicialmente, de direitos civis, políticos e sociais, expandiu-se também para incorporar sentido ativo que se relaciona ao sentimento de pertença e, portanto, a uma faceta ativa relacionada aos deveres de cuidado e lealdade que o cidadão deve ter para com a sua comunidade, que passa a se ocupar somente de seus direitos, mas também da construção de um espaço no qual seja possível a concretização do bem-comum.

A globalização impactou o sentido da cidadania ampliando-a para a esfera empresarial por duas principais razões: a primeira reporta-se à ampliação do debate a nível global de questões que não podem ser combatidas somente dentro das esferas territoriais dos países, necessitando do engajamento conjunto de diversos atores, dentre os quais, as empresas, que atualmente usufruem de *status* econômico, que suplanta o poder econômico de muitos Estados. A outra razão relaciona-se à fluidez e facilidade com que as empresas globais se realocam ao redor do globo, graças ao modo de produção contemporâneo. Tal fato deflagra uma disparidade no grau de direitos tutelados pelos vários países do globo. Ao localizar-se em um país onde há um *déficit* de garantias individuais, sociais e ambientais, a empresa cidadã vai além do ordenamento jurídico local buscando observar os padrões de condutas impostos por documentos internacionais relacionados ao ser humano, ao meio ambiente, aos direitos trabalhistas e ao combate à corrupção, dentre outras ações que fatalmente serão positivas para toda a sociedade.

Relacionado à cidadania empresarial, outro instituto mostra-se relevante na inserção de objetivos relacionados à coletividade, ao escopo empresarial. Trata-se da responsabilidade social empresarial que se caracteriza pela integração voluntária, pelas corporações, de preocupações sociais e ambientais em suas operações de comércio e nas relações com os seus parceiros, constituindo em uma forma de gestão que se define pela relação ética e transparente da empresa com todos

os públicos com os quais ela se relaciona, além do estabelecimento de metas empresariais compatíveis com o desenvolvimento sustentável da sociedade.

Ao aderir aos institutos da cidadania empresarial e da responsabilidade social empresarial, a empresa propicia um duplo benefício. De um lado, sua reputação e imagem junto a seus consumidores ficam enaltecidas, o que reflete em proveitos econômicos para ela própria; de outro, a sociedade é beneficiada na medida em que interesses coletivos e complexas questões contemporâneas passam a contar com a empresa, na busca por soluções equilibradas e eficientes.

Infere-se que, com o alargamento da concepção de cidadania, levando-a para o campo do desenvolvimento econômico, criam-se condições favoráveis para a proteção e a promoção dos direitos da personalidade.

## REFERÊNCIAS

- BARBIERI, José Carlos e CAJAZEIRA, Jorge Emanuel Reis. *Responsabilidade social empresarial e empresa sustentável*. Da teoria à prática. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro; Elsevier, 2004.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil. O longo caminho*. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2003.
- COLOMBO, Silvana. O Estado, soberania e poder: uma visão a partir da sociedade internacional. In: *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 8, n. 1, p. 61-74, jan./jun. 2007. Disponível em: <http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/viewFile/1891/959> Visualizado em: 10 abril 2016.
- CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Visualizada em: 10 nov. 2019.
- CORTINA, Adela. *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Loyola, 2005.
- DONALDSON, Thomas. Valores sob tensão. Ética longe de casa. In: *Ética e responsabilidade social das empresas*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.
- DUDH (Declaração Universal dos Direitos do Homem). Disponível em: <http://www.dudh.org.br/declaracao/>. Visualizada em: 17 jun. 2016.
- EXAME. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/negocios/as-empresas-mais-responsaveis-que-atuam-no-brasil/>. Visualizado em 05 maio 2018.
- FACHIN, Zulmar; TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira. *O papel do consumidor na imposição de balizas às ações das empresas transnacionais no contexto globalizado*. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo organização CONPEDI/Universidade do Minho. Coordenadores: Maria João Sarmento Pestana de Vasconcelos; Theresa Christine De Albuquerque Nobrega – Florianópolis: CONPEDI, 2017. Disponível em: <https://www.conpedi.org.br/publicacoes/pi88duoz/115816v8/Ex6kDfZPIvX74aR5.pdf>. Visualizado em: 04 maio 2018.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros, 2000.

- FORBES, *The world's largest public companies*. Disponível em: <https://www.forbes.com/global2000/list/#tab:overall>. Visualizado em 20 ago. 2018.
- Fortune: *Dez maiores empresas do mundo*. Disponível em: <http://www.msn.com/pt-br/dinheiro/economia-e-negocios/as-20-maiores-empresas-do-mundo-em-2015/ar-AAAdpcUK>. Visualizado em: 03 jul. 2016.
- FUNDAÇÃO ETNOR, *Guía de la responsabilidad social de la empresa*. Valencia, España. Disponível em: [http://www.etnor.org/html/pdf/pub\\_guia-rse.pdf](http://www.etnor.org/html/pdf/pub_guia-rse.pdf). Visualizado em: 17 nov. 2015.
- FUNDO MONETÁRIO INTERNACIONAL. *Lista de países por PIB nominal*. Disponível em [https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista\\_de\\_pa%C3%ADses\\_por\\_PIB\\_nominal](https://pt.wikipedia.org/wiki/Lista_de_pa%C3%ADses_por_PIB_nominal). Visualizado em 20 ago. 2018
- MACKEY, John. SISODIA, Raj. *Capitalismo consciente*. Como libertar o espírito heroico dos negócios. São Paulo: HSM, 2013.
- MANBY, Bronwen. *The Human Right to Citizenship: a slippery concept* by Rhoda E. Howard-Hassmann and Margaret Walton-Roberts (review). *Human Rights Quarterly*, v. 38, n. 2, 2016, p. 526-534. Project MUSE, doi:10.1353/hrq.2016.0032.
- MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Regulação estatal e interesses públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARSHALL, T.H. *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- McINTOSH, Malcom; LEIPZIGER, Deborah; JONES, Keith; COLEMAN, Gil. *Cidadania corporativa. Estratégias bem-sucedidas para empresas responsáveis*. Rio de Janeiro: Qualimark, 2001.
- MORIN, Edgar. *Jorné du bonheur: les leçons d'Edgar Morin*. Disponível em: <http://www.leconomiste.com/article/926281-journ-e-du-bonheur-les-le-ons-d-edgar-morin>. Visualizado em 15 maio 2018.
- OLIVEIRA, Aparecida. *Escravos da moda. Quem se importa com a procedência?* Disponível em: <http://www.redebrasilatual.com.br/revistas/98/escravos-da-moda-as-grifes-e-o-trabalho-escravo-2432.html>. Visualizado em 04 maio 2018.
- SOUZA, André Barbieri de. *A necessária reinvenção da cidadania: uma fundamental construção social*. In: *Direitos Fundamentais e cidadania*. Zulmar Fachin (Coord.). São Paulo: Método, 2008.
- TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira. *Responsabilidade social empresarial transnacional: o papel da empresa no fortalecimento da ética na sociedade contemporânea*. São Paulo: Ixlan, 2017
- TORRES, Gláucia Cardoso Teixeira; MUNIZ, Tânia Lobo. O enfraquecimento do Estado Nacional diante do fenômeno da globalização. In: Tucunduva, Ruy Cardozo de Mello Sobrinho; Tybusch, Jerônimo Siqueira. *Direito e sustentabilidade III*. Florianópolis: Conpedi, 2014. Disponível em: <http://publicadireito.com.br/publicacao/ufpb/livro.php?gt=254>. Visualizado em 19 abr. 2018
- VIEIRA, Liszt. *Os argonautas da cidadania*. A sociedade civil na globalização. Rio de Janeiro: Record, 2001.

VOLKSVAGEN, 2015. Disponível em: <http://economia.ig.com.br/empresas/2015-09-21/apos-admissao-de-fraude-acoes-da-volks-caem-186.html>.  
Visualizado em: 14 abr. 2017

VOLKSAVAGEN. Disponível em: <http://www.ecycle.com.br/component/content/article/38-no-mundo/3813-entenda-por-que-o-escandalo-da-volkswagen-e-um-problema-de-saude-publica-mundial.html>. Visualizado em 14 abr. 2017.

*Data de recebimento: 12/03/2019*

*Data de aprovação: 25/04/2019*

# CIÊNCIA, DIREITO E A TUTELA DO HUMANO: BREVES APROXIMAÇÕES

## SCIENCE, RIGHT AND THE PROTECTION OF HUMAN: BRIEF APPROACHES

*Alessandro Severino Vallér Zenni\**

*Walter Lucas Ikeda\*\**

### RESUMO

O artigo propõe cotejar direito e ciência, na vereda da dignidade humana. Promovido à ciência, por exigência moderna, o direito que alhures retirava sua substância do justo e do ético, converte-se em formalismo jurídico, seja pelo viés positivista normativo de Kelsen, seja no empirismo sistêmico-racionalista de Luhmann, e desconectado de qualquer essência, postula garantia de ordem e segurança, pondo-se vulnerável às exigências econômicas, políticas ou puramente sistêmicas. A pessoa humana, valor fundante dos Estados jurídicos-políticos modernos não passa de uma válvula estratégica, que se enche ou murcha ao sabor e conveniência do poder competente, tornando-se tecnologia funcional para garantir formalmente a dinamicidade do sistema. Opondo-se ao vazio cavado pela ciência, apresenta-se Aristóteles, atualizado por Viehweg e Perelman, resgatando a essência da justiça ao *jus*, como tarefa iminente da hermenêutica. O método utilizado é o hipotético-dedutivo. A hipótese é de que o direito se move ao reflexo do desenvolvimento científico das demais ciências, e que tal percurso não o põe a tutelar a pessoa humana.

**Palavras-chave:** Filosofia da ciência; sistema; justiça; pessoa; argumentação jurídica.

---

\* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa. Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor concursado titular em Direito e Processo do Trabalho na Universidade Estadual de Maringá, Professor da Faculdade de Ciências Sociais Aplicadas de Cascavel Univel, professor titular – Faculdades Maringá, professor da União de Faculdades Metropolitana de Maringá, professor T-40 do Centro Universitário de Maringá. E-mail: asvzenni@hotmail.com.

\*\* Mestrando em Ciências Jurídicas pela Cesumar. Pós-Graduado pela Pontifícia Universidade de Paraná (PUC-PR). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo. E-mail: walterlucasikeda@gmail.com.

---

**ABSTRACT**

---

The paper proposes to compare right and science in the path of human dignity. Promoted to science, by modern demand, the right that elsewhere withdrew its substance from the just and the ethical, becomes legal formalism, whether by Kelsen's normative positivist bias or Luhmann's systemic-rationalist empiricism, and disconnected from any essence, postulates a guarantee of order and security, making itself vulnerable to economic, political or purely systemic demands. The human person, fundamental value of modern legal-political states, is merely a strategic valve, which fills or withers at the taste and convenience of the competent power, becoming functional technology to formally guarantee the dynamics of the system. Opposing the void dug by science, Aristotle, updated by Viehweg and Perelman, presents the essence of justice to *jus* as an imminent task of hermeneutic. The method used is the hypothetical deductive. The hypothesis is that the right moves to the reflection of the scientific development of the other empirical sciences, and that such course does not put it to protect the human person.

**Keywords:** Philosophy of science; system; justice; person; legal argument.

**INTRODUÇÃO**

O problema a ser escrutado e desenvolvido no texto diz com a proteção da pessoa humana diante de um cenário de rebuscada ciência do direito, alicerçada tanto no empirismo racionalista de matiz comtiano e que desaguou no sistema social autopoietico, quanto no positivismo jurídico kelseniano que tramou a autonomia do direito em lógico sistema estruturante e concatenado de normas.

Se o direito atual se funda no princípio da dignidade da pessoa humana, parece contraditório que o positivismo sociológico ou normativo requeira, a todo instante, purificar o direito da axiologia, coifando-lhe a justiça que acompanhou o *jus* na sua historicidade. Até que ponto seria justificável proclamar a defesa da autonomia do direito, retirando-lhe o sincretismo filosófico e antropológico, quando, a ciência faz uma descrição fática ou normativa sem considerar as finalidades e os motivos das ações infligidas por pessoas humanas. Essa imunização valorativa que a certeza científica provoca mostrar-se-ia antípoda ao sentido da pessoa e sua eminente dignidade? Em última *ratio* a visão sistêmica positivista de direito impediria a realização e o sentido da pessoa humana?

O método utilizado é o hipotético-dedutivo cujo eixo teórico multidisciplinar será embasado por filósofos do direito como Hans Kelsen, Luigi Ferrajoli, Norberto Bobbio e Marcelo Neves; filósofos da ciência como Thomas S. Kuhn, Imre Lakatos e Karl Popper; bem como sociólogos como Niklas Luhmann, Augusto Comte e J. Cruz Costa a fim de analisar o trajeto e o meio como a ciência

busca repor a função ou símbolo deixado pela Igreja e Aristóteles para se tornar o novo paradigma da civilização, além de que a ciência como sistema fechado buscou dar respostas certas e determinadas para as questões postas, a animação com as descobertas imprimiu para as ciências sociais e eventualmente para o direito que teve de se amoldar aos métodos das ciências.

Para concluir respondendo às hipóteses de trabalho, será necessário perpassar por uma visão do desenvolvimento das ciências naturais, seu desaguamento nas ciências sociais em paralelo com o direito.

No primeiro capítulo de desenvolvimento, será trabalhada a ideia da ciência como meio hábil de trazer verdade aos homens e como as ciências naturais invadem as ciências humanas que traz uma metodologia heteronômica que muda radicalmente o modo de ser ver o homem e a sociedade.

No segundo capítulo de desenvolvimento será abordado como concepções hermenêuticas do direito se aproximam muito do que tem sido exarado pela ciência, de forma que ao se moldar como ciência perde contato com a própria ideia de justiça e ética, marcadas pelo positivismo; o neopositivismo vai buscar novas respostas e aproximações com a justiça deixada, de forma a se adequar aos anseios sociais da pessoa humana.

### **CIÊNCIA: DA PESQUISA DA VERDADE AO POSITIVISMO SIMPLIFICADOR**

Diante do nominalismo que paulatinamente ganha terreno na idade média até culminar na cisão entre ser e devir, realidade e ideias, tendo como corifeus os racionalistas, os valores tornaram-se fluídos e absolutamente relativizados. Esse trabalho de desmonte do real nos valores se deveu, inicialmente, a Ockam, para quem a vontade se sobreporia à razão, e o querer teria o condão de revogar o plano lógico, marcando limite ao cognitivo dos dominicanos, máxime o Aquinate, cujas premissas basilares estavam na capacidade racional de detecção de pautas éticas objetivas.

Com as descobertas de Galileu Galilei e Newton, há uma infusão de novas teorias físicas, desaguando no método cartesiano de pôr em dúvida toda a verdade concebida até então, ressalvada a certeza do exercício do pensamento. Antes, outrossim, Bacon tecera considerações sobre a tradição, especialmente à filosofia, desarticulando completamente o conhecimento então sedimentado, postulando novel enveredar racional direcionado ao pragmático, científico e metodológico, criticando acerbamente a ciência primeira denominada de metafísica, por falta de comprovação lógica, sem embargo de que não traria qualquer benefício à humanidade, reiterando que o bem almejado pela ciência deveria ser de estender o aprazível ao maior número, congraçando o utilitarismo.



Instaurado o século das luzes que teria declarado a maioridade humana,<sup>1</sup> marca-se a preponderância da razão e o desabrochar da ciência com base em procedimentos empírico-rationais. De forma que cindiu o objeto do sujeito, eliminou-se a complexidade. O século XVIII busca construir um mundo de razão e por ela acessível, uma razão construtiva, enquanto põe a razão crítica para afastar os mitos e religiões, com eles o conteúdo humano. A razão não destrona Deus, mas se torna, deifica-se quase que religiosamente, única produtora do conhecimento e da verdade.<sup>2</sup> Os espólios da guerra pertencem ao vencedor – no sentido filosófico da história.<sup>3</sup>

As inovações científicas mudaram toda a dinâmica social, e otimistas quanto ao desenvolvimento das ciências, desejaram desenvolver uma física social, com necessidade de leis naturais sociais para contestar as ideologias da ordem feudal. O positivismo nasceu da filosofia iluminista de Condorcet que propôs uma ciência da sociedade como matemática social, precisão em detrimento de interesses e paixões, busca-se um estudo de histórico de como as sociedades progredem e de seus motores.<sup>4</sup> Antes dele, Rousseau tentou analisar a causa da diferença entre os homens,<sup>5</sup> um estudo micro e anterior ao de Condorcet. Um dos discípulos de Condorcet foi Saint-Simon, primeiro a usar o termo “positivismo” à física social, e via seu desenvolvimento como ciência natural.<sup>6</sup>

Tanto Condorcet quanto Saint-Simon tinham uma visão negativa do mundo e criticavam-na por meio de utopia social, uma obra que representa o contexto é a própria “Utopia” de Thomas More que coroando o próprio título aponta a um local que não existe.<sup>7</sup> Augusto Comte foi secretário, funcionário ou mesmo discípulo de Saint-Simon e seria responsável por dar novos contor-

---

<sup>1</sup> KANT, Immanuel. *O que é iluminismo*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia press, 2011. Disponível em: <[http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf)>. Acesso em 13/10/2018.

<sup>2</sup> MORIN, Edgar. Para além do iluminismo. Tradução de Juremir Machado da Silva. *Revista Famescos*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, 2005, p. 24-28. p. 24. Disponível em: <<http://www.uesb.br/labtece/artigos/Para%20al%C3%A9m%20do%20Iluminismo.pdf>>. Acesso em 03/12/2018.

<sup>3</sup> BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito de história*. BENJAMIM, Walter. O anjo da história. Tradução de João Barrento. João Barrento (coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016. p. 12-13.

<sup>4</sup> SANTOS, Rodison Roberto. História e progresso em Condorcet. *Revista Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, 15, 2/2009, p. 193-210. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cefp/article/download/82614/85575>>. Acesso em 03/12/2018.

<sup>5</sup> ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.

<sup>6</sup> COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo I. *Revista de História*, São Paulo, v. 1, n. 3, 1950, p. 363-382. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/34860/37598/>>. Acesso em 03/12/2018.

<sup>7</sup> SERRAS, Adelaide Meiras. Utopia, o pomoda discórdia moreana. *Revista Panorâmica: estudos anglo-americanos*, Porto (Portugal), v. 1, n. 4, 2008, p. 28-39. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/5172.pdf>>. Acesso em 02/11/2018.

nos ao positivismo das ciências sociais, contrapondo-se à visão negativa de seus antecessores.<sup>8</sup>

O positivismo de Augusto Comte representa uma vontade geral assumida entre muitos para reorganizar a sociedade, assim como seus antecessores; mas não se limitaria a sintetizar as ciências de seu tempo, passando a ter base moral e política, almejando, ainda, alicerçar uma religião ao poder da ciência.

O pós-revolução que marcou a preponderância da razão urgia por evitar a volta de concepções metafísicas. Nesse sentido, o positivismo nega efusivamente tudo que ultrapassa a experiência sensível da observação, traduz uma visão geral da natureza e do homem que exclui a metafísica, a epistemologia positiva, logo, cinge-se à experiência e às leis naturais. Posto a exclusão dos *a priori*, a própria filosofia positiva elimina soluções transcendentais e métodos não admitidos da ciência.<sup>9</sup> Assim, a filosofia resulta da ciência, invertendo-se a lógica inicial de que a filosofia teria surgido como busca da causa primeira das coisas.<sup>10</sup>

Ao contrário de Saint-Simon que também pensava na mudança das instituições, Comte vai se focar em novos hábitos de pensar de acordo com a ciência e três alicerces: filosofia da história com objetivo de demonstrar que a filosofia positiva deve imperar; fundamentação e classificação das ciências baseadas na filosofia positiva; e uma sociologia determinando as reformas sociais e institucionais.<sup>11</sup>

Grande feito do positivismo comteano é ter deslocado o pensamento filosófico da especulação para a investigação dos fenômenos relativos à organização sensível da vida social. O faz por meio da proposta de três estados históricos e sucessivos, primeiro o estado teológico ou fictício; o estado metafísico ou abstrato; e o estado científico ou positivo. Cada um destes estados tem um modo de entender os fenômenos, modos que se excluem mutuamente: o estado teológico é o ponto de partida da inteligência humana, o metafísico a transição, e o positivo o definitivo. Um dos pontos ressaltados é que no estado teológico se busca as causas primeiras e últimas das coisas, mas que chegam a entidades numerosas e de intervenção abstrata; no metafísico há uma personificação das entidades abstratas; e no positivo se reconhece a impossibilidade de obter noções absolutas e se foca na descoberta das leis naturais.<sup>12</sup> Tem-se agora, como principais repre-

<sup>8</sup> COSTA, J. Cruz, op. cit., p. 365.

<sup>9</sup> COSTA, J. Cruz, op. cit., p. 363-364.

<sup>10</sup> DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006. p. 13-14.

<sup>11</sup> COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

<sup>12</sup> COMTE, Augusto. *Curso de filosofia positiva*; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.

sentações, um mundo mecânico newtoniano; um ser racional descartando que apenas na razão tem a verdade e totaliza o restante de sua extensão como resto da razão; uma existência baconiana limitada à experiência sensível; deslocados para o social religiosamente por meio de um positivismo.

À guisa do que ocorrera com o pensamento kantiano que faz a extrusão entre ser e dever, concebendo a racionalização e a idealização de valores, o que, no direito, representara um imperativo categórico de cumprimento estrito aos apriorismos da razão, também Comte vai debelar o valor da textura social, considerando as relações humanas como puro fato positivo. Pelos dois vértices a justiça deixa de fazer parte da natureza humana, está distante do plano da realidade e, em última análise, o *jus* não teria mais esse fundamento de validade, empobrecendo, seja como ciência constituída nos apriorismos, seja como ciência positiva no plano do puro fato social.

### Ciência: da verdade à probabilidade

No final do século XIX e início do XX, mudanças no conhecimento científico desafiaram as premissas postas em que o neopositivismo (empirismo lógico ou positivismo lógico) surgiu ao conceito de objetividade do saber científico. O neopositivismo vem do círculo de Viena de 1929, em Viena, e representado por Moritz Schlick.<sup>13</sup> O neopositivismo buscou romper com algumas questões de Comte como a noção da ciência não ser responsável pela explicação dos fenômenos postos no mundo. Assim como o positivismo clássico se inspirou em Newton, o neopositivismo se inspirou em Einstein que operava com o postulado da verificação oriundo da inspiração em Mach que descartaria a metafísica,<sup>14</sup> além de impor um alargamento epistemológico de complexidade às ciências.

Thomas Kuhn, salienta que do progresso da ciência entre as revoluções, haveria um estágio pré-paradigmático e um paradigmático. Aquele seria marcado pelos debates acerca dos fundamentos do campo de pesquisa até algum consenso para a escolha do paradigma que norteará os estudos, assim dá-se início ao estágio paradigmático – ciência normal – que vai aprofundar o conhecimento com base nesse paradigma.<sup>15</sup> É o lapso mais longo cujo foco é aperfeiçoamento das técnicas e instrumentos que pertencem ao paradigma, cuida-se de uma

<sup>13</sup> SCHLICK, Moritz. *Sentido e verificação*. 1988. Disponível em: <<http://www.uapi.edu.br/upload/filosofia/documentos/Schlick%20-%20Sentido%20e%20Verificacao.pdf>>. Acesso em 04/12/2018.

<sup>14</sup> LAURENTI, Carolina; LOPES, Carlos Eduardo. Explicação e descrição no Behaviorismo radical: identidade ou dicotomia? *Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 129-136, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722009000100015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722009000100015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04/12/2018.

<sup>15</sup> KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectivas, 2006. p. 77-93.

fase, também, de consolidação do paradigma com postura conservadora dos cientistas às críticas.<sup>16</sup>

Ocorre que há questões que não respondem satisfatoriamente ao paradigma empregado, as anomalias. Estas trazem questionamentos sobre o paradigma e causam crises. Assim, há aqueles que buscam na ciência normal respostas satisfatórias e aqueles que utilizam a ciência extraordinária que busca novos paradigmas, se o novo paradigma for aceito, ainda que parcialmente, temos uma revolução científica.<sup>17</sup>

Inicialmente Thomas Kuhn atribuía à revolução mudanças metodológicas, semânticas e ontológicas, todas valoradas igualmente. Mas com as críticas de Imre Lakatos e Karl Popper, Thomas Kuhn repropôs sua revolução de modo que esta se caracterizava por uma mudança essencialmente semântica, os aspectos ontológico e metodológico passaram a ter uma valoração menor.<sup>18</sup>

Imre Lakatos comenta sobre a instabilidade de pilares da ciência como ciência que pode ser provada causada por Einstein, e que deve ser trocada, mas não é simples trocar a verdade provada pelos ideais de verdade provável ou verdade por consenso.<sup>19</sup> Popper tem uma abordagem diferente, abarca as mentiras virtuais como objetos de eliminação não como precaução de evita-los. Ousadia para conjectura e austeridade para refutação como a receita de Popper. A revolução científica é permanente. A ciência para Popper não pode provar, mas desprovar. Assim como a teoria da gravidade de Newton foi melhor que a de Descartes pelo trajeto semi-elíptico; esta de Newton foi refutada por Newton pelo periélio de Mercúrio; ou seja, a ciência trabalha com conjecturas ousadas posteriormente refutadas conclusivamente e seguidas de especulações inicialmente irrefutáveis.<sup>20</sup> Esse progresso científico, na visão de Popper, deve ser possível de comparação, i.e., “que as duas teorias não sejam ‘incomensuráveis’, para usar um termo agora muito em voga, introduzido neste sentido por Thomas Kuhn”<sup>21</sup>

Outro ponto a ser destacado, é a função que a linguagem veio a adquirir a partir do século XXI (uma reação ao idealismo transcendental de Kant ou o

---

<sup>16</sup> SZCZEPANIK, Gilmar Evandro. A iniciação e o desenvolvimento da atividade científica segundo a estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn. 2005.104f. *Dissertação* (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina. p. 35-36.

<sup>17</sup> KUHN, Thomas S. op. cit., p. 107-116.

<sup>18</sup> KUHN, Thomas S. *¿ Qué son las revoluciones científicas? y otros ensayos*. Tradução de José Romo Feito. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1989.

<sup>19</sup> LAKATOS, Imre. Criticism and the methodology of scientific research programmes. Meeting of the aristotelian society, London, publicado pela *Oxford University Press*, v. 69, outubro, 1968, p. 149-186. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/4544774?read-now=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4544774?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em 03/12/2018.

<sup>20</sup> LAKATOS, Imre. op. cit., p. 150; 152.

<sup>21</sup> POPPER, Karl R. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1995. p. 78.

absoluto de Hegel, assim como o empirismo psicológico de Stuart Mill), a filosofia da linguagem derivará numa visão analítica de linguagem ideal (que teria influenciado o círculo de Viena mencionado) e na linguagem pragmática denominada virada linguística.<sup>22</sup> A linguagem tradicional que servia como canal ou via do conhecimento ou ideia ao sujeito, passa a constituir o próprio conhecimento, ao encontro da corrente nominalista, não há valores, essenciais, formas ou universais, senão linguagem. Linguagem que precede a pergunta e a resposta.

A modernidade tratou de substituir os pilares de valor e verdade da sociedade: Igreja e Aristóteles por outros como razão e ciência. Mas estas últimas não ostentam nenhuma solidez, senão uma mudança contínua de paradigmas ou refutações diante daquilo que se assumiu como caminho da verdade. A fim de manter a dinâmica social sem pilares fixos e sólidos, senão num mundo pós-moderno ou líquido, lançamos mão de sistemas autopoieticos capazes de manter a ordem social e os interesses deste modelo de sociedade altamente complexa.

O direito passa a ser o grande alicerce dessa resiliência nos sistemas sociais, porquanto seu imperativo acompanhado da sanção, no modelo binário, não somente decide o que perturba o contexto da sociedade, como, ainda, imuniza o funcionamento dos subsistemas de seus supostos problemas com a ameaça de deflagração das sanções, em caris preventivo, ou, mesmo, sua incidência em caráter restaurador.

### Sistema: da ciência à sociologia

O século XX em diante colocou em cheque a visão mecanicista, determinista que culminaram no positivismo diante de uma visão de complexidade e contingência que se entrelaçam e dão substratos para a teoria dos sistemas encaçada por Niklas Luhmann.

A complexidade veio pela ciência, pela mesma via que havia lhe expulsado, a ciência física se consagrava como capaz de revelar a ordem impecável do mundo, determinismo absoluto e perpétuo, regência de uma lei única e o átomo como forma original simples. Todavia, o segundo princípio da termodinâmica trouxe a extrema complexidade microfísica, a partícula não é o tijolo primeiro, senão fronteira de complexidade talvez inconcebível; o cosmo não é uma máquina perfeita, mas que simultaneamente desintegra-se e se organiza. Dessa forma, estas observações banharam os fenômenos antropossociais que devem responder de forma não menos complexa.<sup>23</sup> A segunda lei da termodi-

---

<sup>22</sup> MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.

<sup>23</sup> MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011. p. 14.

nâmica trabalha com a ideia de que a quantidade de entropia de qualquer sistema isolado termodinamicamente busca se incrementar com o tempo, até um valor máximo; quando uma parte do sistema fechado interage com outro, a energia tende a dividir-se por igual até o equilíbrio térmico. Depois de Boltzmann, não só a energia, mas toda a concepção de cosmo e universo, assim como de ordem e organização.<sup>24</sup>

A fim de cobrir toda uma complexidade da qual o paradigma da física do século XIX constitui apenas uma passagem, ponto entre complexidades, a complexidade microfísica e a macrocosmofísica, a teoria dos sistemas ganhou terreno, pela sua grande abrangência, quase universal. Iniciada com Von Bertalanffy nas ciências biológicas que se expandiu para todas as direções.<sup>25</sup>

O sistema fechado, como uma pedra, mesa, não conversa energias com o exterior, sistema que se retroalimenta em si era inspirado nos antigos paradigmas da física, raciocínio cartesiano e do positivismo. O sistema aberto vem ao encontro da termodinâmica, do sistema e ecossistema, do sistema para um metassistema, abre-se as portas para os sistemas auto organizadores.<sup>26</sup> A sociedade e o sujeito passam a ser vistos como um sistema que comunica recorrendo-se a nova comunicação, auto reprodução baseada em comunicação. A sociedade comunica sobre si, sobre seu ambiente e em si mesma, de modo que reduza a complexidade para produzir novos sentidos e mais complexidade. A autopoiesis, assim, garante a continuidade do sistema pela sua operação fundamental e sua constante recorrência evolutiva.<sup>27</sup>

A partir da teoria de Parsons que percebe a ação como propriedade emergente da realidade social, i.e., para realizar ação, são necessários componentes mínimos, trazendo à epistemologia sociológica o papel de identificar os componentes e as linhas fundamentais da analítica da ação, desse modo, une, grosso modo, o componente de ação de Weber e o sistêmico de Durkheim. Esta análise colhe de Weber o esquema fim/meios para saber a intenção e fim perseguido pelo autor da ação; enquanto que esta ação é norteadada por valores, constituição originária da sociedade é de caráter moral, não há sociedade sem consensos mínimos morais. Assim, ainda, a ação não está mais ao livre arbítrio dos indivíduos, mas

---

<sup>24</sup> MORIN, Edgar. O método: a natureza da natureza. Tradução de Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1977. p. 69.

<sup>25</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 19.

<sup>26</sup> MORIN, Edgar, op. cit., p. 20-22.

<sup>27</sup> QUEIROZ, Marissa Costa de. O direito como sistema social complexo: uma reflexão teórico-social do direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2003. 140f. *Dissertação* (Mestrando em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106542>>. Acesso em 18/12/2018. p. 14-16.

observando determinações sociais anteriores, logo, a sociedade não é possível sem um sistema que a precede e a integra.<sup>28</sup>

Para tangenciar o que Luhmann trata de comunicação, mister tratar do desenvolvimento da cibernética. A cibernética cuida da comunicação e controle entre seres humanos e máquinas, a comunicação transmite mensagem a alguém, esta ao se comunicar de volta, replica conexamente à mensagem anterior com informações originariamente acessíveis, mas não ao outro. Comandar as ações de outro, faz-se por mensagem, ainda que no imperativo não difere de uma mensagem de fato. Para comandar eficientemente, é necessário conhecer as mensagens daquele que recebe o comando, para indicar o entendimento e obediência da comunicação. A situação não difere essencialmente se a comunicação é com uma pessoa ou uma máquina.<sup>29</sup> A mensagem é uma medida de organização assim como a entropia é uma medida de desorganização.<sup>30</sup> A partir deste breve aporte, é possível entender o conceito de comunicação em Luhmann que compreende tanto o ato de emissão de comunicação, informação e ao de entender.<sup>31</sup>

Perceba-se que o centro da sociedade se torna a comunicação, não é mais o homem como defendido pela visão antropocêntrica do iluminismo simbolizada por Kant de que todo ser racional é um fim em si mesmo “não só como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. Pelo contrário, em todas as suas ações, tanto nas que se dirigem a ele mesmo como nas que se dirigem”.<sup>32</sup> Mas está ao entorno da sociedade que é formada não por humanos, senão por comunicação.<sup>33</sup>

Luhmann recebeu influência da teoria biológica da autopoiese desenvolvida pelos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela; da teoria do cálculo de George Spencer Brown; do construtivismo de Heinz von Foerster; da teoria social de Durkheim, Weber e Parsons; de tal modo que deixou claro a delimitação de cada sistema.<sup>34</sup> Apesar de não ter sido abordado especificamente as teorias

---

<sup>28</sup> LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010. p. 42-43.

<sup>29</sup> WIENER, Nobert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1968. p. 16.

<sup>30</sup> WIENER, Nobert, op. cit., p. 21.

<sup>31</sup> CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. *GLU: Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 1. ed. México: Universidad Iberoamericana, 1996. p. 49.

<sup>32</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007. p. 68.

<sup>33</sup> COSTA, Éverton Garcia da; COELHO, Gabriel Bandeira. Para entender a sociologia de Niklas Luhmann. *Revista Cad. CRH*, Salvador, v. 30, n. 81, 2017, p. 597-600. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792017000300597&lng=en&nrn=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792017000300597&lng=en&nrn=iso)>. Acesso em 12/12/2018.

<sup>34</sup> NEVES, Rômulo Figueira. Entrevista com Marcelo Neves: A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Revista Plural*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004, p. 121-134. p. 125-126. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/68086>>. Acesso em 18/12/2018.

aqui mencionadas, o escopo foi das concepções basilares das ciências modernas que vieram a influenciar a teoria.

Como a ideia de ação visando fins e conteúdo moral pessoal são escoimados do estudo do sistema social autopoiético de Luhmann, o direito padece de valores que lhe foram atribuídos no curso de sua história.

## DA CIÊNCIA E SOCIOLOGIA AO DIREITO

Em que pese o esboço acima o positivismo filosófico acima, o positivismo jurídico não se conforma plenamente com os pilares estabelecidos. Tem origens diferentes. O direito positivo tem uma relação de longa data com o direito natural, que marca a tradição do pensamento jurídico ocidental.<sup>35</sup> Kant, que traz grandes pilastras ao pensamento moderno, trata que o direito natural deveria se realizar no direito positivo para se valer dos instrumentos coercitivos.<sup>36</sup> Aliás, desde Ockham o *jus* passa a ser sinônimo de lei, no sentido que o direito expressa uma vontade, e a legislação transforma em produto da emanção do poder individual. Deixa o direito de observar objetivamente a ordem das coisas para analisar o subjetivo, individualista, focado na natureza racional do homem, suas facultades e poderes.<sup>37</sup> Em verdade, a lei, assim, vem a se confundir com o direito.<sup>38</sup>

Há dois pressupostos que não podem deixar de ser mencionados sobre o positivismo. Primeiro que não há conexão necessária entre como é e como deve ser, não é pertinente ao direito reproduzir ditames da moral, valores ético-políticos ou de qualquer sistema metajurídico (divino, natural ou racional), mas o direito ser uma representação de convenções legais sem nortes ontológicos ou axiológicos. O segundo é de se fechar seu sistema para a moral ou outros sistemas heterônomos, há apenas a autonomia da consciência individual.<sup>39</sup>

O positivismo emerge da tentativa de transformar o direito em ciência (como a física, matemática, naturais e sociais). Ocorre que a fundação das ciências paradigmas era a sua avaloratividade (manter o juízo de fato e excluir o juízo de

---

<sup>35</sup> BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico*: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Boni, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 1995. p. 15-16.

<sup>36</sup> BARBOSA, Evandro. O problema da legitimidade do direito em Kant e Habermas. *Revista Kinesis*, Marília, SP, v. 2, n. 4, dezembro, 2010, p. 53-82. p. 57. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/kinesis/article/view/4366>>. Acesso em 12/10/2018.

<sup>37</sup> MARQUES, Gabriel Lima. A liberdade como direito subjetivo no pensamento de Guilherme de Ockham. *Revista quaestio iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2015, p. 807-825. p. 820. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16900/12727>>. Acesso em 14/10/2018.

<sup>38</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *Pessoa e justiça*: questão de direito. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015. p. 17 e ss.

<sup>39</sup> FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer, et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 175.



valor). O forjar do mundo moderno requestou um novo perfil de cientista, esta renúncia de se colocar perante a realidade e ter uma atitude moralista ou metafísica, não há mais lógica (finalista) da natureza (como pré-ordenada a um fim por Deus ou pela Inteligência Primeira). O direito é estudado a partir do que é, não de como deveria ser, o direito como fato, não como valor.<sup>40</sup>

Racionalismo e positivismo alcançam grande expressão na teoria de Hans Kelsen<sup>41</sup> na teoria pura do direito, um sistema autoreprodutivo fechado, de divisão excludente do ser e do dever-ser, de forma que apenas o direito fundamenta/valida o próprio direito, a norma é validada por uma norma superior até a constituição que ocupa o pico do ordenamento.

Ocorre que a fundamentação da constituição é validada por uma norma pressuposta, a norma hipotética fundamental, um dogma. O direito assim, é um sistema fechado similar ao newtoniano, puro de qualquer interferência, separa a complexidade do ser do dever-ser jurídico.<sup>42</sup>

A fundamentação de um complexo de enunciados significa fundamentar a referência desses enunciados. Um sistema jurídico deve ser fundamentado em algo, seja um início, circularidade ou ponto final. O sistema proposto por Kelsen, assim como os demais sistemas fechados ficam prejudicados em sua fundamentação pelo que Hans Albert chama de Trilema de Münchhausen que consiste em: A) um regresso infinito, que sempre retroage na busca de fundamentos, mas impraticável e não traz uma base segura; B) um círculo lógico da dedução, que se fundamenta em enunciados anteriores, mas que não teriam uma fundamentação consistente e não trazem uma base segura; C) uma interrupção do procedimento (que incorre na teoria de Kelsen) em um ponto determinado, inicialmente se apresenta como realizável, traz uma suspensão arbitrária do princípio da fundamentação adequada, ou seja, um dogma.<sup>43</sup> Assim como os sistemas fechados das ciências modernas tiveram seus primeiros esteios de certeza e verdade na razão e empirismo, o direito positivo também falhou.

A ciência propõe seu neopositivismo com concepções de sistema poiético e de probabilidade, tais conceitos são colhidos por Luhmann na sociologia que trata do sistema cognitivamente circular e operacionalmente fechado,<sup>44</sup> traba-

<sup>40</sup> BOBBIO, Noberto, op. cit., p. 135-137.

<sup>41</sup> KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

<sup>42</sup> HELFER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. Kelsen e o trilema de münchhausen. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v. 30, n. 58, 2009, p. 47-72. p. 60-61. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p47/13607>>. Acesso em 11/12/2018.

<sup>43</sup> HELFER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen, op. cit., p. 50-51.

<sup>44</sup> NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994. p. 114.

lhando com a principal hipótese de pesquisa de que estas concepções dão nova textura a um modelo de direito que busca adequar-se às pressões do mundo da vida luhmanianos, vindo à tona o neopositivismo. Há um reflexo das ciências modernas que trouxe ao direito racional seus novos contornos, e assim como o primeiro se reestruturou com novas bases, essas mesmas bases serão assinadas ao direito moderno.

O direito positivo marcado pela desconexão com a ética, finalidade e conteúdo; que apenas preza pelo rigor formal vai permitir tornar o direito uma técnica social para influir na conduta humana,<sup>45</sup> atributo que é diluído no direito, cria a ilusão de desaparecer a dominação transmutada em obrigação e obediência<sup>46</sup> permitiu, deste modo, que grandes atrocidades fossem legitimadas pela norma formal.

Desde a Segunda Guerra Mundial, foi necessário rever a imagem de pessoa e seu valor que fundava a ideia de personalismo.<sup>47</sup> As potencialidades animais do homem na Segunda Guerra Mundial assolaram a Europa e formaram laços transnacionais pela preservação da humanidade e de seus valores.<sup>48</sup> Foi um grande marco do direito no mundo, de forma que a legitimidade deveria ser deslocada do rigor normativo formal dos regimes totalitários.<sup>49</sup> Nesse sentido, a fim de que a Constituição não destoe dos fatores reais de poder e se reduza a uma mera folha de papel<sup>50</sup> urge seja o direito fundamentado na pessoa humana.

### Neopositivismo: sistema e hermenêutica

Theodor Viehweg, na obra *Tópica e jurisprudência* de 1953, curou que nem sempre há uma resposta evidente e inquestionável ao caso concreto, muitas vezes a autoridade irá valorar condicionantes de sua decisão e que vai de encontro ao método dedutivo do positivismo. Propõe a tópica, de matriz aristotélica, como método indutivo, que por meio de processos comunicativos e racionais buscará a melhor solução ao caso.<sup>51</sup> Ainda, o jurista, alenta que a interpretação é o que garante a ordem jurídica pelo transcurso do tempo e impedem o enrijecimento

---

<sup>45</sup> BOBBIO, Noberto, op. cit., p. 145.

<sup>46</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér, op. cit., p. 16.

<sup>47</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 35-36.

<sup>48</sup> SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011. p. 6.

<sup>49</sup> TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 40.

<sup>50</sup> LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Walter Stönnner. São Paulo, Edições e Publicações Brasil, 1933. p. 30-31.

<sup>51</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, 2004, p. 153-166. p. 153-154. Disponível em: <www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf>. Acesso em 14/12/2018.

das normas interpretadas, além de problemas como a ambiguidade e vagueza da linguagem que influenciam o pensamento tópico ainda que heteróclitamente.<sup>52</sup> Em verdade, as generalizações positivadas num modelo que se inicia pelo problema é apenas mais uma tópica.<sup>53</sup>

Chaim Perelman, outro expoente da nova hermenêutica, cuida que o que parece justificar o ponto de vista positivo seria a experiência e demonstração que trariam verdades de fatos e proposições lógicas, matemáticas, mas que não alcançariam os valores. O ponto de justiça do modelo positivo seria de tratar juridicamente igualmente situações semelhantes, mostrando-se neutra de valor, entretanto novas situações suscitam discussões e comparações com o precedente e há necessariamente que ser feito um juízo de valor. Este método positivista ceifa a concepção aristotélica da razão prática que incidiria em todos os domínios da ação como a ética até a política.<sup>54</sup> Os princípios são mecanismos que abrem a argumentação, transformam a complexidade desestruturada do ambiente jurídico (moral, valores, ideologias etc.) em complexidade estrutural própria do sistema jurídico, enquanto as regras fecham a argumentação de forma hercúlica, a incerteza é qualificada e se estrutura a complexidade por azo dos princípios, as regras reduzem a complexidade ou seleção suscetível de solução.<sup>55</sup> Gunther Teubner trabalha o direito como sistema autopoietico, especialmente a partir de sua imprevisibilidade, de forma que aqueles ideais de certeza e segurança jurídica estariam em desacordo com a autorreferência, isto é, um sistema autoreprodutivo que se desenvolve de forma própria, um sistema autopoietico de segundo grau, constituído por atos de comunicação que se distinguem em “legal/ilegal”. A ideia de autopoiese do sistema jurídico não se limita a sua autorreferência de conceitos e ações, mas também de juridificação dos processos e inovação de institutos jurídico-doutrinários.<sup>56</sup>

Entre as polarizações apresentadas, no plano da zetética, e não da dogmática, o direito, para deixar de ser mero instrumento da política ou dos sistemas sociais, figurando como ferramenta de neutralização de perturbações sistêmicas,

---

<sup>52</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 330.

<sup>53</sup> VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008. p. 74

<sup>54</sup> PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 136-137.

<sup>55</sup> NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípio e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013. p. 18-19.

<sup>56</sup> FOLLONI, André; CABRERA, Michelle Girona. Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Teubner. *Revista Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 65-75. p. 70-71. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3461>>. Acesso em 16/12/2018.

na estratégica linguagem dual do permitido e proibido, que faz a condução de uma massa social desreferencializada, deve recobrar sua ontologia radicada na pessoa e seu fundamento de validade na distribuição da justiça.

Os diversos casos concretos apresentados à solução exigiriam tratamento dialético-retórico, de sucessivas perguntas e respostas, ao modelo tópico, buscando equacionamento com critérios justos. Olvidar essa ontoaxiologia jurídica significa afiançar poderoso instrumento de manobra e conducto social e fins escusos, impedindo que a humanidade se emancipe em liberdade, não como ideal, senão como atributo metafísico que somente no plano das relações sociais justas é possível concretizar.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa buscou trabalhar a questão da proteção da pessoa humana diante de um cenário de rebuscada ciência do direito, influenciada pelas ciências naturais e a sociologia que marcam um direito isento de axiológica, da justiça que acompanhou o *jus* na historicidade. Questionando sua autonomia perante as ciências emergentes conjugadas com o nominalismo que alcança o ponto de considerar o sistema como centro, em detrimento da pessoa humana.

Foi exposto no capítulo primeiro de desenvolvimento como a ciência busca repor a função ou símbolo deixado pela Igreja e Aristóteles, e que a ciência como sistema fechado buscou dar respostas certas e determinadas para as questões postas, a animação com as descobertas imprimiu para as ciências sociais e eventualmente para o direito que teve de se amoldar aos métodos das ciências.

Ocorre que a positivismo empobrecido de axiologia trouxe grandes atrocidades humanas, todas legitimadas por um direito mais preocupado com o procedimento do que com a justiça. O neopositivismo científico mostrou se aproximar muito do neopositivismo jurídico, na medida em que se permite como sistema aberto e que se deixa influenciar pelo ambiente social, de forma que não necessariamente parte-se da norma, mas do problema; assim como o neopositivismo científico pode ter uma mudança de paradigma que o anterior for refutado. Dessa forma, pode-se concluir que há grande aproximação das ciências e seu desenvolvimento em paralelo ao do direito.

### REFERÊNCIAS

- BARBOSA, Evandro. O problema da legitimidade do direito em Kant e Habermas. *Revista Kinesis*, Marília, SP, v. 2, n. 4, dezembro, 2010, p. 53-82. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/kinesis/article/view/4366>>. Acesso em 12/10/2018.
- BENJAMIN, Walter. *Sobre o conceito de história*. BENJAMIM, Walter. O anjo da história. Tradução de João Barrento. João Barrento (coord.). 2. ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo jurídico: lições de filosofia do direito*. Tradução de Márcio Pugliesi, Edson Boni, Carlos E. Rodrigues. São Paulo: ícone, 1995.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa. Tópica e argumentação jurídica. *Revista de informação legislativa*, Brasília, v. 41, n. 163, 2004, p. 153-166. Disponível em: <[www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf](http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/985/R163-10.pdf)>. Acesso em 14/12/2018.
- COMTE, Augusto. Curso de filosofia positiva; Discurso sobre o espírito positivo; Discurso preliminar sobre o conjunto do positivismo; Catecismo positivista. Tradução de José Arthur Giannotti e Miguel Lemos. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BERALDI, Claudio. *GLU: Glosario sobre la teoria social de Niklas Luhmann*. Tradução de Miguel Romero Pérez. 1. ed. México: Universidad Iberoamericana, 1996.
- COSTA, Éverton Garcia da; COELHO, Gabriel Bandeira. Para entender a sociologia de Niklas Luhmann. *Revista Cad. CRH*, Salvador, v. 30, n. 81, 2017, p. 597-600. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792017000300597&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792017000300597&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 12/12/2018.
- COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo I. *Revista de História*, São Paulo, v. 1, n. 3, 1950, p. 363-382. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/download/34860/37598/>>. Acesso em 03/12/2018.
- COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo II. *Revista de História*, São Paulo, v. 1, n. 4, 1950, p. 527-545. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/34876/37612>>. Acesso em 04/12/2018.
- COSTA, J. Cruz. Augusto Comte e as origens do positivismo III. *Revista de História*, São Paulo, v. 2, n. 5, 1951, p. 81-103. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/revhistoria/article/view/34899/37635>>. Acesso em: 04/12/2018.
- DEL VECCHIO, Giorgio. *História da filosofia do direito*. Tradução de João Baptista da Silva. Belo Horizonte: Líder, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução de Ana Paula Zomer, et al. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FOLLONI, André; CABRERA, Michelle Girona. Relações entre o direito e o ambiente social em Niklas Luhmann e Gunther Terubner. *Revista Universitas Jus*, Brasília, v. 26, n. 2, p. 65-75. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/jus/article/view/3461>>. Acesso em 16/12/2018.
- HELPER, Inácio; STEIN, Leandro Konzen. Kelsen e o trilema de münchhausen. *Revista Sequência*, Santa Catarina, v. 30, n. 58, 2009, p. 47-72. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2009v30n58p47/13607>>. Acesso em 11/12/2018.
- HUME, David. *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Tradução de José Oscar de Almeida Marques. São Paulo: UNESP, 2004.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007.

- KANT, Immanuel. *O que é iluminismo*. Tradução de Artur Morão. Covilhã: Lusofia press, 2011. Disponível em: <[http://www.lusosofia.net/textos/kant\\_o\\_iluminismo\\_1784.pdf](http://www.lusosofia.net/textos/kant_o_iluminismo_1784.pdf)>. Acesso em 13/10/2018.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- KUHN, Thomas S. *¿Qué son las revoluciones científicas y otros ensayos*. Tradução de José Romo Feito. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1989.
- KUHN, Thomas S. *A estrutura das revoluções científicas*. Tradução de Beatriz Boeira e Nelson Boeira. 9. ed. São Paulo: Perspectivas, 2006.
- LAKATOS, Imre. Criticism and the methodology of scientific reserch programmes. Meeting of the aristotelian society, London, publicado pela *Oxford Universitu Press*, v. 69, outubro, 1968, p. 149-186. Disponível em: <[https://www.jstor.org/stable/4544774?read-now=1&seq=1#page\\_scan\\_tab\\_contents](https://www.jstor.org/stable/4544774?read-now=1&seq=1#page_scan_tab_contents)>. Acesso em 03/12/2018.
- LASSALE, Ferdinand. *O que é uma constituição?* Tradução de Walter Stönnner. São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.
- LAURENTI, Carolina; LOPES, Carlos Eduardo. Explicação e descrição no Behaviorismo radical: identidade ou dicotomia? *Revista Psicologia: Teoria e Pesquisa*, Brasília, v. 25, n. 1, p. 129-136, mar. 2009. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722009000100015&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722009000100015&lng=en&nrm=iso)>. Acesso em 04/12/2018.
- LUHMANN, Niklas. *Introdução à teoria dos sistemas*. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 2010.
- MARCONDES, Danilo. *Iniciação à história da filosofia: dos pré-socráticos a Wittgenstein*. 13. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 2007.
- MARQUES, Gabriel Lima. A liberdade como direito subjetivo no pensamento de Guilherme de Ockham. *Revista quaestio iuris*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, 2015, p. 807-825. p. 820. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/16900/12727>>. Acesso em 14/10/2018.
- MORIN, Edgar. *Introdução ao pensamento complexo*. Tradução de Eliane Lisboa. Porto Alegre: Sulina, 2011.
- MORIN, Edgar. *O método: a natureza da natureza*. Tradução de Gabriela de Bragança. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1977.
- MORIN, Edgar. Para além do iluminismo. Tradução de Juremir Machado da Silva. *Revista Famecos*, Porto Alegre, v. 12, n. 26, 2005, p. 24-28. Disponível em: <<http://www.uesb.br/labtece/artigos/Para%20%20A1%C3%A9m%20do%20Iluminismo.pdf>>. Acesso em 03/12/2018.
- NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. São Paulo: Editora Acadêmica, 1994.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hídra e Hércules: princípio e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico*. São Paulo: Martins Fontes, 2013.
- NEVES, Rômulo Figueira. Entrevista com Marcelo Neves: A teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann. *Revista Plural*, São Paulo, v. 11, n. 1, 2004, p. 121-134. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/plural/article/view/68086>>. Acesso em 18/12/2018.

- PERELMAN, Chaim. *Lógica Jurídica: a nova retórica*. Tradução de Vergínia K. Pupi. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do direito civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução de Maria Cristina de Cicco. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- POPPER, Karl R. *O mito do contexto: em defesa da ciência e da racionalidade*. Tradução de Paula Taipas. Lisboa: Edições 70, 1995.
- QUEIROZ, Marisse Costa de. O direito como sistema social complexo: uma reflexão teórico-social do direito a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann. 2003. 140f. *Dissertação* (Mestrando em direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/106542>>. Acesso em 18/12/2018.
- ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*. Tradução de Paulo Neves. Porto Alegre: L&PM, 2017.
- SANTOS, Rodison Roberto. História e progresso em Condorcet. *Revista Cadernos de Ética e Filosofia Política*, São Paulo, 15, 2/2009, p. 193-210. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/cefp/article/download/82614/85575>>. Acesso em 03/12/2018.
- SCHLICK, Moritz. *Sentido e verificação*. 1988. Disponível em: <<http://www.uapi.edu.br/upload/filosofia/documentos/Schlick%20-%20Sentido%20e%20Verificacao.pdf>>. Acesso em 04/12/2018.
- SCHREIBER, Anderson. *Direitos da personalidade*. São Paulo: Atlas, 2011.
- SERRAS, Adelaide Meiras. Utopia, o pomoda discórdia moreana. *Revista Panorâmica: estudos anglo-americanos*, Porto (Portugal), v. 1, n. 4, 2008, p. 28-39. Disponível em: <<http://ler.letras.up.pt/uploads/ficheiros/5172.pdf>>. Acesso em 02/11/2018.
- SZCZEPANIK, Gilmar Evandro. A iniciação e o desenvolvimento da atividade científica segundo a estrutura das revoluções científicas de Thomas Kuhn. 2005.104f. *Dissertação* (Mestrado em filosofia) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina.
- TASSINARI, Clarissa. *Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência: uma contribuição à investigação dos fundamentos jurídico-científicos*. Tradução de Kelly Susane Aflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2008.
- WIENER, Nobert. *Cibernética e sociedade: o uso humano de seres humanos*. Tradução de José Paulo Paes. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1968.
- ZENNI, Alessandro Severino Vallér. *Pessoa e justiça: questão de direito*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2015.

Data de recebimento: 25/03/2019

Data de aprovação: 05/05/2019

# INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA E A EXECUÇÃO FISCAL: ANÁLISE MATERIAL, PROCESSUAL E GENEALÓGICA

## DISREGARD INCIDENT OF THE LEGAL PERSONALITY AND THE TAX EXECUTION: ANALYSIS MATERIAL, PROCEDURAL AND GENEALOGICAL POINT OF VIEW

*Cláudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho\**

*Bruno Miola da Silva\*\**

### RESUMO

O texto analisa a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica (IDPJ) nas execuções fiscais. Inicia-se o trabalho discorrendo sobre a responsabilidade tributária dos administradores, diretores ou sócios. Segue-se com a análise da sistemática processual da execução fiscal. Por último, analisa-se a genealogia do IDPJ a fim de constatar as razões de sua criação. Para tanto, utilizou-se de pesquisa documental e bibliográfica, com a finalidade de identificar sua gênese legislativa e o tratamento dado pela doutrina ao tema. Nesse sentido, pôde-se constatar que o IDPJ não se aplica às execuções fiscais.

**Palavras-chave:** Desconsideração; Incidente; Pessoa jurídica; Processo; Tributário.

### ABSTRACT

The text analyzes application of the incident of disregard of legal personality (IDPJ) in tax execution. This assignment begins on the tax liability of administrators, directors or members. It follows the analysis of the

---

\* Pós-doutorado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa (Portugal). Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito da Universidade Estácio de Sá e do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário UniFG. E-mail: professorclaudiocarneiro@gmail.com.

\*\* Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor de Direito do Centro Universitário UniFG. E-mail: prof.miola@gmail.com.



procedural systematics of the tax execution. Finally, the genealogy of IDPJ is analyzed in order to verify the reasons for its creation. For that, we used documentary and bibliographical research, with the purpose of identifying its legislative genesis and the treatment given by the doctrine to the theme. In this sense, it can be seen that the IDPJ does not apply to tax executions.

**Keywords:** Disregard; Incident; Legal entity; Process; Tax.

## INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como tema central a análise da impossibilidade de se aplicar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica no procedimento das execuções fiscais nos casos de responsabilidade tributária.

Para tanto, tem-se como objetivo compreender se os casos de responsabilidade tributária, em especial a dos administradores, diretores ou sócios (artigo 135, III, do Código Tributário Nacional), podem ser enquadrados como de desconsideração da personalidade jurídica.

Objetiva-se também analisar as normas regentes do processo executivo fiscal, tanto as previstas na Lei de Execução Fiscal quanto às previstas no Código de Processo Civil, cotejando-as a fim de constatar se são compatíveis entre si para a aplicação do incidente de desconsideração.

Por fim, e de grande relevância, objetiva-se analisar a genealogia do incidente de desconsideração, desde sua idealização pela Comissão de Juristas encarregada de elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil, visando identificar as razões de sua criação para melhor aplicação do novel instituto.

A pesquisa se justifica diante do intenso debate doutrinário e jurisprudencial sobre o tema vez que em busca de se viabilizar o contraditório nos casos de redirecionamento da execução fiscal nos casos de responsabilidade tributária, vislumbra-se a aplicação de instituto criado para os casos de desconsideração da personalidade jurídica, que não se confundem.

Assim, a pesquisa tem sua relevância no sentido de demonstrar que os institutos de direito material são diversos (responsabilidade tributária e desconsideração), as regras processuais são específicas e as razões da criação do IDPJ apontam para a não aplicação do incidente aos executivos fiscais.

Para tanto, utilizaram-se de pesquisa bibliográfica e documental, com um tratamento qualitativo das informações obtidas. Priorizaram-se os raciocínios dialético e indutivo, tendo como marcos teóricos os conceitos de responsabilidade tributária, desconsideração da personalidade jurídica e contraditório efetivo.

Ao final, são apontadas considerações no sentido da não aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídicas aos executivos fiscais.

## A RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA E A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Com a introdução do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico brasileiro, calorosas discussões doutrinária e judicial<sup>1</sup> ocorreram a respeito da (im)possibilidade de sua aplicação no âmbito das execuções fiscais para que administradores, diretores ou sócios possam ser responsabilizados patrimonialmente pelas dívidas da sociedade. Assim, faz-se necessária uma abordagem introdutória quanto à responsabilidade tributária e, em seguida, apresentar os argumentos favoráveis e contrários à aplicação do incidente para a referida imputação de responsabilidade.

Em Direito Tributário, “o sujeito passivo da obrigação tributária é a pessoa, natural ou jurídica, a quem a lei atribui o dever de pagar, ou a responsabilidade pelo pagamento, ou, ainda, o dever de adotar o comportamento legalmente indicado<sup>2</sup>.”

A partir desta definição, o artigo 121 do Código Tributário Nacional<sup>3</sup> especifica duas espécies de sujeitos passivos: o contribuinte, quando, tenha relação pessoal e direta com a situação que constitui o respectivo fator gerador; e o responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte – “vale dizer, sem relação pessoal e direta com o fato gerador do tributo”<sup>4</sup> – sua obrigação decorra de disposição legal expressa. Assim, pode-se dizer que “a sujeição passiva se subdivide em direta, referindo-se ao contribuinte, e indireta”, referindo-se ao responsável<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Cabe registrar a admissão do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR (NUT: IRDR n. 4.03.1.000001) pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 08/02/2017, tendo como processo paradigma o de n. 0017610-97.2016.4.03.0000 e com questão submetida a julgamento “o redirecionamento de execução de crédito tributário da pessoa jurídica para os sócios dar-se-ia nos próprios autos da execução fiscal ou em sede de incidente de desconsideração da personalidade jurídica”, por meio do qual foi determinada a suspensão dos Incidentes de Desconsideração da Personalidade Jurídica em trâmite na Justiça Federal da 3ª Região, o que demonstra a ampla repercussão do tema. (BRASIL, 2018)

<sup>2</sup> MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 256.

<sup>3</sup> Artigo 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I – contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II – responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

<sup>4</sup> MACHADO. Op. cit., p. 258

<sup>5</sup> CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 542.

No caso de sujeição indireta, esta divide-se em dois modelos: por substituição<sup>6</sup> e por transferência, esta última subdividindo-se em: responsabilidade por sucessão (artigos 129 a 133 do CTN)<sup>7</sup>; responsabilidade por imputação legal ou de terceiros (artigos 134 e 135 do CTN); e responsabilidade por infração (artigos 136 a 138 do CTN)<sup>8</sup>.

Para fins do objeto desta pesquisa, a questão que se coloca é em relação à responsabilização dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado por atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (artigo 135, III do CTN)<sup>9</sup>, cuja responsabilidade é subjetiva, devendo ser comprovada a atitude dolosa, fraudulenta, culposa ou irregular para imputação da responsabilidade. Logo, o inadimplemento de um tributo e a responsabilização destes sujeitos depende da prova de alguma das hipóteses previstas em lei, responsabilidade pessoal, por ato que constitua infração à lei ou excesso de poderes na administração, nos termos do artigo 135, III, do CTN<sup>10-11</sup>.

<sup>6</sup> “Pode-se conceituar a substituição tributária como a modalidade de sujeição passiva indireta em que, por questões técnicas de arrecadação (praticidade), o legislador impõe o dever jurídico de adimplir o tributo a pessoa diversa daquela que praticou o evento (contribuinte) (...) No artigo 128, ao contrário das demais hipóteses de responsabilidade em que a materialidade foi definida exaustivamente, o CTN possibilitou, ao legislador ordinário, a criação de hipóteses de responsabilidade por substituição especificamente para determinados tributos” (QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F de. O incidente de descondição da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F. de (Coord.). *Novo cpc e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015, p. 258-259).

<sup>7</sup> Na reponsabilidade por sucessão, um determinado evento sucessório descrito na hipótese normativa (morte, fusão, incorporação) cria um liame entre sucessor (terceiro) e a relação jurídica tributária originalmente constituída, transferindo para ele a obrigação de quitar o crédito tributário (QUEIROZ; SOUZA JUNIOR. Op. cit., p. 258).

<sup>8</sup> Na responsabilidade por infração, um terceiro é ligado à obrigação tributária, bem assim às multas pelo descumprimento dos deveres instrumentais dela decorrentes, em face do cometimento de uma infração tipificada na legislação. (QUEIROZ; SOUZA JUNIOR. Op. cit., p. 258)

<sup>9</sup> Artigo 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I – as pessoas referidas no artigo anterior;

II – os mandatários, prepostos e empregados;

III – os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

<sup>10</sup> CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 419.

<sup>11</sup> Não se busca neste trabalho detalhar os aspectos materiais/fáticos que podem ensejar a responsabilidade. Para tanto, indica-se CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 572-598.

Contudo, colaciona-se os temas consolidados pelo Superior Tribunal de Justiça sobre o tema: Súmula 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente; Súmula 435: Presume-se dissolvida irregular-

Apurada a responsabilidade tributária do sócio-gerente ou diretor em prévio procedimento administrativo com as respectivas garantias constitucionais e constando seu nome na Certidão de Dívida Ativa, a execução fiscal poderá ser contra ele proposta<sup>12</sup>, nos termos dos artigos 4º, inciso V, da Lei n. 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) e do 779, inciso VI, do Código de Processo Civil, cabendo-lhe questionar qualquer aspecto da dívida através dos embargos à execução, com todos os requisitos e consectários legais.

O problema que se põe é quando estes sujeitos não tenham participado do processo administrativo e, conseqüentemente, não constem da Certidão de Dívida Ativa, havendo posterior inclusão e redirecionamento<sup>13</sup> da execução fiscal

---

mente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente; Tese firmada em Recurso Repetitivo REsp 1.104.900/ES (Tema 103): Se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no artigo 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto; Tese firmada em Recurso Repetitivo REsp 1.110925/SP (Tema 108): Não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa – CDA.

<sup>12</sup> CUNHA. Op. cit., p. 420.

<sup>13</sup> Não constando no nome do responsável na Certidão de Dívida Ativa, a Fazenda Nacional seguirá contido na Portaria PGFN n. 180, de 25 de fevereiro de 2010, alterada pela Portaria PGFN n. 713, de 14 de outubro de 2011, que dispõe sobre a atuação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional no tocante à responsabilização de codevedor, prevendo, dentre seus sete artigos, que:

Artigo 2º A inclusão do responsável solidário na Certidão de Dívida Ativa da União somente ocorrerá após a declaração fundamentada da autoridade competente da Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) ou da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) acerca da ocorrência de ao menos uma das quatro situações a seguir: I – excesso de poderes; II – infração à lei; III – infração ao contrato social ou estatuto; IV – dissolução irregular da pessoa jurídica. Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução, bem como do fato gerador, deverão ser considerados responsáveis solidários. Parágrafo único. Na hipótese de dissolução irregular da pessoa jurídica, deverão ser considerados responsáveis solidários: I – os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular; II – os sócios-gerentes e os terceiros não sócios com poderes de gerência à época da dissolução irregular, bem como os à época do fato gerador, quando comprovado que a saída destes da pessoa jurídica é fraudulenta.

(...)

Artigo 5º Ajuizada a execução fiscal e não constando da Certidão de Dívida Ativa da União o responsável solidário, o Procurador da Fazenda Nacional responsável, munido da documentação comprobatória, deverá proceder à sua inclusão na referida certidão (BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN n. 180, de 25 fevereiro de 2010*. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/Portaria%20PGFN%20180-2010.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.). Ainda, quanto à hipótese de dissolução irregular, deve-se observar a Portaria PGFN n. 948, de 15 de setembro de 2017, que regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade – PARR, prevendo em seu artigo 1º que este procedimento é para “apuração de responsabi-

contra os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas, situação em que se debate se este redirecionamento prescinde ou não do novel incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Mesmo reconhecendo que a hipótese prevista no artigo 135, III, do CTN difere da teoria da desconconsideração da personalidade jurídica, mas que ao fim produz os mesmos efeitos<sup>14</sup>, há posição doutrinária no sentido que a execução fiscal não pode ser simplesmente redirecionada contra quem se imputa a responsabilidade, havendo que ser instaurado o referido incidente de desconconsideração para que se assegure o contraditório antes de inserir o responsável tributário como parte no processo de execução, e ainda estendendo sua aplicação a todas aquelas situações em que o sócio possa responder por dívidas da sociedade<sup>15</sup>.

Constata-se que o principal argumento dos autores que sustentam a aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de responsabilidade tributária é o respeito ao princípio do contraditório, uma vez que, após ajuizada a execução fiscal contra a sociedade, e não sendo satisfeito o crédito, a imputação de responsabilidade a terceiros e o redirecionamento da execução após a constituição do crédito tributário não estaria mais de acordo com o novo sistema processual constitucional<sup>16</sup>, por violar os princípios consti-

---

lidade de terceiros pela prática de infração à lei consistente na dissolução irregular da pessoa jurídica devedora de créditos inscritos em dívida ativa administrados pela PGFN". BRASÍLIA. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN n. 948, de 15 de setembro de 2017*. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=86309&visao=original>>. Acesso em: 10 out. 2017.

<sup>14</sup> No mesmo sentido, por todos: QUEIROZ. Op. cit., p. 269.

<sup>15</sup> CUNHA. Op. cit., p. 423.

<sup>16</sup> Vários autores neste sentido: ALBUQUERQUE SÁ, Renata Gomes de. A aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no processo de execução fiscal. In: BOMFIM, Gilson; DUARTE, Fernanda; MURAYAMA, Janssen (Orgs.). *A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251-260; ASSIS, Araken de. *Manual da Execução* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017; BONITO, Raphael Frattari. A Aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica na execução fiscal: defesa do contraditório e novo Código de Processo Civil. In: BONITO, Raphael Frattari (et al.) (Coord.). *Os impactos no novo CPC sobre o processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 103-125; BUENO, Cassio Scarpinella. Da intervenção de terceiros. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 573; CAVALCANTE; Denise Lucena; GRUPEN-MACHER, Betina Treiger. A responsabilidade tributária e o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica. In: *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015, p. 33-50; CORDEIRO, Gustavo Fernandes. Aspectos controversos do novo Código de Processo Civil e a Lei de Execuções Fiscais. In: BONITO, Raphael Frattari (et al.) (Coord.). *Os impactos no novo CPC sobre o processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 319-336; FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 315-329; PAES, Victor de Lina; RIVITTI, Maria Augusta da Matta. Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e ônus da

tucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como pela subsidiariedade do Código de Processo Civil em face da Lei de Execução Fiscal.

Noutro sentido, mostra-se inviável a aplicação do incidente de desconconsideração nas execuções fiscais primeiramente porque o artigo 135 do Código Tributário Nacional não tem a finalidade de desconsiderar a personalidade jurídica<sup>17</sup>, pois este dispositivo legal imputa responsabilidade pessoal a determinados sujeitos por atos praticados com excesso de poderes, infração à lei, contrato social ou estatutos<sup>18</sup>.

Ainda, o artigo 135 do CTN traz a expressão “pessoalmente responsáveis”, significando que a responsabilidade do contribuinte originário é afastada, restando apenas o responsável tributário com o dever de pagar o tributo<sup>19</sup>.

---

prova na área tributária. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017, op. cit., p. 331-350; QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F de. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F. de (Coord.). *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: Foco Fiscal, 2015, p. 255-278.

<sup>17</sup> TÓRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconconsideração da personalidade jurídica: os elementos do artigo 135, II e III, do CTN. In: QUEIROZ, Mary Elbe; TÓRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Desconconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 59. Também neste sentido: Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região – Fórum de Execuções Fiscais. *Enunciado n. 6*. A responsabilidade tributária regulada no artigo 135 do CTN não constitui hipótese de desconconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no artigo 133 do CPC/2015. (FOREXEC/2015). Outros enunciados no mesmo sentido: Associação dos Juízes Federais do Brasil – Fórum Nacional de Execução Fiscal: *Enunciado 20*. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133 do NCPC, não se aplica aos casos em que há pedido de inclusão de terceiros no polo passivo da execução fiscal de créditos tributários, com fundamento no artigo 135 do CTN, desde que configurada a dissolução irregular da executada, nos termos da súmula 435 do STJ (Aprovado no II FONEF) e *Enunciado 21*. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, previsto no artigo 133 do NCPC, é aplicável aos casos em que há pedido de redirecionamento da execução fiscal da dívida ativa, com fundamento na configuração de grupo econômico, ou seja, nas hipóteses do artigo 50 do CC (Aprovado no II FONEF). In: BRASIL. *Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Fórum Nacional de Execução Fiscal. Disponível em: <<http://www.ajufe.org.br/images/compilados/enunciados/FONEF-enunciados.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>18</sup> TÓRRES. Op. cit., p. 64. No mesmo sentido: BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 755; FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 118-119; RODRIGUES, Marco Antonio. *A Fazenda Pública no Processo Civil* [Livro eletrônico]. São Paulo: Atlas, 2016.

<sup>19</sup> BECHO, Renato Lopes. Artigos 121 a 137. In: LACOMBE, Rodrigo Santos Masset; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Ed., 2008. p. 1.044. Hugo de Brito Machado, mesmo entendendo se tratar de responsabilidade solidária, faz importante apontamento sobre o tema, que pela sua extensão será aqui transcrito: “Destaca-se que a simples condição de sócio não implica responsabilidade tributária. O que gera a responsabilidade, nos termos do artigo 135, III, do CTN, é a condição de administrador de bens

Pode-se constatar que nestes casos apontados os diretores e gerentes são responsabilizados diretamente pela norma tributária, não sendo necessária a retirada do manto da personalidade jurídica para se chegar aos sócios, pois só será necessária quando de outra forma não puder responsabilizar diretamente o sócio<sup>20</sup>.

## A LEI DE EXECUÇÃO FISCAL E O CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Argumentos de caráter processual apontam para a não aplicação do incidente às execuções fiscais.

O Código de Processo Civil, ao elencar terceiros responsáveis patrimoniais por débito alheio, relacionou o sócio e o responsável nos casos de desconsideração da personalidade jurídica em dispositivos legais distintos (artigo 795, incisos II e VII, respectivamente), mas quando o mesmo Código de Processo Civil fez referência ao responsável tributário, o inseriu no artigo 779, inciso VI, como legitimado passivo direto como parte do processo de execução (Livro II, Capítulo II do CPC), do mesmo modo como o faz a Lei de Execução Fiscal, em seu artigo 4º, inciso V. Ou seja, a responsabilidade do responsável tributário independe de tipo societário (ilimitada ou limitada), pois lhe é atribuída diretamente por força da lei processual civil e tributária.

Quando se tratar de responsabilidade por desconsideração da personalidade jurídica, os sócios são terceiros no processo, por isso o incidente ter sido inserido no CPC como uma das formas de intervenção de terceiros, a fim de que através deste procedimento os sócios venham a se tornar parte da execução se julgado procedente o incidente.

---

alheios. Por isto a lei fala diretores, gerentes ou representantes. Não em sócios. Assim, se o sócio não é diretor, nem gerente, isto é, se não pratica atos de administração da sociedade, responsabilidade não tem pelos débitos tributários desta (...) Também não basta ser diretor, ou gerente, ou representante. É preciso que o débito tributário em questão resulte de ato praticado com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (...) As leis societárias, mesmo quando limitam a responsabilidade dos sócios, atribuem aos administradores responsabilidade pelos atos praticados com violação da lei, com contrato ou estatuto. E o próprio artigo 135, III, do CTN estabelece que os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado respondem pessoalmente pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos (...) Assim, as obrigações tributárias decorrentes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos nascem com mais de um sujeito passivo, sendo um contribuinte, conforme definição do artigo 121, I, e um ou mais responsáveis, conforme definição do artigo 121, II, do CTN". In: MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 164-166). No mesmo sentido da solidariedade, CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 573-579.

<sup>20</sup> DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario; LOURENÇO, Haroldo. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Lei de Execução Fiscal. *Revista Juris Poiesis*. n. 18, p.119-129, jan-dez/2015, p. 122.

Deste modo, e considerando o caráter da especialidade da Lei de Execução Fiscal e de nela haver previsão de aplicação subsidiária do Código de Processo Civil (artigo 1º), poderia se cogitar a aplicação do incidente. Mas o fato de se entender que a responsabilidade no caso aqui versado não é de desconsideração, afasta-se também sua aplicação.

Quisesse também haver a aplicação obrigatória do incidente nos casos de responsabilidade tributária, e a fim de sanar qualquer controvérsia, teria o Código feito expressamente esta determinação em relação aos executivos fiscais, como se deu no caso de aplicação no procedimento dos Juizados Especiais, nos termos do artigo 1.062 do CPC<sup>21</sup>.

Também não há na Lei de Execução Fiscal previsão quanto à desconsideração para redirecionamento da execução. Contudo, em seu o artigo 16, parágrafo 3º, veda a apresentação de reconvenção, bem como a criação de incidentes processuais, devendo tais matérias serem analisadas quando do julgamento dos embargos<sup>22</sup>.

Ademais, a discussão da dívida ativa da Fazenda Pública somente é permitida na própria execução, na forma da Lei de Execução Fiscal, salvo nas hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta última precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos<sup>23</sup>, nos termos do artigo 38 da referida Lei.

Isso porque a discussão da responsabilidade tributária através do incidente de desconsideração da personalidade jurídica acarretaria a suspensão da execução, por força do § 3º do artigo 134 do CPC, efeito somente possível nos executivos fiscais com a garantia do Juízo (artigos 9º, 16 e 38 da LEF) para oferecimentos dos embargos, postergando de forma indevida a cobrança do crédito fiscal<sup>24-25</sup>.

---

<sup>21</sup> Artigo 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais.

<sup>22</sup> DUARTE; IORIO FILHO; LOURENÇO. Op. cit., p. 127.

<sup>23</sup> DUARTE; IORIO FILHO; LOURENÇO. Op. cit., p. 127.

<sup>24</sup> Neste sentido “Não seria aplicável, no presente caso, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, na forma dos artigos 133 a 137 do CPC/2015, uma vez que o redirecionamento da execução não estaria sendo requerido com fundamento no artigo 50, do Código Civil, que prevê a extensão dos efeitos das obrigações ao patrimônio dos sócios, na hipótese de utilização abusiva da personalidade jurídica, e sim em virtude da responsabilidade solidária decorrente da conduta contrária à lei praticada pelos sócios-gerentes, ao promoverem a dissolução irregular da sociedade. Observe-se, ainda que o incidente seria incompatível com o rito previsto na Lei 6.830/80, uma vez que possibilitaria a suspensão do processo de execução e a dilação probatória sem a prévia garantia do Juízo” (BRASIL. *Tribunal Regional Federal da 2ª Região*. Agravo de Instrumento n. 0009032-41.2017.4.02.0000. Agravante: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis. Agravado: Posto de Gasolina Liquinho da



## A genealogia do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica: da comissão de juristas à sanção do atual Código de Processo Civil

As razões para a não aplicação do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica às execuções fiscais nos casos de responsabilidade tributária também podem ser encontrados na análise genealógica do novel instituto processual.

O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica teve sua gênese por obra da Comissão de Juristas nomeada pelo Senado Federal no mês de setembro de 2009<sup>26</sup>, comissão presidida pelo Ministro Luiz Fux e integrada pelos juristas Adroaldo Fabrício, Benedito Pereira Filho, Bruno Dantas, Elpídio Donizete, Humberto Theodoro Junior, Jansen Almeida, José Miguel Medina, José Roberto Bedaque, Marcus Vinícius Coelho, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro e Teresa Arruda Alvim, comissão encarregada por elaborar o anteprojeto do atual Código de Processo Civil.

O IDPJ previsto no atual Código de Processo Civil foi inserido no seu anteprojeto de forma sucinta, com apenas cinco dispositivos legais<sup>27</sup>, mas em busca de solucionar a contenda que incidia sobre a desconconsideração da personalidade jurídica que era, em regra, a inobservância do princípio constitucional do devido processo legal, em especial o contraditório e a ampla defesa, quando se pleiteava tal medida em juízo.

O IDPJ foi suscitado na segunda reunião dos juristas, datada de 14 de dezembro de 2009, oportunidade em que foram tratados assuntos sobre o processo de execução, quando, por intervenção do membro da comissão Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, foi proposto “regular o problema da desconconsideração, que é um tema muito polêmico”<sup>28</sup>.

---

Primavera Ltda. Relator: Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas>>. Acesso em: 05 set. 2017, 2017).

<sup>25</sup> Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciado n. 53*. O redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica previsto no artigo 133 do CPC/2015. (In: BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. *Enunciado 53*. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

<sup>26</sup> BRASIL. Senado Federal. *Ato do Presidente n. 379, de 2009. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/10/2009&paginaDireta=49265>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

<sup>27</sup> Artigos 62 a 65 e 719, parágrafo quarto, do anteprojeto.

<sup>28</sup> BRASIL. Senado Federal. *Ata da segunda reunião da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=2462&seqPaginaInicial=252&seqPaginaFinal=333>>. Acesso em: 5 jun. 2017, p. 6514.

Nos debates que se seguiram ficou claro a preocupação dos juristas em relação ao tema da desconconsideração, em especial a forma como se aplicava processualmente, como se constata nas palavras de Humberto Theodoro Junior, corroborada pelas de Luiz Fux, identificando a necessidade de um procedimento em contraditório para regrar a aplicação da desconconsideração da personalidade jurídica<sup>29</sup>.

Após longo debate, o ministro Luiz Fux ressaltou que a regulação da temática é uma opção política, e que adotando uma posição radical poderia ser definido que na insolvência da pessoa jurídica responderiam os bens dos sócios. No entanto, ao final, concluiu-se que a proposta para o incidente seria “não desconconsiderar sem firmar um contraditório sobre o tema”<sup>30</sup>, restando, assim, fixada a viga mestra do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

Assim, após a segunda reunião dos juristas em que se mostrou a necessidade de criação de um procedimento para a desconconsideração da personalidade jurídica, somente na oitava reunião a comissão de juristas voltou a tratar do tema, procurando traçar minuciosamente como se daria o processamento da desconconsideração, alinhando as seguintes vigas mestras para posterior redação dos respectivos dispositivos legais: (i) valorização do contraditório; (ii) ônus de provar dos fatos constitutivos para o pedido de desconconsideração; (iii) intimação da pessoa jurídica e dos sócios para manifestação no prazo de 15 (quinze) dias e produção de provas; (iv) recurso de agravo de instrumento contra a decisão sobre a desconconsideração, salvo se no processo de conhecimento for apreciada na sentença; e (v) um processo incidente, sendo assim aprovada a proposta<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: Presidente, eu acho que nós esparramamos aqui a discussão, mas o ponto é um só que está preocupando nós que militamos na advocacia, é só o contraditório, não é mudar nem direito material, nem execução e nem conhecimento. É não permitir que se resolva esse problema unilateralmente, autoritariamente, como tem sido resolvido. Ainda que o juiz reconheça que precisa de descumprir a...

SR. MINISTRO LUIZ FUX: De redirecionar.

SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: Ele tem que abrir o incidente com o direito de defesa, não é obrigar como atualmente chega a propor uma ação de embargos de terceiros, qualquer uma ação ordinária para vir justificar que ele não é, que ele não praticou a violação da posição dele, de sócio.

SR. MINISTRO LUIZ FUX: Quer dizer, a desconconsideração sempre perpassará por um contraditório.

SR. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR: É. Incidentalmente. Não precisa haver ação para isso, mas há de dar uma oportunidade para aquele que vai sofrer a agressão patrimonial de defender-se. BRASIL. *Ibidem*, p. 6522.

<sup>30</sup> BRASIL. *Ibidem*, p. 6525.

<sup>31</sup> BRASIL. Senado Federal. *Ata circunstanciada da oitava reunião da comissão de juristas, realizada em 12 e 13.04.2010*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=14/05/2010&paginaDireta=20917>>. Acesso em: 05 jun de 2017.

Aprovada as proposições, coube à comissão de juristas presidida pelo ministro Luiz Fux elaborar o texto do anteprojeto<sup>32</sup> que seria submetido ao Senado Federal como Projeto de Lei n. 166, de 2010, cujo relatório final foi votado e aprovado pelos membros da comissão na 14ª Reunião, em 01 de junho de 2010.

Na exposição de motivos do anteprojeto consta que os trabalhos da comissão se orientaram precipuamente por cinco objetivos a fim estabelecer sintonia fina entre o Código e a Constituição Federal, converter o processo como instrumento no meio social, simplificação dos procedimentos, maior rendimento a cada processo e maior organicidade ao sistema<sup>33</sup>.

A exposição de motivos seguiu a ordem acima. Assim, logo na exposição do primeiro objetivo buscou-se demonstrar a necessidade de harmonia entre o então futuro código em relação à Constituição Federal, incluindo-se expressamente no código princípios constitucionais em sua versão processual.

Neste sentido, expõe-se que muitas regras foram concebidas a fim de dar concretude aos princípios constitucionais processuais, dando como primeiro exemplo destas regras “as que preveem um procedimento, com contraditório e produção de provas, prévio à decisão que desconsidera da pessoa jurídica (*sic*), em sua versão tradicional, ou “às avessas”<sup>34</sup>, o que denota a relevância dada pela comissão de juristas ao novel incidente de desconsideração da personalidade jurídica<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 mar 2015.

<sup>33</sup> 1) estabelecer expressa e implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal; 2) criar condições para que o juiz possa proferir decisão de forma mais rente à realidade fática subjacente à causa; 3) simplificar, resolvendo problemas e reduzindo a complexidade de sub-sistemas, como, por exemplo, o recursal; 4) dar todo o rendimento possível a cada processo em si mesmo considerado; e, 5) finalmente, sendo talvez este último objetivo parcialmente alcançado pela realização daqueles mencionados antes, imprimir maior grau de organicidade ao sistema, dando-lhe, assim, mais coesão (Idem, p. 14.).

<sup>34</sup> Idem, p. 15.

<sup>35</sup> Em nota de rodapé do anteprojeto (p. 15) ainda consta o que segue: “O Novo CPC prevê expressamente que, antecedida de contraditório e produção de provas, haja decisão sobre a desconsideração da pessoa jurídica, com o redirecionamento da ação, na dimensão de sua patrimonialidade, e também sobre a consideração dita inversa, nos casos em que se abusa da sociedade, para usá-la indevidamente com o fito de camuflar o patrimônio pessoal do sócio. Essa alteração está de acordo com o pensamento que, entre nós, ganhou projeção ímpar na obra de J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA. Com efeito, há três décadas, o brilhante civilista já advertia ser essencial o predomínio da realidade sobre a aparência, quando “em verdade [é] uma outra pessoa que está a agir, utilizando a pessoa jurídica como escudo, e se é essa utilização da pessoa jurídica, fora de sua função, que está tornando possível o resultado contrário à lei, ao contrato, ou às coordenadas axiológicas” (A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 613)”.

Apresentada a exposição de motivos e o texto do novo código, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica constou do Livro I (Parte Geral), Título IV (Das Partes e Dos Procuradores), Capítulo II (O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica), artigos 62 a 65, e 719, parágrafo quarto, parte do Código que versava sobre responsabilidade patrimonial no processo de execução.

Assim, pela primeira vez foi apresentado de forma sistematizada um procedimento que, mesmo diante da redação de poucos dispositivos, buscaria garantir os princípios constitucionais do devido processo legal, contraditório e ampla defesa

Apresentado o Projeto de Lei n. 166/2010 ao Senado Federal, em 08 de junho de 2010, iniciou-se o seu processo legislativo.

Após os debates nas audiências públicas e sugestões enviados ao Senado, os senadores apresentaram 220 (duzentas e vinte) emendas ao projeto do novo Código, das quais três eram de autoria do senador Cícero Lucena e versavam sobre o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (Emendas 207, 208 e 217), sendo estas rejeitadas no Parecer Final Substitutivo n. 1624, de 2010, de relatoria do senador Valter Pereira<sup>36</sup>.

A Emenda n. 208 merece destaque neste trabalho pois pretendia alterar a redação do parágrafo único do artigo 63 do PLS n. 166, de 2010, a fim de aproveitar o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, com fundamento no devido processo legal, contraditório e ampla defesa, para que também fosse aplicado nos casos de responsabilidade direta dos sócios ou administradores por infração da lei, contrato ou estatuto, englobando, por exemplo, as situações previstas nos artigos 1.080 do Código Civil e o 158 da Lei n. 6.404/1976<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. 1624/2010 da CTRCPC, Relator Senador Valter Pereira, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166, de 2010*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

<sup>37</sup> BRASIL. Senado Federal. *Emendas de n.s 206 a 217 do Senador Cícero Lucena*. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

EMENDA n. 208: Dá-se nova redação ao parágrafo único do artigo 63 do Projeto de Lei do Senado n. 166 de 2010, que dispõe sobre a reforma do Código de Processo Civil, conforme segue:

Artigo 63 (...)

Parágrafo único. O procedimento desta Seção é aplicável também nos casos em que a desconsideração é requerida em virtude de abuso de direito por parte do sócio, ou nas hipóteses de imputação direta da responsabilidade do sócio ou administrador, em razão da prática de ato violador da lei, do contrato social ou do estatuto.

JUSTIFICAÇÃO:

A Emenda visa aproveitar o mesmo procedimento, com respeito ao devido processo legal, ao contraditório prévio e a ampla defesa, nas hipóteses de imputação direta da responsabilidade

Como a Emenda apenas exemplifica os casos de responsabilidade direta, também se pode incluir a situação prevista no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional.

No entanto, a Emenda parlamentar foi rejeitada no Relatório Geral Substitutivo, Parecer n. 1.624, de 2010, elaborado pelo Senador Valter Pereira, sob o forte argumento de que “o *caput* do dispositivo, tal qual redigido no projeto original é suficientemente claro a respeito de sua hipótese de incidência, sempre a depender da existência de regra de direito material que autorize a desconsideração”<sup>38</sup>, indicando que o incidente só se aplicaria nos típicos casos de desconsideração da personalidade jurídica<sup>39</sup> e não nos casos de responsabilidade direta dos sócios.

Assim, considerando que o atual Código de Processo Civil foi amplamente debatido nas casas legislativas, nas diversas audiências públicas com as contribuições de diversos juristas, e que mesmo havendo emenda parlamentar no sentido de que o incidente fosse aplicado aos casos de responsabilidade direta (tributária ou não), esta emenda foi rejeitada pelos motivos acima expostos, o que se faz concluir que democraticamente o IDPJ não é aplicável aos casos de responsabilidade tributária.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi demonstrada que uma das principais razões da criação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica é a efetivação do direito fundamental ao contraditório, vez que a vetusta prática (contraditório diferido) anterior ao atual CPC para a desconsideração aniquilava os princípios do devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Sabe-se que o redirecionamento da execução fiscal às pessoas dos administradores, diretores ou sócios nos casos de responsabilidade com a constrição imediata de bens e sem o devido processo administrativo ou citação na execução (e sem título executivo), também fere os princípios constitucionais acima referidos.

---

a sócio ou a administrador pela prática de ato ilícito. Com a proposição estar-se-ia, por exemplo, englobando no procedimento as situações previstas nos artigos 1.080 do Código Civil e o 158 da Lei n. 6.404/76.

<sup>38</sup> BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. 1624/2010 da CTCPC, Relator Senador Valter Pereira, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166, de 2010*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun. 2017, p. 237.

<sup>39</sup> Código Civil, artigo 50; Código de Defesa do Consumidor, artigo 28; Lei de crimes ambientais, artigo 4º; Lei antitruste, artigo 34; Lei anticorrupção, artigo 14, Lei do Abastecimento dos Combustíveis, Lei do Desporto e Lei do Programa de Modernização da Gestão e de Responsabilidade Fiscal do Futebol Brasileiro (PROFUT).

No entanto, como consta do texto, a opção política do legislador foi a criação de um instrumento processual para tratar do direito material que verse apenas sobre casos de descon sideração da personalidade jurídica, e não outros.

Deste modo, constatando-se que (i) a responsabilidade tributária não se confunde com a descon sideração da personalidade jurídica, sendo aquela imputada de forma direta ao sujeito; (ii) a execução fiscal tem regramento próprio, não havendo previsão para aplicação do incidente; (iii) a gênese do incidente demonstra que ele foi criado para ser aplicado apenas nos casos de descon sideração; (iv) a aplicação do incidente causaria suspensão da execução fiscal de forma não prevista em lei e (v) as discussões envolvendo o crédito tributário inscrito em dívida ativa se dão via embargos à execução fiscal, mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória, conclui-se pela inaplicabilidade do incidente de descon sideração da personalidade jurídica aos executivos fiscais.

Neste sentido, e não constando o responsável na Certidão de Dívida Ativa, a Fazenda Pública deverá, como ocorre com a Fazenda Nacional através da Portaria PGFN n. 180, de 25 fevereiro de 2010, requerer a inclusão do responsável no polo passivo da execução fiscal de forma fundamentada, provando a situação ensejadora da responsabilidade (artigos 2º e 5º da Portaria) e, como forma de garantir os direitos fundamentais do contraditório e ampla defesa, citar o responsável, possibilitando-lhe a oferta de embargos, após garantida a execução ou, no caso de dissolução irregular, aplicar o Procedimento Administrativo de Reconhecimento de Responsabilidade – PARR previsto na Portaria PGFN n. 948, de 15 de setembro de 2017, em que prevê a notificação do terceiro para apresentar impugnação contra a imputação da responsabilidade e eventual recurso, garantindo o contraditório em fase administrativa.

## REFERÊNCIAS

- ALBUQUERQUE SÁ, Renata Gomes de. A aplicação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica no processo de execução fiscal. In: BOMFIM, Gilson; DUARTE, Fernanda; MURAYAMA, Janssen (Orgs.). *A LEF e o novo CPC: reflexões e tendências: o que ficou e o que mudará*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 251-260.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução* [livro eletrônico]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BALEEIRO, Aliomar. *Direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- BECHO, Renato Lopes. Artigos 121 a 137. In: LACOMBE, Rodrigo Santos Masset; PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: MP Ed., 2008.
- BONITO, Raphael Frattari. A Aplicação do incidente de descon sideração da personalidade jurídica na execução fiscal: defesa do contraditório e novo Código de

Processo Civil. In: BONITO, Rafael Frattari (et al.) (Coord.). *Os impactos no novo CPC sobre o processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 103-125.

BRASIL. *Associação dos Juízes Federais do Brasil*. Fórum Nacional de Execução Fiscal (FONEF). Disponível em: <<http://www.ajufe.org.br/images/compilados/enunciados/FONEF-enunciados.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017.

BRASIL. Congresso Nacional. Senado Federal. *Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração de Anteprojeto de Código de Processo Civil. Código de Processo Civil: anteprojeto/comissão de juristas responsável pela elaboração do anteprojeto do Código de Processo Civil*. Brasília: Senado Federal, 2010. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/anteprojeto.pdf>>. Acesso em: 13 mar 2015.

BRASIL. Escola da Magistratura Regional Federal 2ª Região. Fórum de Execuções Fiscais (FOREXEC/2015). Enunciado 06. Disponível em: <<http://emarf.trf2.jus.br/site/documentos/enunciadosforexec2015.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017a.

BRASIL. Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados. Enunciado 53. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>. Acesso em: 15 set. 2017h.

BRASIL. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Portaria PGFN n. 180, de 25 fevereiro de 2010. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br/noticias/Portaria%20PGFN%20180-2010.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Ata circunstanciada da sétima audiência pública, realizada em 15.04.2010, na cidade de Porto Alegre/RS. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=529&seqPaginaInicial=929&seqPaginaFinal=930>>. Acesso em: 5 jun. 2017d.

BRASIL. Senado Federal. Ata da segunda reunião da Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaPaginasDiario?codDiario=2462&seqPaginaInicial=252&seqPaginaFinal=333>>. Acesso em: 5 jun. 2017c.

BRASIL. Senado Federal. Ato do Presidente n. 379, de 2009. Institui Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de Código de Processo Civil. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=03/10/2009&paginaDireta=49265>>. Acesso em: 5 jun. 2017.

BRASIL. Senado Federal. Emendas de ns. 206 a 217 do Senador Cícero Lucena. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/97249>>. Acesso em: 5 jun. 2017e.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer n. 1624/2010 da CTRCPC, Relator Senador Valter Pereira, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado (PLS) n. 166, de 2010*. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=4550666&disposition=inline>>. Acesso em: 5 jun. 2017f.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Agravo de Instrumento n. 0009032-41.2017.4.02.0000. Agravante: ANP – Agência Nacional de Petróleo, Gás natural e Biocombustíveis. Agravado: Posto de Gasolina Liquinho da Primavera Ltda. Relator:

Aluisio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, 22 de agosto de 2017). Disponível em: <<http://www10.trf2.jus.br/consultas>>. Acesso em: 05 set. 2017g.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR N. 4.03.1.000001*. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br/documentos/vipr/IRDR.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2018

BUENO, Cassio Scarpinella. Da intervenção de terceiros. In: BUENO, Cassio Scarpinella (Coord). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARNEIRO, Cláudio. *Curso de direito tributário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016

CAVALCANTE; Denise Lucena; GRUPENMACHER, Betina Treiger. A responsabilidade tributária e o incidente de desconsideração da personalidade jurídica. In: *Novo CPC e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015, p. 33-50.

CORDEIRO, Gustavo Fernandes. Aspectos controversos do novo Código de Processo Civil e a Lei de Execuções Fiscais. In: BONITO, Rafael Frattari (et al.) (Coord.). *Os impactos no novo CPC sobre o processo judicial tributário*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016, p. 319-336.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DUARTE, Fernanda; IORIO FILHO, Rafael Mario; LOURENÇO, Haroldo. Incidente de desconsideração da personalidade jurídica e a Lei de Execução Fiscal. *Revista Juris Poiesis*. n. 18, p.119-129, jan-dez/2015.

FERRAGUT, Maria Rita. *Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002*. São Paulo: Noeses, 2005.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva. A aplicação subsidiária e supletiva do novo CPC ao processo tributário. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 315-329.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MACHADO, Hugo de Brito. *Teoria geral do direito tributário*. São Paulo: Malheiros, 2015

PAES, Victor de Lima; RIVITTI, Maria Augusta da Matta. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica e ônus da prova na área tributária. In: BUENO, Cassio Scarpinella; RODRIGUES, Marco Antonio. *Processo tributário*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 331-350.

QUEIROZ, Mary Elbe; SOUZA JUNIOR, Antonio Carlos F de. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica no CPC-2015 e a responsabilidade tributária: primeiras impressões. In: CUNHA, Leonardo Carneiro da; SOUZA JUNIOR; Antonio Carlos F. de (Coord.). *Novo cpc e o processo tributário*. São Paulo: FocoFiscal, 2015.

TÔRRES, Heleno Taveira. Regime tributário da interposição de pessoas e da desconsideração da personalidade jurídica: os elementos do artigo 135, II e III, do CTN. In: QUEIROZ, Mary Elbe; TÔRRES, Heleno Taveira (Coord.). *Desconsideração da personalidade jurídica em matéria tributária*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 21-68.

Data de recebimento: 21/12/2018

Data de aprovação: 13/06/2019



# O ASSÉDIO MORAL À LUZ DA REFORMA TRABALHISTA E A DIGNIDADE DO EMPREGADO

## MORAL HARASSMENT IN THE LIGHT OF LABOR REFORM AND THE EMPLOYEE'S DIGNITY

*Leda Maria Messias da Silva\**

*Jeferson Luiz Cattelan\*\**

### RESUMO

O meio ambiente de trabalho equilibrado é um direito fundamental de todos os trabalhadores. As reformas trabalhistas, no estado democrático de direito, não podem retroceder nos direitos e garantias sociais conquistados no decorrer da história. O assédio moral é uma prática reiterada que degrada o espaço laboral e causa graves consequências na integridade psicofísica do trabalhador e pode aumentar com a limitação da responsabilidade do empregador pós reforma. Conclui-se no estudo que a tarifação do dano moral é inconstitucional, pois limita a responsabilidade do empregador, causa discriminação do ser humano pelo valor do salário recebido e contraria o artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988. Trata-se de pesquisa em referencial teórico bibliográfico em livros, artigos e revistas científicas. O método utilizado foi o indutivo, partindo da análise da reforma trabalhista para as implicações na desproteção do meio ambiente de trabalho.

**Palavras-chave:** Dano moral; Dignidade humana; Meio ambiente de trabalho.

### ABSTRACT

A balanced work environment is a fundamental right of all workers. Labor reforms, in the democratic rule of law, cannot backtrack on the rights and

---

\* Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa, Doutora e Mestre em Direito das Relações Sociais, Subárea de Direito do Trabalho, pela PUC-SP, Professora da Graduação e do Mestrado em Ciências Jurídicas e pesquisadora do ICETI, do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Professora da Graduação e Pós-graduação da Universidade Estadual de Maringá (UEM) e Pesquisadora do CNPQ. E-mail: lemead@uol.com.br.

\*\* Mestre do Curso de Ciências Jurídicas do Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), Graduado em Direito pela Universidade Paranaense (UNIPAR), Pesquisador do Programa de Suporte à Pós-graduação de Instituições de Ensino Particulares CAPES (módulo Taxas), e pesquisador do ICETI. E-mail: jefecattelan@hotmail.com.

social guarantees won throughout history. Bullying is a repeated practice that degrades work space and has serious consequences on the worker's psychophysical integrity and may increase with the limitation of post-retirement employer liability. It is concluded in the study that the pricing of moral damages is unconstitutional, as it limits the employer's liability, causes discrimination of the human being by the amount of salary received and contradicts artigo 5, incisos V and X of the Federal Constitution of 1988. This is a research in bibliographical theoretical reference in books, articles and scientific journals. The method used was the inductive one, starting from the analysis of the labor reform to the implications on the unprotection of the work environment.

**Keywords:** Moral damage; Human dignity; Work environment.

## INTRODUÇÃO

O meio ambiente equilibrado é um direito fundamental previsto no artigo 225 da Constituição Federal de 1988. Além disso, o artigo 200, VIII, efetiva a tutela estatal para garantir o exercício da profissão segura no ambiente de trabalho. Embora esteja fora do rol estabelecido no artigo 5º, é um direito fundamental de terceira geração para o pleno desenvolvimento do ser humano, constituindo-se em direito da personalidade por preservar a vida e a dignidade do trabalhador no trabalho. O direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado corrobora com as prerrogativas indispensáveis para garantir os direitos da personalidade do trabalhador e proteger a dignidade, a liberdade, a igualdade, e a formação plena da personalidade do indivíduo.

A economia e o desemprego são fatores externos que influenciam diretamente o ambiente de trabalho aumentando o assédio moral nas empresas, seja pela necessidade de redução de custo ou pelo excesso de trabalhadores disponíveis no mercado, sem emprego e renda. Estes fatores são determinantes para o indivíduo mais vulnerável submeter-se às cláusulas contratuais elaboradas pelo empregador.

As condutas assediadas dos superiores hierárquicos para alcançar metas, geralmente, vêm acompanhadas de ameaças de demissão, gerando um desequilíbrio na harmonia organizacional. O tema precisa ser estudado e conhecido pelos operadores de direito, e também levado ao conhecimento de todos trabalhadores; constituindo-se em objeto de pesquisa capaz de fomentar a discussão e a promoção da dignidade humana do trabalhador no ambiente de trabalho.

A busca pela justiça social e pela igualdade estão insculpidas no princípio da vedação do retrocesso social e indicam o norte que o Poder Legislativo deve seguir para não afrontar este princípio.

A corrente do neoliberalismo sobrepondo-se ao estado social, ratifica a importância do presente estudo, pois o Estado deve adotar políticas que de-

envolvam a economia sem precarizar as condições de trabalho dos operários, nem retroceder os direitos já efetivados. Portanto, o trabalho tem por objetivo tecer considerações teóricas sobre o assédio moral e a reparação do dano pelo empregador.

A conduta abusiva pode provocar diversos problemas à saúde da vítima, devendo ser coibida para garantir a saúde do trabalhador, bem como a preservação do meio ambiente de trabalho equilibrado. Nesse sentido, a tarificação do dano moral tenderá a maximizar a repetição da conduta, pois ao excluir ou limitar a responsabilidade do empregador, está retirando a função punitiva e pedagógica do dano moral.

Desta feita, o presente estudo justifica-se pelo fato da conduta do assédio moral degradar o meio ambiente de trabalho, podendo causar graves danos à integridade física e psíquica do trabalhador, levando, em casos mais extremos, até mesmo ao suicídio. A ocorrência do assédio moral gera o dano e, consequentemente, o dever de reparação integral pelo empregador. A aplicação da medida pedagógica-punitiva para o assediador tem a função de evitar a reiteração da conduta, contudo, a tarificação do dano compromete a eficácia da lei n. 13.467/2017.

Diante do exposto, o Estado tem o dever de primar pela proteção do trabalhador fiscalizando o trabalho digno frente ao capital, garantindo a integridade do trabalhador e reduzindo as consequências nefastas do assédio moral. Neste sentido, o Estado poderia ou não, criar leis que promovam a tarificação do dano moral contrariando o artigo 5, incisos V e X da Constituição Federal de 1988?

O objetivo do presente trabalho é estudar o assédio moral no ambiente laboral, a responsabilidade do tomador de serviços, e as principais alterações advindas com a Lei n. 13.467/2017, como a tarificação do assédio moral e seus reflexos econômicos para as pequenas e grandes empresas. E por fim, analisar a inconstitucionalidade da Lei n. 13.467/2017 para tarificação de dano moral e suas alterações em relação à responsabilidade extrapatrimonial do empregador nas situações de assédio moral na empresa.

A metodologia utilizada foi a pesquisa teórica em obras, artigos científicos e textos. O método utilizado foi o indutivo, partindo do estudo da Lei n. 13.467/2017, Reforma Trabalhista, e suas consequências no meio ambiente de trabalho em relação ao assédio moral. A partir de princípios, leis e teorias, foram analisados casos particulares com base na premissa lógica e dialética para chegar às conclusões sobre o assunto.

O presente trabalho está estruturado da seguinte forma: primeiro a contextualização do problema com o conceito de assédio moral e como esta conduta abusiva pode aumentar em decorrência das alterações legislativas. Na sequência foi abordada a responsabilidade do empregador pela violação da dignidade humana do trabalhador, e consequentemente, pelo dano à personalidade da pessoa

humana, e por fim estudada-se a forma de reparação do dano estabelecida pela reforma trabalhista para verificar se atende ao disposto constitucional previsto no artigo 5º, incisos V e X da Constituição Federal de 1988.

## A RESPONSABILIDADE DO EMPREGADOR E A RECOMPOSIÇÃO DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

A responsabilidade do empregador está relacionada ao ato de arcar com o dano gerado em outra pessoa, ou grupo de pessoas, para retornar ao estado anterior, ou indenizar a vítima, a fim de, reestabelecer o equilíbrio social<sup>1</sup>.

Amauri Mascaro do Nascimento define a relação de emprego como uma relação entre empregador e empregado, de natureza contratual, no qual o primeiro define o objeto do negócio e o segundo recebe salário, desta relação subsiste a responsabilidade civil contratual<sup>2</sup>. O trabalhador vende a força de trabalho em troca de salário e o empregador ao assinar o contrato de trabalho, assume a responsabilidade pelos atos do empregado.

Maurício Godinho Delgado ratifica que na relação de emprego, o trabalho é um direito personalíssimo entre o trabalhador e o empregador<sup>3</sup>. O direito personalíssimo possui proteção contra qualquer violação à integridade física, psicológica e emocional, com a consequente reparação do dano em caso de violação.

Elimar Szaniawski afirma que a responsabilidade civil visa proteger os interesses patrimoniais e personalíssimos do indivíduo, por meio da reparação por dano moral, cumulada ou não, com dano material. Portanto, a personalidade humana é protegida pelo dano moral, pois quando ocorre o dano e a violação da personalidade resta apenas a reparação extrapatrimonial para minimizar as consequências, pois não há como voltar ao status *a quo*<sup>4</sup>.

O artigo 2º da CLT esclarece que “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”. O empregador assume o risco para obter lucro, portanto responde pela reparação do dano material ou moral, decorrente da atividade econômica.

O artigo 2º da CLT subsidiariamente com o Código Civil adota a responsabilidade objetiva pelo acidente de trabalho, de acordo com a teoria do risco do trabalho. A responsabilidade civil subjetiva não garante o direito a reparação do

<sup>1</sup> VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito Civil: responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 130.

<sup>2</sup> NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito, relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 498-500.

<sup>3</sup> DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002, p. 284.

<sup>4</sup> SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 251.

dano quando não havia provado o elemento subjetivo da culpa, então a doutrina adotou a presunção *juris tantum*. Na sequência, a responsabilidade civil foi determinada independente de culpa, ou seja, a doutrina e a jurisprudência passaram a considerar a teoria objetiva para a reparação do dano<sup>5</sup>.

O solidarismo constitucional presente na Constituição Federal de 1988 efetiva o direito à reparação do dano sobrepõe o dolo e da culpa para garantir o meio ambiente de trabalho equilibrado. José Affonso Dallegrave ratifica, o solidarismo constitucional expresso no artigo 1º, inciso III – “dignidade da pessoa humana”, no artigo 3º “construir uma sociedade, livre, justa e solidária, e no artigo 170, inciso III – “função social da propriedade”, foram essenciais para responsabilizar o empregado que comete ato ilícito. A interpretação solidarista do empregador ao trabalhador tem por escopo a proteção à integridade física e psicológica<sup>6</sup>.

A Constituição Federal de 1988 não prevê qual sistema de responsabilidade será adotado no Brasil, porém a teoria da responsabilidade objetiva prevaleceria nos artigos 21, XXIII, alínea d; nos danos causados pelo Estado e seus serviços permitidos ou concedidos, artigo 37, § 6º, e na ocorrência de danos ambientais, artigo 225, § 3º<sup>7</sup>.

O artigo 225, § 3º da Constituição prevê “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”. No tocante à reparação civil, o artigo 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81, complementa que: “[...] sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade”.

O artigo 7º, XXII da Constituição Federal de 1988, estabelece que a “redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança”. O empregador deve adotar as medidas adequadas para reduzir os riscos de acidente do trabalho fiscalizando a utilização dos equipamentos de proteção individual e coletivo obrigatório, por força do artigo 482, alínea “h” da CLT, não podendo responsabilizar o trabalhador pela culpa do acidente, quando não utilizava os equipamentos de proteção.

---

<sup>5</sup> DALLEGRANE NETO, Jose Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 70.

<sup>6</sup> DALLEGRANE NETO, Jose Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 70.

<sup>7</sup> MOLINA, André Araújo. Sistema de responsabilidade civil objetiva e os acidentes de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília/DF, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013, p. 74.

O artigo 157 da CLT complementa que as empresas são responsáveis por “cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho”. O poder diretivo confere ao empregador a gestão da atividade, ou seja, organizar os meios de produção e as normas de segurança e medicina do trabalho, enquanto os empregados devem cumprir as normas estabelecidas.

No plano internacional a Organização Internacional do Trabalho estabeleceu várias convenções para proteção da integridade física e psíquica do empregado: a Convenção n. 161 da prevê nos incisos I e II, da alínea a, do artigo 1º: “os requisitos necessários para estabelecer e manter um ambiente de trabalho seguro e salubre, de molde a favorecer uma saúde física e mental ótima em relação com o trabalho”; e o segundo prevê a “adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental”. Além de identificar, avaliar e informar aos trabalhadores sobre os danos à saúde do exercício da atividade.

Para Sergio Pinto Martins, as empresas possuem a prerrogativa de fiscalizar seus empregados e continuam sendo responsabilizadas em caso de omissão<sup>8</sup>. Diante desta afirmação pode-se afirmar que o empregador é responsável pela fiscalização e cumprimento das normas de saúde e segurança, inclusive para que não haja incidência de assédio moral.

Segundo Jose Affonso Dallegrave Neto, a culpa do empregador no acidente de trabalho decorre da violação da lei ou da violação de uma norma geral de cautela<sup>9</sup>. O mesmo, pode ser aplicado ao assédio moral no ambiente de trabalho, o empregador deve fiscalizar a execução das atividades e reprimir os abusos ou excessos cometidos pelos empregadores e pelos seus representantes.

O empregador que presencia e se omite de fiscalizar e coibir os atos abusivos agrava o dano, pois os demais trabalhadores e testemunhas passam a tolerar as práticas degradantes e humilhantes que ocorrem na empresa<sup>10</sup>.

Por outro lado, o empregado se auto mutilar para receber indenização é um motivo moralmente reprovável, e se tiver o objetivo de receber o prêmio do seguro, estará configurado o crime de fraude para seguro, pois, feriu-se dolosamente para receber vantagem econômica indevida e responderá criminalmente pela conduta tipificada no artigo 171, § 2º, inciso V do Código Penal.

Antônio Rodrigues de Freitas Junior defende que as normas constitucionais e infraconstitucionais relacionadas à proteção do meio ambiente de trabalho

---

<sup>8</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio moral no emprego*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39.

<sup>9</sup> DALLEGRANE NETO, Jose Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*, 5. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 72.

<sup>10</sup> RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2011, p. 50.

seguro e adequado, e relacionados a saúde do trabalhador, são casos de responsabilidade objetiva do empregador<sup>11</sup>.

João Luís Vieira Teixeira corrobora com a responsabilidade objetiva, para esta corrente, basta que ocorra o assédio moral dentro da empresa para que haja a obrigação de reparar o dano<sup>12</sup>. Fábio Ribeiro da Rocha, também segue a responsabilidade é objetiva, para ser aplicada àquele que exerce determinada atividade de risco, independente de culpa, em razão da teoria do risco<sup>13</sup>.

A responsabilidade civil do empregador por ato ilícito surge pelo dever de indenizar de acordo com os dispositivos legais presente nos artigos 186 a 188 e 927 do Código Civil, enquanto a responsabilidade civil contratual decorre do contrato de trabalho firmado entre as partes, previsto no artigo 339 e seguintes do mesmo código.

O artigo 927, do Código Civil, obriga o agente que causar ato ilícito a repará-lo, independente de culpa, nas situações previstas em lei, ainda que não provado o dolo ou a culpa. Raimundo Simão de Melo esclarece que a responsabilidade objetiva pelo risco da atividade é “uma resposta ao ato ilícito, pela reparação do direito lesado<sup>14</sup>”.

O artigo 931, do Código Civil, ratifica que:

Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade, normalmente, desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Dessa forma, a reponsabilidade objetiva passou a tutelar os riscos da atividade, impondo a responsabilização pelo risco da atividade, portanto se há nexo entre o dano e a ação ou omissão consequentemente há o dever de indenizar.

O artigo 944 do Código Civil, de acordo com o artigo 5, inciso V da Constituição Federal de 1988 estabelecem a forma de indenização proporcionalmente ao tamanho do dano: “a indenização mede-se pela extensão do dano”. O juiz decidirá o valor de acordo com extensão do dano causado e o grau de culpa do sujeito, sendo a culpa levíssima uma atenuante, pois o dano ocorreu por um

---

<sup>11</sup> FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2011, p. 147-151.

<sup>12</sup> TEIXEIRA, João Luís Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 97.

<sup>13</sup> ROCHA, Fábio Ribeiro da. *Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado*. São Paulo: Ltr, 2016, p. 124.

<sup>14</sup> MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013, p. 172 e 402.

pequeno descuido. Para Sergio Cavalieri Filho, embora exista a culpa levíssima há a obrigação de indenizar<sup>15</sup>.

Para Maria Aparecida Alkmin o assédio moral que ofende a saúde física e psicológica do trabalhador caracteriza um ato ilícito, previsto no artigo 187 do Código Civil. O empregado pode rescindir o contrato de trabalho conforme artigo 483 da CLT ou pleitear a reparação pelo dano moral e pela violação ao direito da personalidade<sup>16</sup>.

O conceito de assédio moral para Marie-France Hirigoyen é: “qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude...) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou a integridade psíquica ou física de uma pessoa. A expressão “moral” está relacionado à vítima ser humilhada, desprezada, rejeitada e maltratada<sup>17</sup>.

Neste sentido Margarida Maria Silveira Barreto conceitua o assédio moral como a conduta humilhante na presença dos colegas de trabalho, e de modo reiterado. Geralmente, o assédio é praticado pelo empresário ou por preposto da empresa com o consentimento do proprietário, ocorre situações que os colegas de trabalho com mais tempo na empresa podem praticar o assédio, quando se sentem ameaçados<sup>18</sup>.

Para Sergio Pinto Martins e Maria Aparecida Alkmin; o empregado responde diretamente pelos danos decorrentes do assédio moral, sendo o empregador responsável pela reparação civil. A responsabilidade do empregador é objetiva independente de culpa conforme prevê o artigo 933 do CC “As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

O indivíduo será isento de pena quando não houver nexo de causalidade entre o dano e a conduta ilícita, por exemplo: a culpa exclusiva ou concorrente da vítima, por fato de terceiro, por caso fortuito ou por força maior e a cláusula de não indenizar. A cláusula de não indenizar é vedada na Justiça do Trabalho, pois é questão de justiça social e estaria negociando direito indisponível.

Jose Affonso Dallegrave afirma, acertadamente, a impossibilidade de exclusão da Responsabilidade do empregador. O princípio da irrenunciabilidade dos direitos trabalhistas, por efeito da hipossuficiência do trabalhador ou pelo con-

---

<sup>15</sup> CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. S. Paulo: Malheiros, 2010, p. 42.

<sup>16</sup> ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2005, p. 57.

<sup>17</sup> HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017, p. 17.

<sup>18</sup> BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Uma jornada de humilhações*. Dissertação do Mestrado em Psicologia Social apresentada à PUC São Paulo sob orientação do Prof. Dra. Bader Burihan Sawaia. São Paulo, 2000, p. 33.



trato de adesão a que este é subordinado veda a exclusão de responsabilidade<sup>19</sup>. Os trabalhadores, por sua hipossuficiência técnica e econômica, não podem renunciar direitos indisponíveis.

As normas elencadas ratificam a necessidade da aplicação do diálogo das fontes para uma interpretação coexistente, que vise a preservação dos direitos da personalidade do trabalhador, garantindo assim, um ambiente de trabalho equilibrado e a responsabilização dos empregadores. O artigo 7º do CDC<sup>20</sup> traz expressamente a possibilidade da integração das normas para a solução das contradições.

A matéria ambiental é de ordem pública, transindividual, coletiva, indisponível e imprescritível, a ação do dano individual prescreve no prazo de três anos, sob o artigo 206, § 3º, V, do Código Civil. A indenização tem por escopo reparar o dano, para prevenir que atividades possam causar danos ao meio ambiente e, portanto, não podem ser negociadas, apenas cumpridas de acordo com a lei.

Diante do exposto, a vida e a integridade físico-psíquica são direitos personalíssimos do trabalhador, parte hipossuficiente que vende a sua força de trabalho. Portanto, o empregador ao explorar a atividade, tem o dever de adotar todas as medidas possíveis para prevenção de acidentes, de doenças ocupacionais e de assédio moral no ambiente de trabalho, jamais poderá permitir que o trabalhador seja exposto a perigo desnecessário ou a condutas abusivas, pois, tal atitude, ainda que de forma culposa, caracterizaria culpa grave.

## A REPARAÇÃO DO DANO TARIFADO NA REFORMA TRABALHISTA

O 223-G, da Lei n. 13.467/2017, prevê a tarifação do dano extrapatrimonial, como se fosse possível quantificar a dor e o sofrimento humano. O valor da indenização deve levar em consideração a dor sofrida pela vítima, com base na sua personalidade, sensibilidade e na projeção que o dano toma para o futuro, além de analisar a gravidade e a repercussão a outros bens jurídicos como o nome, a imagem, a honra e a boa fama da vítima.

A Lei n. 13.467/2017 não pode contrariar a Constituição Federal e estabelecer as regras para quantificação do dano extrapatrimonial. O artigo 223-A da referida Lei “Aplicam-se à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos deste Título”. Ressalta-se

---

<sup>19</sup> DALLEGRANE NETO, Jose Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 165.

<sup>20</sup> Artigo 7º Os direitos previstos neste código não excluem outros decorrentes de tratados ou convenções internacionais de que o Brasil seja signatário, da legislação interna ordinária, de regulamentos expedidos pelas autoridades administrativas competentes, bem como dos que derivem dos princípios gerais do direito, analogia, costumes e equidade.

que a expressão “apenas” tenta restringir a incidência das demais normas que normatizam o tema, como o Código Civil que não estabelece critérios quantitativos para limitar a indenização do dano. O artigo 8º, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas estabelece a legislação comum subsidiária ao Direito do Trabalho, contrariando a alteração do artigo 223-A da mesma lei.

Hans Kelsen discorre sobre a hierarquia das normas em forma de pirâmide, e quando ocorre o conflito das normas o Supremo Tribunal Federal, “guardião da Constituição”, poderá declarar se a Lei é inconstitucional<sup>21</sup>. Portanto, a Reforma Trabalhista poderá ter alguns artigos declarados inconstitucionais, como o artigo 223-G, que tarifa o dano moral, pois contraria expressamente os incisos V e X, do artigo 5º da Constituição Federal de 1988.

A Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) ajuizou, no Supremo Tribunal Federal (STF), a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5870, a Procuradoria Geral da República manifestou favorável declaração da inconstitucionalidade do artigo 223-G-§ 1º-I-II-III-IV da CLT e, por arrastamento, a consequente declaração de inconstitucionalidade dos parágrafos 2º e 3º do artigo 223-G e os artigos 223-A e 223-C da CLT, todos com redações inseridas pela Lei n. 13.467/2017, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.870/DF, por entender que “a tarifação legal, prévia e abstrata, de valores máximos de indenizações por dano extrapatrimonial determinada nos dispositivos impugnados (CLT, com redação da Lei n. 13.467/2017; artigo 223-G-§ 1º) afronta o princípio da reparação integral do dano (Constituição, artigo 5º-V-X)”<sup>22</sup>.

O § 1º, do artigo 223-G, da Lei n. 13.467/17, parametriza o dano extrapatrimonial em leve, média, grave e gravíssima, criando limite objetivo de indenização, para uma variedade de condutas ilícitas e subjetivas. A lei reformista discrimina o trabalhador, pois reduz a dignidade de acordo com o valor do salário que recebe.

Para auferir o *quantum* indenizatório o juiz tem que analisar os elementos do caso concreto e estabelecer um valor justo, proporcional ao dano sofrido com a conduta ilícita praticada. O juiz é um ser humano com consciência, portanto deve avaliar o caso com empatia antes de estabelecer valores tarifados, Immanuel Kant leciona no sentido que:

---

<sup>21</sup> KELSEN, Hans. 1881-1973. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 287.

<sup>22</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5870/DF – Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. *Pesquisa de Jurisprudência*. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341092053&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2019.

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está cima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade<sup>23</sup>.

O ser humano é dotado de dignidade, ou seja, não possui preço, portanto, não há como tarifar a lesão à dignidade humana mesmo com previsão de cláusula contratual ou pelo artigo de lei alterado pela reforma trabalhista, pois é algo indisponível, absoluto, não pode ser alienado, reduzido ou emprestado.

A tarificação do dano moral promove uma discriminação do trabalhador de acordo com o último salário contratual, passa a considerar um sub-sujeito de direito pertencente a uma subclasse dos obreiros. O dano adotado pela reforma trabalhista é tarifado da seguinte forma:

§ 1º Se julgar procedente o pedido, o juízo fixará a indenização a ser paga, a cada um dos ofendidos, em um dos seguintes parâmetros, vedada a acumulação:

I – ofensa de natureza leve, até três vezes o último salário contratual do ofendido;

II – ofensa de natureza média, até cinco vezes o último salário contratual do ofendido;

III – ofensa de natureza grave, até vinte vezes o último salário contratual do ofendido;

IV – ofensa de natureza gravíssima, até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido.

§ 2º Se o ofendido for pessoa jurídica, a indenização será fixada com observância dos mesmos parâmetros estabelecidos no § 1º deste artigo, mas em relação ao salário contratual do ofensor.

§ 3º Na reincidência entre partes idênticas, o juízo poderá elevar ao dobro o valor da indenização.

A condição humana do trabalhador é rebaixada comparada com os demais seres humanos, pois a legislação trabalhista deixa de proteger os trabalhadores hiposuficientes para limitar a responsabilidade do empregador. Portanto, o *quantum* máximo indenizatório promove a segurança jurídica dos grandes empresários, pois estabelece até cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido, para indenização em caso de dano extrapatrimonial.

O trabalhador é desumanizado perante os demais seres humanos, pois em nenhuma outra legislação admite colocar preço à dignidade humana. O obreiro

---

<sup>23</sup> KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007, p. 77.

é explicitamente considerado como um ser descartável e substituível, como previsto por Hannah Arendt no livro “As origens do totalitarismo”. Portanto, quando o indivíduo não é mais útil ao processo produtivo ele será descartado com uma indenização proporcional ao salário percebido. A autora, argumenta ainda que a “Igualdade de condições como requisito básico da justiça, é uma das maiores dúvidas da humanidade”. Os judeus ricos e educados foram considerados iguais aos demais judeus e todos foram enviados para trabalhar nos campos de concentração, e quando não conseguiam mais trabalhar, foram descartados nas câmaras de gás para morrer<sup>24</sup>.

Diante do exposto, no Estado Democrático de Direito Brasileiro, espera-se que a igualdade seja norteada pela dignidade humana, pelas correntes naturalista ou humanista, a fim de evitar retrocessos e processos de desumanização ou de descarte dos trabalhadores. A vida humana e a reparação pela lesão à personalidade não pode ser tarifada, pois estará retirando a “humanidade” do indivíduo, o sentimento pessoal de “ser consciente”, para um ser objeto ou coisa.

### **CONSEQUÊNCIAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÕES DA TARIFAÇÃO DO DANO MORAL**

A crise econômica, a redução do lucro, e o medo de ficar desempregado são fatores propícios para justificar as reformas trabalhistas, as demissões em massa e alguns retrocessos sociais. O mercado de trabalho exige cada vez mais qualificação, em contrapartida reduz o salário da categoria até o valor que o empregador se submeta ao trabalho. Os princípios e garantias conquistados nos últimos anos são revogados pela justificativa do desenvolvimento econômico.

As reformas e alterações na lei podem ocorrer desde que não retrocedam nos direitos sociais, ou ainda que não contrarie a Constituição Federal de 1988 e os princípios constitucionais e trabalhistas, como na tarifação do dano extrapatrimonial. O presente estudo não visa vitimizar o empregado ou estabelecer valores que causem o enriquecimento ilícito, ou mesmo, que comprometa o desenvolvimento da atividade empresarial, além de não admitir uma tarifação ilimitada ou inconsequente em qualquer situação, mas que atenda à reparação nas lesões gravíssimas e no evento morte.

A classificação econômica da empresa é um elemento importante para verificação do quantum indenizatório, pois o limite de cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido, para um grande empregador, nas situações de lesões gravíssimas é injusta e ineficiente quando a empresa possui um faturamento acima de 4,8 milhões anuais. A indenização terá efeito pedagógico e pu-

---

<sup>24</sup> ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989, p. 77.

nitivo para as microempresas que possuem um faturamento de até 480 mil reais e para as pequenas empresas com faturamento entre 480 mil a 4,8 milhões.

O limite máximo de cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido é benéfico ao grande empresário estimulando a reiteração da conduta, pois há uma segurança quanto ao limite indenizatório. A tarifação contraria o princípio da igualdade material ao estabelecer o mesmo valor para um microempendedor e um grande empresário.

Na hipótese da maior instituição financeira privada do país ser condenada em 50 salários do empregador terá um impacto mínimo e irrisório perante o lucro de 2017, que ficou em torno de 24 bilhões de reais<sup>25</sup>. O técnico bancário, desta instituição recebe um salário médio de R\$ 3.000,00 (três mil reais), e terá direito a receber uma indenização limitada em cinquenta vezes o último salário contratual do ofendido, ou seja, aproximado de R\$ 150.000,00, valor que representaria 0,00058% do lucro líquido anual da instituição, independente se a lesão foi gravíssima com danos superáveis ou permanentes.

Na mesma hipótese uma microempresa com faturamento máximo de 480 mil reais é condenada a pagar os mesmo R\$ 150.000,00 de indenização corresponderá a 31,25% do seu faturamento. A indenização provavelmente comprometerá o desenvolvimento da atividade empresarial e terá que extinguir suas atividades, contrariando o princípio continuidade empresarial e o princípio da função social da empresa de gerar emprego e renda.

Outra situação hipotética é quando um empregado de uma empresa e um terceiro sofrem acidente no ambiente da empresa e ambos ficam com a mesma lesão, pela aplicação do artigo 223-G, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas, o empregado, que recebe R\$ 1.000,00 por mês, terá direito a indenização máxima R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), enquanto o terceiro será ressarcido com base no Código Civil, e poderá ter uma indenização de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Observa-se que o evento narrado e as consequências são as mesmas, o que diferencia é apenas o vínculo empregatício com o empregador, portanto a reforma trabalhista cria uma subclassificação dos trabalhadores, e os trata com discriminação perante os demais indivíduos.

Mais uma hipótese que pode ocorrer é um trabalhador cujo salário é R\$ 1.000,00 e outro com R\$ 3.000,00 de salário, ambos sofrem o mesmo assédio moral na empresa e sofrem o mesmo dano, um terá direito a uma indenização máxima de R\$ 50.000,00 e o outro terá uma reparação de R\$ 150.000,00, portanto a integridade física e psicológica do trabalhador passa a ser discriminada

---

<sup>25</sup> TREVISAN, Karina. Lucro do Itaú cresce 10% em 2017 e atinge R\$ 24 bilhões. *GI.Globo*. 05 fevereiro 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/itau-fecha-2017-com-crescimento-de-mais-de-10-no-lucro.ghtml>>. Acesso em: 9 abr. 2018.

e limitada pelo salário recebido, a dignidade humana vale o quanto a pessoa recebe de salário e não em razão da conduta ilícita.

Diante das hipóteses estudada, resta comprovado o flagrante de inconstitucionalidade por discriminar o trabalhador e por contrariar o inciso X e V do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. À vida à integridade, à saúde, à dignidade do indivíduo não tem preço, a reparação do dano pelo ato ilícito previsto nos artigos. 186 e 187, concomitante, e do artigo 944 a indenização mede-se pela extensão do dano, e este é o posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Para exemplificar ainda mais a inconstitucionalidade da tarifação do dano moral ao trabalhador será analisado a decisão 4ª turma do Superior Tribunal de Justiça condenou em 130 salários mínimos (aproximadamente R\$ 122 mil) o indivíduo que publicou fotos íntimas de uma menor na Internet. Os ministros decidiram que o valor proporcional ao dano à imagem, e para tanto, deveria ter o caráter preventivo e pedagógico. Em outro caso, também por reparação ao dano à imagem, um jornal foi condenado a pagar 90 mil reais por expor erroneamente um indivíduo como homossexual.

CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL. REPORTAGEM DE JORNAL A RESPEITO DE BARES FREQUENTADOS POR HOMOSSEXUAIS, ILUSTRADA POR FOTO DE DUAS PESSOAS EM VIA PÚBLICA. A homossexualidade, encarada como curiosidade, tem conotação discriminatória, e é ofensiva aos próprios homossexuais; nesse contexto, a matéria jornalística, que identifica como homossexual quem não é, agride a imagem deste, causando-lhe dano moral. Recurso especial conhecido e provido em parte. STJ – Resp. 1063304 SP2007/0236532-9, Relator: Ministro ARI PARGENDLER, Data de Julgamento 26/8/2008, T3 – Terceira Turma, Data de publicação *DJe* 13/10/2008.

A comparação destas duas decisões com as hipóteses acima levantadas, fazem concluir que o trabalhador é discriminado, sub classificado e um produto de descarte, que após sofrer uma lesão não tem direito à reparação integral pelo dano sofrido. O dano à imagem, nos exemplos elencados, vale 90 mil ou 122 mil reais, já o dano à integridade de uma pessoa comum pode chegar a 1 milhão de reais e a lesão do trabalhador na primeira hipótese é limitado em 50 mil reais.

Os direitos personalíssimos do indivíduo como à vida, à integridade física e mental será reparado no âmbito moral e material em decorrência do ato ilícito<sup>26</sup>. A teoria do desestímulo perde efetividade na prevenção de condutas ilícitas com

---

<sup>26</sup> SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 39.

a tarifação do dano, favorecendo a reincidência e a sensação de impunidade pelas grandes empresas<sup>27</sup>.

Clayton Reis, a indenização tem o propósito de reparar o dano ao trabalhador e inibir a reiteração de conduta ilícita. O *quantum* indenizatório e pedagógico deve atender ao binômio ressarcimento e prevenção<sup>28</sup>. No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes esclarece que o valor deve ser retributivo e preventivo ao mesmo tempo<sup>29</sup>.

O dano moral é compensável pelo valor fixado na sentença, porém, quando irrisório é um incentivo à reiteração da conduta. O Estado deve analisar o caso concreto e ter a percepção para estabelecer um valor justo, pois a sensação de impunidade pode gerar um exercício arbitrário das próprias razões, e promover a vingança do ofendido, desestabilizando a harmonia social. Portanto, o dano extrapatrimonial deve ser proporcional ao sofrimento da vítima com valores que visam a punição e a prevenção de condutas abusivas e assediadas.

O dano moral é uma forma de prevenir a reiteração do assédio moral na empresa, assim como o acesso a informação dos conceitos e características da conduta. Outra forma de coibir o assédio moral é pela fiscalização do Ministério Público do Trabalho; dos sindicatos; dos representantes da CIPA nas empresas e por meio de Leis que traga uma sanção administrativa e por fim, pela demissão indireta por justa causa<sup>30</sup>.

O Ministério Público do Trabalho atua na fiscalização das normas de Segurança e Medicina do Trabalho, e na proteção à integridade física e psicológica do trabalhador<sup>31</sup>. O órgão tem legitimado para propor ação civil pública nos artigos 127 e 129 e 170 da Constituição Federal de 1988, e no artigo 83, III da Lei Complementar n. 75/93. Outra forma de atuação do MPT é pelo Termo de Ajuste de Conduta, pois, após a assinatura no termo o compromisso é um título executivo extrajudicial.

Os sindicatos podem atuar na fiscalização e na negociação de melhores condições de trabalho, visando proteger o meio ambiente de trabalho equilibrado dos trabalhadores. Os sindicatos são legitimados para realizar a substituição processual quando for matéria de interesse coletivos e individuais homogêneos<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 260.

<sup>28</sup> REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 101.

<sup>29</sup> MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil. In: Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte/MG: IBDFAM, 2015, p. 223.

<sup>30</sup> FONSECA, Rodrigo. Assédio Moral: breves notas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 34-45, jan. 2007, p. 44.

<sup>31</sup> FONSECA, Rodrigo. Assédio Moral: breves notas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 34-45, jan. 2007, p. 44.

<sup>32</sup> SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 1987, p. 369.

A criminalização do assédio moral é a proposta mais coercitiva para extinguir a conduta no ordenamento jurídico, porém não parece ser razoável encarcerar o empregador, pois não é uma pessoa que precisa ser ressocializado. Por outro lado, Gisele Mendes de Carvalho *et al.* defendem a tipificação penal do assédio moral no Código Penal<sup>33</sup>.

Alguns estados e municípios legislaram sobre o assédio moral, como, Paraíba – LC n. 63/2004; São Paulo – Lei n. 12.250/2006; Rio de Janeiro – Lei n. 4.205/2006 e Rio Grande do Sul – LC n. 12.561/2006. No âmbito municipal: Lei n. 1.163/2000 Iracemápolis; Lei n. 2.120/2000 Ubatuba; Lei n. 358/2001 – Guarulhos; Lei n. 3.243/2001 – Cascavel; Lei n. 1.078/2001 Sidrolândia; Lei n. 189/2002 – Natal; Lei n. 13.288/2002 – São Paulo; Lei n. 3.671/2002 – Americana; Lei n. 11.409/2002 – Campinas; Lei n. 511/2003 – São Gabriel do Oeste; LC n. 498/2003 – Porto Alegre; Lei n. 9.736/2003 – Ribeirão Preto; Lei n. 2.377/2003 – Presidente Vesceslau; Lei n. 8.629/2004 – Santo André; Lei n. 8.629/2004 e Lei n. 1.103/2017 Maringá.

Portanto, a prevenção e a proteção contra o assédio moral é: de toda a sociedade; o estado deve fiscalizar os ambientes de trabalho para que a empresa cumpra sua função social garantindo aos empregados um meio ambiente de trabalho equilibrado.

## CONCLUSÕES

O direito do trabalhador a um meio ambiente de trabalho equilibrado, à luz da dignidade humana do empregado, implica em garantir um ambiente livre de assédio moral, que garanta a integridade física e psíquica do trabalhador, para o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

O estudo apresentado demonstrou que as relações de trabalho têm enfrentado conflitos internos e externos. As crises financeiras reduzem os lucros e aumentam os custos, e por este argumento, foi aprovada a reforma da legislação trabalhista. O negociado ao sobrepor-se ao legislado deve permitir o desenvolvimento econômico na sociedade de alta competitividade, mas deve estar submetido a limites mínimos constitucionais para garantir a dignidade do trabalhador.

O empregador tem o poder diretivo para organizar os meios de produção buscando a máxima eficiência com o mínimo de custos, seja por meio de mecanismos de fiscalização e controle dos trabalhadores ou pelo estabelecimento de metas. No entanto, a fiscalização não pode expor o empregado à situação humilhante que lhe resulte dano psicofísico. Portanto, o poder diretivo do empregador

---

<sup>33</sup> CARVALHO, Gisele Mendes de *et al.* *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização*. Curitiba: JM Livraria Jurídica e Editora, 2013, p. 105.



deve observar o limite da razoabilidade e ser dosado de forma natural no ambiente de trabalho, garantindo a dignidade do trabalhador e, conseqüentemente, o equilíbrio do ambiente.

As lesões decorrentes do assédio moral voltam-se contra o empregador, pois, com o aumento de acidentes de trabalho, de doenças ocupacionais e de afastamentos por atestados médicos causam um alto custo às empresas pela perda de produção e de dias não trabalhados.

A cultura do descarte baseada na eliminação dos operários que não conseguem manter quantidade média produzida resulta no aumento de pessoas desempregadas, cabendo ao Estado a responsabilidade para garantir uma condição mínima de vida digna à estes indivíduos. A fragmentação da produção e o excesso de trabalhadores desempregados facilitam a reposição de mão de obra, como produto comercial, coisifica o obreiro como objeto, ou parte de uma máquina. Decorre do processo de coisificação a precificação do trabalhador e reduz-lhe a dignidade e por fim desumaniza-o. O ambiente degradado e desumano torna-se propício para ocorrer o assédio moral, pois as relações sociais e humanas são reduzidas e com isso as pessoas ficam mais individualistas e perdem a empatia pelos outros.

Da análise dos argumentos apresentados no estudo, é possível afirmar que, o assédio moral objetiva aumentar a produção pelo excesso de cobrança, ou induzir à vítima forçando-a a pedir demissão.

As condutas praticadas que caracterizam o assédio moral tendem a iniciar-se de forma sutil reduzindo a autoestima da vítima até que seja automaticamente excluída do convívio social podendo ocorrer, por todos os demais colegas ou pelo superior hierárquico.

O direito regula as condutas sociais e atua para evitar o assédio moral, portanto, uma das propostas de solução apresentada para prevenir e reprimir o assédio moral é a tipificação penal da conduta, a fim de, evitar lesões à integridade física e psicológica da vítima. A fiscalização externa pelo Ministério Público do Trabalho e pelos órgãos fiscalizadores do Ministério do trabalho possuem grande influência na redução de trabalhos degradantes, assediante ou precários.

O assédio moral é uma conduta abusiva que degrada o ambiente de trabalho e causa dano à personalidade do trabalhador, refletindo na qualidade de vida pessoal e profissional. A conduta abusiva pode causar lesões permanentes, depressão, doenças psicofísicas e patologias, portanto serão indenizadas proporcionalmente à lesão.

O estudo constata que a legislação Trabalhista teve alguns retrocessos sociais promovidos com a “reforma trabalhista” e poderá aumentar o assédio moral. Dentre os aspectos negativos foi abordado de forma mais específica a tarifação do dano moral.

O retrocesso de direitos e as normas contrárias ao texto constitucional, são vedadas, dessa forma, a tarifação do dano moral trazida pelo artigo 223-G, § 1º da Consolidação das Leis Trabalhistas deverá ser declarada inconstitucional.

A tarifação do dano moral e a sua inconstitucionalidade contraria o dispositivo do artigo 5º incisos V e X da Constituição Federal de 1988, os quais preveem a reparação do dano proporcionalmente à lesão sofrida. O Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional a tarifação do dano moral, na lei de imprensa. A parametrização fixa e o pagamento máximo limitado a 50 salários do trabalhador torna a indenização injusta e discriminatória em razão da remuneração.

A indenização não pode ser arbitrada com valores altos e promover o enriquecimento ilícito do trabalhador, mas, por outro lado, não pode ser tarifada ou insignificante para o empregador, pois ficaria irrelevante e perderia o efeito preventivo e punitivo.

A reforma trabalhista beneficia o grande empregador ao estabelecer um limite de 50 salários do trabalhador, como se houvesse limitação a dor e ao sofrimento humano. A tarifação reduz a dignidade e o caráter personalíssimo do ser humano pois fraciona objetivamente em leve, médio, grave e gravíssimo a extensão do dano.

O dano extrapatrimonial deve atender aos requisitos de natureza compensatória: a punição e a prevenção. A natureza preventiva do dano moral tem sentido educativo, no qual, o empregador adota as cautelas necessárias para evitar que ocorram a reiteração de fatos ilícitos na empresa. A punitiva tem efeito de ser uma sanção contra o ato praticado.

O dano tarifado somente desestimula a prática de condutas assediadas, quando praticadas pelo microempresário ou pelo pequeno empresário, pois terão uma redução perceptível no seu patrimônio. Dessa forma, o Juiz é competente para analisar cada caso concreto e determinar o valor da reparação fazendo a subsunção do fato à norma. Portanto, não é prudente fixar critérios objetivos e fixos para a pluralidade de casos que possam ocorrer.

A teoria do risco da atividade e a responsabilidade objetiva do empregador decorrente do contrato de trabalho, responsabilizam o empregador que exerce atividade econômica e obtém lucro com a exploração indigna da mão de obra, portanto, os acidentes de trabalho ocorridos no ambiente de trabalho independentemente de dolo ou culpa do empregador, deverão ser indenizados.

O presente estudo abarcou formas de prevenção do assédio moral, como a atuação do Ministério Público do Trabalho fiscalizando o meio ambiente de trabalho, e adotando as medidas administrativas e judiciais para evitar o trabalho degradante. Outra proposta é a divulgação de informações pelos sindicatos dos trabalhadores sobre o conceito e as condutas que geram assédio moral. A

assistência profissional jurídica pelo advogado também auxilia na proteção e prevenção da reiteração de condutas assediadas.

Conclui-se que a Constituição Federal de 1988, prevê no artigo 5º, incisos V e X, que a reparação deve ser proporcional ao dano; dessa forma, a tarifação do dano moral prevista no artigo 223-G, § 1º tende a ser declarada inconstitucional.

A responsabilidade pela extinção do assédio moral no ambiente de trabalho é de toda a sociedade e do Estado, pois as consequências do tratamento indigno, reflete no aumento dos gastos com a seguridade social, e conseqüentemente, na elevação de impostos, pois a sociedade paga os tributos que mantém o estado.

Por fim, a criminalização do assédio moral é uma forma de reduzir a incidência nas empresas, porém pode ser aplicadas medidas alternativas divergentes da reclusão, pois o empresário, na maioria das vezes, não é um risco para a sociedade.

## REFERÊNCIAS

- ALKIMIN, Maria Aparecida. *Assédio moral na relação de emprego*. Curitiba: Juruá, 2005.
- ARENDDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo: Cia das Letras, 1989.
- BARRETO, Margarida Maria Silveira. *Uma Jornada de humilhações*. Dissertação do Mestrado em Psicologia Social apresentada à PUC São Paulo. São Paulo, 2000.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade n. 5.870/DF – Distrito Federal. Relator: Gilmar Mendes. Pesquisa de Jurisprudência. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15341092053&ext=.pdf>>. Acesso em: 03 out. 2019.
- CARVALHO, Gisele Mendes de *et al.* *Assédio moral no ambiente de trabalho: uma proposta de criminalização*. Curitiba: JM Livraria Jurídica, 2013.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros. 2010.
- DALLEGRANE NETO, Jose Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2002.
- FONSECA, Rodrigo. Assédio Moral: breves notas. *Revista LTr*, São Paulo, v. 71, n. 1, p. 34-45, jan. 2007.
- FREITAS JUNIOR, Antônio Rodrigues. *Responsabilidade civil nas relações de trabalho*. São Paulo: Ltr, 2011.
- HIRIGOYEN, Marie-France. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*. Tradução de Rejane Janowitz. 9. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Tradução de Paulo Quintela, Lisboa: Edições 70, 2007.

- KELSEN, Hans. 1881-1973. *Teoria pura do direito*. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- MARTINS, Sergio Pinto. *Assédio moral no emprego*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MELO, Raimundo Simão de. *Direito ambiental do trabalho e a saúde do trabalhador*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2013.
- MOLINA, André Araújo. Sistema de responsabilidade civil objetiva e os acidentados de trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília/DF, v. 79, n. 2, abr./jun. 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin de. A responsabilidade e a reparação civil. Rodrigo da Cunha Pereira (Org.). *Tratado de Direito das Famílias*. Belo Horizonte/MG: IBDFAM, 2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito, relações individuais e coletivas do trabalho*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- OBSERVATÓRIO Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. Número de acidentados registrados. *MPT. 2017*. Disponível em: <https://observatoriosst.mpt.mp.br/>. Acesso em 27 fev. 2018.
- REIS, Clayton. *Dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.
- RESEDÁ, Salomão. *A função social do dano moral*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- ROCHA, Fábio Ribeiro da. *Efetividade do direito fundamental ao meio ambiente de trabalho seguro e adequado*. São Paulo: Ltr, 2016.
- RUFINO, Regina Célia Pezzuto. *Assédio moral no âmbito da empresa*. 3 ed. São Paulo: LTr, 2011.
- SCHMIDT, Martha Halfeld Furtado de Mendonça. O assédio moral no direito do trabalho. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 27, n. 47, jul./set. 2001.
- SILVA, Américo Luís Martins da. *O dano moral e a sua reparação civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- SILVA, Homero Batista Mateus da. *E agora, Tarsila?* Dilemas da reforma trabalhista e as condições do mundo do trabalho. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- SUSSEKIND, Arnaldo. *Direito internacional do trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr. 1987.
- SZANIAWSKI, Elimar. *Direitos de personalidade e sua tutela*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- TEIXEIRA, João Luís Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2016.
- TREVISAN, Karina. Lucro do Itaú cresce 10% em 2017 e atinge R\$ 24 bilhões. *GI.Globo*. 05 fevereiro 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/itau-fecha-2017-com-crescimento-de-mais-de-10-no-lucro.ghtml>>. Acesso em: 9 abr. 2018.
- VENOSA, Silvio de Salvo. *Direito civil: Responsabilidade civil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

Data de recebimento: 05/02/2019

Data de aprovação: 13/06/2019

# O DESTINO DO BEM DE FAMÍLIA NA DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR: PERSPECTIVA DAS RELAÇÕES FAMILIARES E DA DIGNIDADE HUMANA

## MANAGING FAMILY PROPERTY IN CASES OF DISSOLUTION OF THE FAMILY UNIT: PERSPECTIVE OF FAMILY RELATIONSHIPS AND HUMAN DIGNITY

*José Sebastião de Oliveira\**

*Paulo Gímenes Alonso\*\**

### RESUMO

Este artigo trata do bem de família, que abrange a casa destinada à moradia e a mobília que a garante, com exceção das obras de arte e adornos suntuosos. O bem de família pode ser legal (regulado pela Lei n. 8.009/90) ou voluntário (disciplinado pelo Código Civil). O instituto foi examinado sob a ótica das relações familiares e do princípio da dignidade humana, e não simplesmente de forma descritiva ou como obstáculo à satisfação de créditos. Trilhando pelo método dedutivo, enfrenta questão prática relevante, qual seja, o destino a ser dado ao bem de família na dissolução da entidade familiar, propondo a proteção da moradia e defendendo que, em certos casos, esta modalidade de bem não está sujeito à partilha, subsistindo enquanto perdurar necessidade de proteção a qualquer de seus membros.

**Palavras-chave:** Família; Entidade familiar; Bem de família legal; Bem de família voluntário; Impenhorabilidade.

---

\* Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1999) e pós-doutor em Direito pela Universidade de Lisboa (2013). Professor do Centro Universitário de Maringá (Unicesumar). Membro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Advogado em Maringá – PR. E-mail: drjso@drturbo.com.br.

\*\* Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá – PR – Unicesumar (2018). Colaborador da Escola Paulista da Magistratura. Juiz de Direito em Presidente Prudente – SP. E-mail: alonsopaulo@terra.com.br.

---

**ABSTRACT**

---

This paper deals with family property, meaning the household and its furniture, not including works of art and ornaments. Family property can be determined by law (Law n. 8.009/90) or public deed (Civil Code). This study focuses on the family relations and the principle of human dignity and not simply treating family property protection as an obstacle to the collection of debts, tackling through deductive method the question of the destiny of such goods when the family unit is dissolved, proposing the protection of the household and the idea that family property might not be subject to assignation when the family unity is dissolved as long as one of the members of the former family unit requires protection.

**Keywords:** Family; Family unity; Legal household; Voluntary family property; Unseizability.

**INTRODUÇÃO**

Considera-se bem de família todo bem da vida que a lei estabelece como impenhorável, por ser necessário para que uma família viva com dignidade. O bem de família está a salvo de execução por dívidas, a não ser nas hipóteses expressamente excepcionadas pelo legislador.

De acordo com o direito positivo brasileiro, é automaticamente bem de família legal o imóvel (urbano ou rural) destinado à moradia da entidade familiar e a mobília que o garante, com exceção do veículo de transporte, das obras de arte e adornos suntuosos. Referidos bens igualmente podem ser instituídos como bem de família voluntário, hipótese em que o instituidor também poderá colocar à salvo da penhora valores mobiliários não excedentes ao valor do prédio gravado.

O instituto foi introduzido no Brasil pelo Código Civil de 1916, mas somente com o advento da Lei n. 8.009/90, que dispõe sobre o bem de família legal, se popularizou. Temos, assim, duas modalidades de bem de família: o bem de família legal (disciplinado na Lei n. 8.009/90), e o bem de família voluntário (regulado nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002).

Ordinariamente a doutrina estuda o bem de família a partir de tais normas legais com ênfase às suas implicações econômicas e patrimoniais, especialmente no âmbito das relações obrigacionais. Neste trabalho, porém, deliberou-se estudar o tema sob a perspectiva das relações familiares e do princípio da dignidade humana, e não simplesmente como um obstáculo à satisfação de créditos.

Importante atentar que, a despeito de o legislador ter dispensado razoável proteção à família durante sua existência, portanto no período de normalidade, e também no caso de morte de um dos consortes (art. 1.831 do Código Civil), não se deve ignorar que podem surgir intercorrências que afetem a continuidade da entidade familiar protegida, como a separação do casal, por exemplo, circuns-

tância cuja particularidade exige reflexão e solução para os problemas decorrentes da ruptura.

Constitui fato facilmente constatável que, em relação ao bem de família, as normas ordinárias não equacionam diversas questões práticas relevantes, dentre as quais a pertinente ao destino a ser dado a esta modalidade de bem na dissolução da entidade familiar, por conta do que tal problema será aqui enfrentado, propondo-se, como solução, a proteção da moradia e defendendo que o bem de família não está sujeito à partilha em caso de dissolução da entidade familiar, subsistindo enquanto perdurar necessidade de proteção a qualquer de seus membros.

A atualidade e importância do tema deriva do dinamismo do conceito de família, cumprindo destacar especialmente que a partir da Constituição Federal de 1988 foram reconhecidas outras formas de relacionamento entre pessoas, inclusive de mesmo sexo (ADI 4.277/DF)<sup>1</sup>, observando-se que modernamente se apresenta como espinha dorsal da família a afetividade. Não se pode descuidar, porém, das soluções a serem adotadas quando da dissolução da entidade familiar, fato rotineiro na sociedade contemporânea. Nesta perspectiva, propõe-se aqui reflexão de tema pontual recorrente em tais dissoluções, relacionado ao bem de família, sobre o que há reconhecida lacuna legislativa, e do que pouco tratam a doutrina e a jurisprudência nacional.

A pesquisa pautou-se pelo método dedutivo, com releitura da doutrina e dos dispositivos legais e constitucionais que disciplinam o instituto objeto do estudo, além dos princípios gerais de Direito inerentes ao tema, manancial das premissas teóricas que nortearam a conclusão.

## CONSIDERAÇÕES GERAIS SOBRE O BEM DE FAMÍLIA

O bem de família teve origem na então República do Texas, com a instituição, em 1839, do *homestead* (que significa local do lar: *home* = lar; *stead* = local),

---

<sup>1</sup> Foi em 05/05/2011 que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.277, admitiu que se estendesse os direitos conferidos às uniões heterossexuais às uniões homoafetivas, sendo oportuno destacar da ementa do histórico acórdão, da lavra do Min. Ayres Britto, o significativo trecho: Interpretação do Art. 1.723 do Código Civil em Conformidade com a Constituição Federal (Técnica da “Interpretação Conforme”). Reconhecimento da União Homoafetiva como Família. Procedência das Ações. Ante a possibilidade da interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de “interpretação conforme à Constituição”. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF. Min. rel. Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Data de publicação: 16/05/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp.incidente=11872>. Acesso em: 20 nov. 2018.

atrativo para fixar o homem na terra em que vivia, objetivando o desenvolvimento daquela República. O *homestead* assegurava aos cidadãos que lá resolvessem morar, produzir e desenvolver a região, o mínimo necessário a uma vida decente, em caso de adversidades econômicas<sup>2</sup>.

Do Texas o instituto se alastrou por outros estados americanos, depois foi adotado pelo Canadá e posteriormente pela França, de onde se espalhou por diversas legislações do mundo ocidental, adaptado às peculiaridades de cada povo<sup>3</sup>, até que foi introduzido no Brasil pelo Código de 1916. É bom lembrar, no entanto, que o Projeto Clóvis Beviláqua, que acabou convertido em 1916 no então Código Civil Brasileiro<sup>4</sup>, originariamente também não contemplava o instituto em exame, que foi introduzido no projeto em 1912, por conta de emenda apresentada no Senado Federal, pelo Senador Mendes de Almeida<sup>5</sup>.

Como referido Código tratou apenas do bem de família voluntário, exigindo providência ativa do titular, que tinha que promover a afetação de um prédio destinado à residência da família, através de escritura pública, levada a registro, o instituto permaneceu em absoluto ostracismo durante décadas no Brasil. Somente com o advento da Lei n. 8.009/90<sup>6</sup>, que instituiu o bem de família legal, derivado de proteção automática delineada pelo legislador (sem exigir qualquer providência ativa do titular), o instituto passou a representar papel relevante no direito nacional, especialmente nas relações obrigacionais.

Referida lei protege automaticamente, através do mecanismo da impenhorabilidade, o imóvel destinado à moradia da família (seja urbana ou rural) e a mobília que a garante (exceto os veículos de transporte, obras de arte e adornos suntuosos). O Código Civil de 2002 permite que estes mesmos bens da vida sejam instituídos, através de escritura pública, como bem de família voluntário, podendo ainda o instituidor colocar à salvo de penhoras valores mobiliários não excedentes ao valor do prédio instituído como bem de família, ao tempo da instituição (art. 1.711 e seguintes). A afetação por vontade (bem de família voluntário), não poderá, porém, exceder de um terço do patrimônio líquido do instituidor (art. 1.711 do Código<sup>7</sup>).

---

<sup>2</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Bem de Família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 24-38.

<sup>3</sup> Oportuno indicar interessante levantamento do direito comparado feito por Marcione Pereira dos Santos na obra *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 8 *usque* 48.

<sup>4</sup> Revogado pela Lei n. 10.406, de 10/01/2002, que instituiu o novo Código Civil Brasileiro.

<sup>5</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. *Op. cit.*, p. 86-89.

<sup>6</sup> BRASIL. Lei n. 8.009, de 29/03/1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.

<sup>7</sup> BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.



Tratando da natureza jurídica do bem de família, Marcione Pereira dos Santos, após examinar diversas propostas doutrinárias sobre a questão, assim se posiciona sobre o tema:

Diante dessas considerações a respeito da natureza jurídica do instituto do bem de família, conclui-se que, quando a criação do benefício se dá por ato de um dos cônjuges ou conviventes, transmissão de propriedade realmente não há, mas sim um direito de propriedade do instituidor, que permanece íntegro, porém submetido a um regime especial de impenhorabilidade e inalienabilidade relativa. Entretanto, em sendo instituído por terceiro, efetivamente, ocorre a transferência dominial em favor dos cônjuges ou conviventes da entidade familiar. Em qualquer das hipóteses, os beneficiários, embora não haja comunhão decorrente de um condomínio, tornam-se titulares de um direito de família patrimonial *erga omnes*, consistente em fazer servir o imóvel à função de residência da família, revelado na necessidade de suas anuências para alienação, ainda que sejam menores.<sup>8</sup>

Embora existam normas que assegurem genericamente a impenhorabilidade de certos bens (art. 833 do CPC), ao disciplinar o bem de família, o legislador teve a intenção de proteger a família nuclear, inaugurada pelo parentesco, casamento, união estável ou relação afetiva<sup>9</sup>, e pressupõe que essa comunidade seja formada por pelo menos duas pessoas (especialmente marido e mulher [família matrimonializada, decorrente do casamento civil, ou do casamento religioso com efeitos civis], companheiro e companheira [entidade familiar, decorrente da união estável] ou um dos pais e sua prole [família monoparental]).

Não obstante, em boa hora firmou-se o entendimento no sentido de que a proteção se aplica a qualquer modalidade de família, seja qual for sua natureza, origem e formato, inclusive as derivadas exclusivamente do afeto e entre pessoas do mesmo sexo, como anteriormente pontuado, à luz do julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, da ADI 4.277/DF, já referida.

Assim deve ser porque qualquer limitação ou discriminação se revela inconstitucional, posto que fere os arts. 5º e 6º da Constituição Federal<sup>10</sup>, de forma

---

<sup>8</sup> SANTOS, Marcione Pereira. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 79.

<sup>9</sup> Aliás, não há mais mínima dúvida que atualmente o afeto é a gênese da família, sendo oportuno registrar, a propósito da questão, a objetiva lição de Valéria Silva Galdino Cardin e Vitor Eduardo Frosi no sentido de que “o que caracteriza uma unidade como família não é sua previsão legal, mas o afeto, que é sua força motriz e que lhe concede estabilidade e ‘status’ de família perante a sociedade (CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. *O afeto como valor jurídico*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 9 a 12/7/2010.)

<sup>10</sup> BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: “[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)”. Acesso em: 20/11/2018.

que a jurisprudência firmou entendimento no sentido de que são impenhoráveis as moradias ocupadas por seus titulares, ou por suas respectivas famílias, e os móveis ordinários que as guarnecem, quer sejam os proprietários solteiros, viúvos, separados judicialmente ou de fato, divorciados, casados ou convivam, em união estável, com outra pessoa, ainda que do mesmo sexo (união homoafetiva).

O Superior Tribunal de Justiça pacificou, por meio da Súmula 364, que o ordenamento jurídico brasileiro contempla o direito à impenhorabilidade da casa própria, firmando entendimento no sentido de que todas as pessoas têm direito a um lugar para morar.

O conceito de bem de família foi ampliado pela jurisprudência, de forma que está a salvo de penhora o imóvel pertencente a um filho do casal, que abrigue os pais, bem como aquele destinado a abrigar uma comunidade de irmãos, e, nos termos da Súmula n. 486 do Superior Tribunal de Justiça, também “é impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.”

Quanto aos bens móveis, estão a salvo de constrição os equipamentos de uso profissional, e os móveis que guarnecem a casa, em relação aos quais o Poder Judiciário brasileiro firmou o entendimento no sentido de que o legislador protegeu os móveis essenciais à habitabilidade do imóvel, bem como os que ordinariamente guarnecem as residências brasileiras, salvo aqueles que se apresentarem em duplicidade, acomodando de forma adequada a questão<sup>11</sup>. Acrescenta-se aqui, que a despeito da omissão legislativa, são impenhoráveis também os animais domésticos, que são seres sencientes, ou seja, têm capacidade de sentir, tanto que se acha firmado o reconhecimento da família pluriespécie, que abarca os animais domésticos que a compõe. Soma-se que o afeto que se estabelece entre o titular e o animal de estimação constitui patrimônio imaterial impenhorável, que seria afetado se fosse permitida a penhora do animal. Cabível destacar a precisa lição de Tereza Rodrigues Vieira, para quem:

---

<sup>11</sup> Veja-se a propósito o seguinte precedente do STJ que, pela objetividade, merece destaque: Processual. Impenhorabilidade. Lei n. 8.009/90. Único Televisor. Existência de Vários Televisores. I – A Lei n. 8.009/90 foi concebida para garantir a dignidade e funcionalidade do lar. Não foi propósito do Legislador, permitir que o pródigo e o devedor contumaz se locupletem, tripudiando sobre seus credores. II – Na interpretação da Lei 8.009/90, não se pode perder de vista seu fim social. III – A impenhorabilidade não se estende a objeto de natureza suntuária. IV – Se a residência é guarnecida com vários utilitários da mesma espécie, a impenhorabilidade cobre apenas aqueles necessários ao funcionamento do lar. Os que excederem o limite da necessidade podem ser objeto de constrição. V – Se existem, na residência, vários aparelhos de televisão, a impenhorabilidade protege apenas um deles. *REsp 109351 RS 1996/0061635-3*. Ministro Relator: Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 01/07/1997. Data de Publicação: 25/05/1998. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 07 nov. 2018.

Cumprе mencionar aqui a discussão atinente à penhora, se esta poderá ou não ocorrer em relação ao animal de estimação, como forma de coação ao pagamento pelo devedor. Em decorrência do afeto em relação ao animal, o credor aposta no imediato pagamento. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem estendido o entendimento acerca da penhora do bem de família, resguardando a acepção ampla da entidade familiar. Em recurso junto ao STJ, que teve como relator o ministro Villas Bôas Cueva, da Terceira Turma, entendeu que: “O conceito de entidade familiar deve ser entendido à luz das alterações sociais que atingiram o direito de família”. (STJ, 2013, p.1) Aqui poder-se-ia incluir o animal de estimação que tem estreitos vínculos de afeto com a família, ademais, trata-se de um ser vulnerável que demanda proteção<sup>12</sup>.

A proteção de impenhorabilidade do bem de família não é absoluta, de forma que cede à exceções contempladas no art. 3º da Lei n. 8.009/90. Necessário destacar que em relação às exceções à impenhorabilidade, existem duas questões relevantes em relação ao bem de família que ainda estão pendentes de solução, exigindo acompanhamento dos operadores do Direito: 1) O Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, atribuiu repercussão geral a Recurso Extraordinário com Agravo de Instrumento (ARE 1.038.507), em que é relator o Min. Edson Fachin, para decidir se a pequena propriedade rural, quando não constituir o único bem dessa natureza de titularidade da família, pode ou não ser penhorada. 2) Em recente decisão, cujo acórdão foi desafiado por embargos de declaração pendente de julgamento ao tempo do encerramento da redação deste texto, a Primeira Turma do mesmo tribunal, por maioria de votos, afastou a penhora de bem de família do fiador de locação comercial (RE 605.709-SP), o que poderá implicar em profunda alteração da jurisprudência nacional sobre o tema.

## **DIREITOS DA PERSONALIDADE E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO PATRIMÔNIO JURÍDICO MÍNIMO**

Tendo em vista a perspectiva em que se deliberou estudar o bem de família, ou seja, à luz das relações familiares e do princípio da dignidade da pessoa humana necessário algumas considerações sobre os direitos da personalidade.

A dignidade humana diz respeito primordialmente aos valores morais do ser humano, daí porque se acha consagrado na doutrina que os direitos da personalidade têm por objeto a proteção da vida (abrangendo o corpo e a saúde), da

---

<sup>12</sup> VIEIRA, Tereza Rodrigues. Biodireito, Animal de Estimação e Equilíbrio Familiar: Apontamentos Iniciais. In: *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/280>. Acesso em: 03 jun. 2018.

liberdade (na qual se incluiu a própria intimidade) e da honra (que abarca a imagem, o nome, a voz, as manifestações intelectuais etc.), havendo consenso de que todo empenho tem que ser empregado no sentido de assegurar condições existenciais mínimas como forma de preservação da vida e do bem estar das pessoas, o que é de responsabilidade de cada um, dos grupos sociais e do Estado.

Elizabet Leal da Silva e Alessandro Severino Vallér Zenni pontuam que “o princípio da dignidade da pessoa humana se apresenta, não mais apenas no aspecto transcendental, mas como elemento integrador da ordem jurídica, assumindo funções extremamente relevantes no trabalho dos juristas, sejam eles: legislador, juiz e todos os hermeneutas do direito”<sup>13</sup>.

Tratando do tema, Zulmar Fachin leciona que “o constituinte de 1988 erigiu a pessoa humana como valor supremo do ordenamento jurídico. A escolha refletiu a prevalência da concepção humanista, que permeia todo o texto constitucional”, e acrescenta que “a dignidade da pessoa humana é o valor fundante do Estado brasileiro (art. 1º, inc. III) e inspirador da atuação de todos os poderes do Estado e do agir de cada pessoa.”<sup>14</sup>

Contudo, aos valores morais é necessário acrescentar uma proteção material mínima, o que justifica a existência de um estatuto jurídico do patrimônio mínimo proposto pelo ministro Luiz Edson Fachin, do Supremo Tribunal Federal, que, no entanto, com propriedade adverte que tal proteção não se esgota na impenhorabilidade do bem de família e na proteção da pequena propriedade rural, tratando-se apenas de vertentes daquela proposta, que é mais ampla, havendo apenas uma aproximação dos institutos<sup>15</sup>.

A efetividade dessa proteção material mínima é oferecida pelo Estado por meio do instituto de impenhorabilidade, instrumento que flexibiliza o princípio da responsabilidade patrimonial, positivado no art. 391 do Código Civil, que é no sentido de que “pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”. Não se descuidou, porém, de deixar a salvo os bens impenhoráveis (catalogados no art. 833 do CPC, no Código Civil e na legislação especial).

O direito à moradia também se insere dentre os Direitos Humanos, tanto que discorrendo sobre a regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada, Marcelo Benacchio e Denis Cassettari pontuaram com grande maestria que:

---

<sup>13</sup> ZENNI, Alessandro Severino Vallér e SILVA, Elizabet Leal da. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, ISSN 1677-6402, v. 9, n. 1, jan.-jun.2009. p. 201-222.

<sup>14</sup> FACHIN, Zulmar. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 271.

<sup>15</sup> FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 4 e 143.

Especificamente no que concerne ao tópico do direito humano à moradia adequada, insta observar que qualquer ser humano necessita de um espaço físico com necessárias adequações para realização de sua dignidade e pleno exercício de seus direitos humanos. É preciso uma morada, uma habitação, uma casa, um local para a intimidade, o restabelecimento das forças exauridas no dia a dia e tantas outras providências basilares da condição humana. Essa situação é compreendida como o direito humano à moradia ou habitação adequada. Dessa forma, o direito humano à habitação é indivisível, interdependente e está intimamente ligado a um conjunto de outros direitos da personalidade conexos ao direito à moradia, por exemplo, o direito à vida, o direito à saúde, o direito à intimidade, o direito à propriedade, o direito ao sossego, o direito à liberdade.<sup>16</sup>

Importante destacar, contudo, que não se pretende aqui associar a proteção dispensada ao bem de família ao direito à moradia, garantido pelo art. 6º da Constituição Federal, situações jurídicas que não se confundem, e que, pela relevância do tema, merecem estudo específico que não cabe nos limites deste artigo.

Também convém reprisar que o objetivo deste trabalho não é estudar todas as hipóteses de impenhorabilidade, mas tão somente a proteção especial dispensada à entidade familiar e seus membros, mediante preservação dos direitos inerentes à personalidade, em caso de dissolução da família.

### **O DESTINO DO BEM DE FAMÍLIA (VOLUNTÁRIO E LEGAL) NA DISSOLUÇÃO DA ENTIDADE FAMILIAR**

É fato notório que todos os dias, pelos mais diversos motivos, ocorrem o fim de entidades familiares, matrimonalizadas ou derivadas de união estável, e, a despeito disso, doutrina e jurisprudência pouca atenção dispensam ao destino que deve ser dado ao bem de família quando a entidade familiar se dissolve por morte, nulidade ou anulação de casamento ou divórcio, ou ainda ruptura da união estável. A dissolução de uma entidade familiar implica em diversas consequências patrimoniais, dentre as quais se insere o destino a ser dado ao bem de família, tanto legal como voluntário.

Em relação ao bem de família voluntário, a morte de um dos cônjuges ou conviventes, ou, em certos casos, mesmo de ambos, não tem o condão de extinguir a afetação, que permanecerá incólume. O art. 1.721 do Código Civil é claro

---

<sup>16</sup> BENACCHIO, M.; CASSETTARI, D. Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Org.). *Regularização fundiária urbana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 56.

no sentido de que a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família. Além disso, o art. 1.716 do Código Civil não deixa margem para dúvidas, ao dispor que “a isenção de que trata o artigo antecedente durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta destes, até que os filhos completem a maioridade”.

As regras em exame têm seus comandos normativos complementados pelo disposto no art. 1.722, também do Código Civil, ao dispor que “extingue-se, igualmente, o bem de família com a morte de ambos os cônjuges e a maioridade dos filhos, desde que não sujeitos a curatela”. Vale dizer: o bem de família voluntário só se extingue, em regra, com a morte de ambos os cônjuges (ou conviventes), e mesmo assim se não houver nenhum filho menor ou sujeito à curatela, porque, havendo, a afetação perdurará enquanto a prole necessitar da proteção. Havendo filhos sujeitos à curatela o Código não estabelece termo para extinção do bem de família, depreendendo-se que a preservação da afetação há de ser considerada da forma mais ampla possível, ou seja, enquanto o bem de família servir ao incapaz, quer como moradia, quer como fonte de renda. Assim, não há que se cogitar de extinção enquanto o bem servir ao incapaz<sup>17</sup>.

Tem-se ainda que o parágrafo único do art. 1.720 estabelece que “com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor”.

Cumprido lembrar que o Código Civil de 1916 dispunha que a isenção de impenhorabilidade, inerente ao bem de família voluntário, durava enquanto vivessem os cônjuges e até que os filhos completassem a maioridade (parágrafo único do art. 70 do Código Civil revogado). Comentando referida regra, J. M. Carvalho Santos pontificou que “subsiste a instituição ainda após a morte de um dos cônjuges, mesmo que não haja filhos do casal, em proveito do cônjuge sobrevivente. Ainda que o prédio pertencesse a outro cônjuge, por não haver comunhão de bens”<sup>18</sup>. Tal lição continua atual, e, portanto, inteiramente aplicável ao bem de família contemplado no art. 1.711 e seguintes do Código de 2002.

Desta forma, o destino do bem de família voluntário em caso de dissolução da entidade familiar derivada da morte pode ser assim anunciado: 1) Falecendo um dos cônjuges ou conviventes, a afetação continua a proteger o sobrevivente,

---

<sup>17</sup> Oportuno lembrar que a Lei n. 13.146/2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, restringiu as hipóteses de incapacidade civil, dando nova redação ao art. 3º do Código Civil de 2002 e revogando diversos dispositivos do mesmo Código que disciplinavam a questão. Tal, porém, não tem o condão de diminuir a proteção derivada do bem de família, daí porque forçoso concluir que não é a formalidade da curatela que deve se ter em conta para preservação da impenhorabilidade, mas sim a situação de fato em que se encontra a pessoa com deficiência.

<sup>18</sup> SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982. p. 194.

seja qual for o regime de bens (no caso das uniões matrimonializadas), e seja quem for o instituidor, ainda que o bem pertencesse exclusivamente ao falecido (art. 1.716); 2) Falecendo ambos os cônjuges ou conviventes o bem de família se extinguirá, desde que o casal não tenha deixado filho menor ou incapaz (arts. 1.716 e 1.722); 3. Tendo o casal deixado filho menor, a afetação só extinguirá quando este atingir a maioridade (art. 1.716); 4. Tendo o casal deixado filho incapaz, não há que se cogitar de extinção do bem de família, que perdurará enquanto o patrimônio servir ao incapaz.

Questão mais complexa diz respeito ao destino que deve ser dado ao bem de família voluntário quando a dissolução da entidade familiar derivar de divórcio, no caso de famílias decorrentes do casamento, e do rompimento (voluntário ou forçado) da vida em comum, em caso de união estável. Defende-se que, na medida em que o bem de família voluntário não perde tal característica em caso de morte de um dos consortes, não há razão alguma para que seja levantada a afetação quando a sociedade conjugal terminar por outro motivo, como o divórcio ou a simples dissolução de uma união estável. Nesse sentido, aliás, a melhor doutrina produzida sob a égide do Código Civil de 1916, que tem inteira aplicabilidade ao Código de 2002, merecendo prestígio.

A propósito desta questão, a lição de Miguel Maria de Serpa Lopes é no sentido de que “já se tem decidido que, em caso de desquite, o cônjuge desquitado, sendo inocente, tem o direito de residir no bem de família, administrá-lo, bem como usufruir toda renda”.<sup>19</sup> Assim tem que ser porque o divórcio e o rompimento da união estável não têm o condão de abreviar o fim da instituição do bem de família, em desprestígio da família monoparental gerada pela ruptura, senão ter-se-ia nesses eventos verdadeira porta aberta para contornar as regras que disciplinam este importante instrumento de proteção da família, fundado em regras de ordem pública

É certo que perdeu força a relevância da culpa na dissolução dos casamentos e das uniões estáveis, porque, no estágio em que se encontra o Direito de Família, a culpa não é mais um requisito para decretação do divórcio ou da dissolução da união estável, especialmente com o advento da Emenda Constitucional n. 66, que alterou o § 6º do art. 226 da Constituição Federal para instituir o divórcio direto no Brasil.

Com base em tal assertiva, que não é aqui questionada, porque reconhecida corretamente, a doutrina mais recente é no sentido de que estão tacitamente revogados todos os dispositivos do Código Civil de 2002 que, de alguma forma,

---

<sup>19</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Registro de Títulos e Documentos. Registro de Imóveis. v. 2, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960. p. 195.

vinculam a solução de conflitos derivados do rompimento da vida em comum à culpa. Flávio Tartuce aponta que entendem desse modo Rodrigo da Cunha Pereira, Maria Berenice Dias, Rolf Madaleno, Giselda Hironka, Plablo Stolza Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho, sem contar que “esse é o entendimento que prevalece entre os juristas que compõe o IBDFAM – Instituto Brasileiro de Direito de Família”<sup>20</sup>, de inquestionável autoridade.

Oportuno pontuar ainda que Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosendal apontam que a Emenda Constitucional n. 66/10 inaugurou salutar sistema unificado de dissolução do casamento, com superação do antigo sistema dual, de forma que referida emenda “extirpou do sistema jurídico brasileiro a separação, judicial ou em cartório, unificando as causas dissolutórias do matrimônio (que passaram a ser, tão somente, a morte e o divórcio)”<sup>21</sup>.

Não obstante o acerto de tais posições, adota-se aqui, como premissa, que a despeito de a culpa não ser mais requisito para decretação do divórcio ou da dissolução da união estável, subsiste a possibilidade de seu enfrentamento, em casos excepcionais, para a solução de outras questões inerentes ao rompimento da vida em comum, como o equacionamento da obrigação alimentar, o regramento da guarda dos filhos menores e o destino a ser dado ao bem de família, questões que não foram afetadas pela Emenda Constitucional n. 66, que apenas instituiu o divórcio direto.

Importante destacar que não se cogita aqui defender que é preciso imputar culpa ao demandado para obter a decretação do fim do casamento ou da união estável. De modo algum. O divórcio ou o rompimento da união estável derivam exclusivamente da vontade de não permanecer casado ou em união. Trata-se, portanto, de direito potestativo, exercido pela simples manifestação unilateral da vontade, do qual derivam as mais diversas consequências, dentre as quais a obrigatoriedade de submeter ao crivo judicial o destino a ser dado ao bem de família, o que incidentalmente poderá exigir o exame da culpa ou responsabilidade pelo rompimento, situação fática e jurídica completamente diversa.

Desta forma, quando a dissolução da entidade familiar derivar de divórcio ou do rompimento da vida em comum, em caso de união estável, o bem de família não se extinguirá, devendo ser preservado na posse do consorte que detiver a guarda dos filhos menores ou, na falta destes, na posse do cônjuge inocente, assim considerado incidentalmente o que não deu causa ao rompimento, se não houver consenso entre os separandos para que destino diverso seja dado ao patrimônio afetado.

<sup>20</sup> TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 5: Direito de família, 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 571.

<sup>21</sup> FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 6. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 423.



Não pode o juiz ignorar a família monoparental eventualmente derivada da ruptura, especialmente havendo filhos menores ou incapazes, em favor de quem o bem de família deve ser preservado, na linha do magistério de Álvaro Villaça Azevedo:

Realmente, com o divórcio desaparece uma das condições essenciais de duração do bem de família, que é a de cônjuge. Contudo, mesmo que, por essa razão, se extinga a sociedade conjugal, havendo filhos menores o bem de família existirá, até que estes completem sua maioridade. É preciso, portanto, que as duas condições (*conditiones iure*) se realizem, indene de dúvidas.<sup>22</sup>

Assim, havendo filhos, nada impede que o juiz examine qual o melhor destino a ser dado ao bem de família, podendo prestigiar o cônjuge que não deu causa à ruptura da vida em comum, se esta for a solução que mais se afinar com os ditames da Justiça.

Necessário ponderar ainda como resolver o problema do destino do bem de família quando o casal que se divorcia ou rompe a união estável não tem filhos, nem há prática de conduta que possa configurar “culpa” pelo rompimento, hipóteses em que os parâmetros de existência e necessidade de proteção da prole, e conduta que possa ser qualificada como antijurídica ou antissocial, não estão presentes. Em outros termos, pode ocorrer que um dos cônjuges esteja firmemente decidido a se divorciar, no simples exercício do direito potestativo assegurado pela Emenda Constitucional n. 66, que permite o divórcio direto no Brasil. Em tais casos não se pode “punir” com a perda da posse do bem de família quem teve a iniciativa do rompimento, apenas com base neste fato, porque ninguém pode ser prejudicado pelo exercício regular de um direito. Deverá então o juiz valer-se de outros parâmetros para decidir a questão, como as idades dos separandos, estado de saúde, condição financeira e patrimonial, eventuais renúncias recentes que tenham feito por conta da união, como eventual abandono de carreira, mudança para local distante, etc. Se, no entanto, ambos estiverem em igualdade de condições, e nenhum fator relevante justificar a preservação do bem de família, ele será extinto, promovendo-se a partilha na forma legal.

Mesmo critério de extinção do bem de família deverá ser aplicado se nenhum dos cônjuges ou companheiros, sem filhos, puder ser incidentalmente declarado “culpado” pela ruptura, e nenhum deles tiver meios de adquirir outro imóvel ou alugar um para sua moradia. A situação igualitária em que se encontram recomenda que recomecem suas vidas com o pouco que restar da partilha, evitando-se assim intervencionismo exagerado do Estado em tais casos.

---

<sup>22</sup> AZEVEDO, Álvaro Villaça. Op. cit., p. 126.

Por outro lado, se o casamento for declarado nulo, ou vier a ser anulado, o regime de bens não produzirá qualquer efeito, de forma que cada cônjuge retirará os bens que trouxe para a união. Somente os bens havidos na constância da união é que eventualmente terão que ser submetidos à partilha, em prestígio à regra da recompensa ao esforço comum. Nesta hipótese, ordinariamente se dá a extinção do bem de família, que perde sua razão de ser, porque os cônjuges voltam ao *status quo ante*. Sobre o tema destaca-se a categorizada opinião de Miguel Maria de Serpa Lopes, para quem “do casamento nulo resulta a situação de solteiro para ambos os cônjuges. Não há mais bem de família se a família está desfeita.”<sup>23</sup>

Não se pode perder de vista, no entanto, que, em se tratando de casamento putativo, isto é, embora nulo ou anulável foi contraído de boa-fé pelos cônjuges ou por um deles, ante o desconhecimento do impedimento invalidador do matrimônio, aplica-se o disposto no § 1º do art. 1.561 do Código Civil, que é no sentido de que “se um dos cônjuges estava de boa-fé ao celebrar o casamento, os seus efeitos civis só a ele e aos filhos aproveitarão”. Nesta perspectiva, se o casamento for declarado putativo, o bem de família voluntário permanecerá intocado em relação ao cônjuge inocente e, havendo filhos menores, a afetação subsistirá em qualquer hipótese em favor deles, até que atinjam a plena capacidade civil.

Em outro giro, verifica-se que a Lei n. 8.009/90 nada dispõe sobre o destino a ser dado ao bem de família legal em caso de dissolução da sociedade conjugal, mas defende-se aqui que não há nenhuma razão para que esta modalidade de bem deixe de receber mesmo tratamento dispensado ao bem de família voluntário. Desta forma, sustenta-se que o bem de família legal igualmente não se extingue com a dissolução da entidade familiar, devendo ser preservado. Assim deve ser porque se o objetivo foi proteger a família, e seus membros, nada justifica abandoná-la no pior momento de sua existência, ou seja, por ocasião da morte do proprietário do imóvel ou de seu cônjuge (ou companheiro), em caso de separação (de fato), ou ainda divórcio.

Realmente, não há nada a justificar que o bem de família legal mereça tratamento legislativo diverso daquele dispensado ao bem de família voluntário, quando o objetivo do legislador é um só: proteger a família e seus integrantes. Assim, na medida em que a Lei n. 8.009/90 não estabelece termo para levantamento da proteção que institui, impõe-se a aplicação, por analogia, dos já mencionados arts. 1.716, 1.720, parágrafo único, e 1.721, todos do Código Civil.

Além disso, não se pode perder de vista que, havendo filhos, a dissolução da sociedade conjugal (nas entidades matrimoniais) ou da convivência (nas uniões estáveis), não tem o condão de extinguir a família, que se preserva, ainda

---

<sup>23</sup> LOPES, Miguel Maria de Serpa. Op. cit., p. 195.

que como família monoparental, assim entendida a comunidade formulada por qualquer dos pais e seus descendentes (art. 226, § 4º, da Constituição Federal).

Tem-se assim que o bem de família, quer seja voluntário, quer seja legal, não se extingue em casos de dissolução da entidade familiar por morte, divórcio ou rompimento da vida em comum, devendo ser preservado em poder do cônjuge ou convivente a quem for deferida a guarda dos filhos, ou da forma que melhor atender os interesses da família, de acordo com o prudente arbítrio do juiz.

Embora sem cuidar diretamente do tema, nesta linha de raciocínio a 19ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo, na apelação cível n. 220.611-2/0, da Comarca de São Paulo, já impediu a alienação de bem comum em face da finalidade do imóvel objeto da demanda, qual seja, a residência de mulher separada e de sua filha. Da lapidar decisão merece destaque o seguinte trecho:

(...) a vontade das partes ao estipular a permanência da apelada no imóvel, juntamente com sua filha, foi exatamente a de conceder a ambas, em face de sua hipossuficiência econômica, tranquilidade para continuarem a viverem com dignidade após a separação daqueles. E não se entreveja em tal raciocínio fortuita discriminação do autor, bastando para tanto verificar-se seja ele homem com profissão definida, enquanto a recorrida doméstica, não se fazendo, assim, necessário, atilada inteligência para se concluir seja àquele mais fácil obter ganho para seu sustento do que a ré. Logo, em sendo ela alijada do imóvel em que reside, aumento sofrerá o elenco de despesas, pois passará a incluir o aluguel que ora se encontra dispensada de pagar. E mesmo que venha a adquirir outro imóvel com o produto da venda, em sendo ele metade do valor daquele que atualmente ocupa, há de se convir em que o nível de vida dela própria e de sua filha sofrerá diminuição, ferindo, assim, o espírito de equidade que animou o acordo anteriormente estabelecido entre as partes, máxime levando-se em conta que outros imóveis integram o patrimônio dos litigantes (Apelação Civil n. 220.611-210; 19ª Câmara Cível do TJ-SP, rel. des. Telles Correia – j. em 09/05/1994, v.u.).

Em síntese, as normas que preservam o bem de família voluntário (regulado pelo Código Civil) na ocorrência da ruptura da entidade familiar, aplicam-se também ao bem de família legal (disciplinado na Lei n. 8.009/90).

### **O DESTINO DO BEM DE FAMÍLIA (TANTO LEGAL COMO VOLUNTÁRIO) EM CASO DE CONSTITUIÇÃO DE NOVA ENTIDADE FAMILIAR**

Há, porém, uma situação, relativamente comum, que exige muita reflexão. Pode ocorrer que a pessoa a quem for destinado o bem de família resolva constituir nova entidade familiar. O espírito latino do povo brasileiro não tolera que um homem espose ou se una à ex-mulher do outro e se aproveite da casa que o

ex-marido ou convivente construiu ou ajudou a construir. Por conta disso, sustenta-se que é válida, por exemplo, a cláusula que estabelece que o imóvel permanecerá em comum, e será destinado à moradia do consorte que ficar com a guarda dos filhos, enquanto não contrair novas núpcias ou estabelecer união estável. Tal cláusula de restrição ao destino do imóvel não tolhe a individualidade, nem agride direitos inerentes à personalidade daquele que a ela se sujeita, que preserva a escolha de unir-se a outra pessoa, em qualquer outro lugar.

Assim, resolvendo o possuidor direto do bem de família constituir nova entidade familiar, mediante casamento ou união estável, evidente que haverá total alteração da situação fática que justificou a anterior destinação daquele bem como asilo fundamental de uma família, o que legitima o outro consorte a postular a extinção do condomínio, ou pleitear recebimento do valor locativo correspondente à sua meação posto que não está obrigado a amparar pessoa estranha naquele bem.

Outro aspecto a ser considerado é que, se houver inversão da guarda dos filhos, o novo guardião, se necessário, passará a ter direito a habitar, com a prole, o bem de família comum, com afastamento do outro. Realmente, se o objetivo é proteger a família (e não os cônjuges individualmente), a solução que melhor atender aos interesses do agrupamento familiar, e individualmente de seus membros, é a que deve ser adotada.

Aliás, Marlene S. Guimarães, em artigo tratando do tema, dá conta de que:

Na legislação uruguaia, encontra-se um excelente comando de proteção à entidade familiar, que merece ser copiado pelo legislador brasileiro: em caso de divórcio ou separação de fato, o bem de família ficará sob a ocupação e administração do cônjuge que conservar a guarda dos filhos até sua maioridade (art. 13 do Dec.-lei n. 15.597/84, do Uruguai). De forma inspirada, aquela legislação amplia a proteção aos incapazes, autorizando o pai, a mãe ou o curador a solicitar a instituição do direito real em benefício daqueles, sobre os bens do outro cônjuge. Havendo negativa, a vontade também será suprida pelo juiz (art. 23 da Lei n. 16.095/89).<sup>24</sup>

Convém refutar o argumento no sentido de que a solução aqui defendida haverá de alimentar litígios, pois com o objetivo de ter a posse da morada comum, casais poderão estabelecer intermináveis conflitos, principalmente na busca da guarda de filhos comuns. Sob um prisma mais otimista, defende-se que o fato

---

<sup>24</sup> GUIMARÃES, Marilene S. Bem de família segundo a legislação civil e processual brasileira (com análise da legislação uruguaia). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 20, n. 77, jan.-mar. 1995, p. 217-223.

de o imóvel residencial que abriga a família não se sujeitar à partilha, já afasta divergências comuns acerca do destino dessa modalidade de bem no curso de divórcios, especialmente quando este constitui o único bem do casal, restringindo o âmbito patrimonial do litígio. E mais: sabendo a pessoa que se perder a guarda dos filhos poderá também, eventualmente, perder a posse do imóvel que abriga a família, haverá maior empenho em relação à prole, em nítido benefício do grupo familiar.

Outro aspecto a ser ponderado é que o entendimento aqui esposado não destoa, em termos práticos, da solução aventada pelo legislador quanto ao direito real de habitação, ao estabelecer que em caso de dissolução do casamento por morte “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar” (art. 1.831 do Código Civil).

Cabível lembrar interessante caso de separação judicial em que a mulher preferiu que a pensão a que tinha direito fosse substituída pelo usufruto da meação do marido no imóvel do casal, o que, para aquele litígio, era mesmo a melhor solução que se revelava, porque o ex-marido, inválido, recebia pequena aposentadoria, seguramente insuficiente para o sustento dele e da ex-mulher, e já estava amparado em casa de uma nova companheira. Como o propósito do marido era o de alienar o imóvel, manejou apelo insistindo na partilha do bem, mas a 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso em acórdão relatado pelo desembargador José Malerbi para quem a sentença recorrida:

comodou adequadamente a situação dos litigantes nas dificuldades em que vivem, ao fixar os alimentos, considerada a diminuta aposentadoria, bem assim a nova residência do apelante, como a dificuldade de moradia em relação à apelada. A decisão é, portanto, inteiramente confirmada por seus próprios e jurídicos fundamentos (Apelação Cível n. 170.308-1/6, da Comarca de Presidente Venceslau, j. 22/09/1992, v.u.).

Esta decisão assegurou, em termos concretos, embora por outra via, a preservação do bem de família em favor do cônjuge inocente, impedindo a partilha do bem imóvel que se destinava à residência do casal.

## CONCLUSÃO

No Brasil, considera-se automaticamente bem de família o imóvel destinado à moradia da entidade familiar (seja urbano ou rural) e a mobília que o garante, com exceção do veículo de transporte, das obras de arte e adornos suntuosos (bem de família legal; disciplinado na Lei n. 8.009/90). Além de refe-

rida proteção legal, que, como se pontuou, é automática, tais bens igualmente podem, por meio de escritura pública, serem instituídos como bem de família voluntário, hipótese em que o instituidor também poderá colocar à salvo da penhora valores mobiliários não excedentes ao valor do prédio instituído como bem de família, ao tempo da instituição (bem de família voluntário; hoje regulado nos arts. 1.711 a 1.722 do Código Civil de 2002).

Embora o principal efeito de mencionadas normas seja a impenhorabilidade dos bens a que se refere, de forma que grande parte dos conflitos de interesses ficam circunscritos às pessoas do credor e do devedor, não se pode perder de vista que tal proteção remonta ao princípio da dignidade da pessoa humana, porque, a despeito da reconhecida importância dos valores morais que compõem os direitos da personalidade (vida, liberdade, honra etc.), é indispensável acrescentar uma proteção material mínima para que uma pessoa, ou família, viva com dignidade.

Em boa hora, firmou-se o entendimento no sentido de que a proteção derivada das normas que regem o bem de família se aplicam a qualquer modalidade de entidade familiar, seja qual for sua natureza, origem e formato, inclusive as derivadas exclusivamente do afeto e entre pessoas do mesmo sexo, ou ainda às comunidades formadas por irmãos.

Também se ampliou o conceito de bem de família, a partir de uma interpretação mais flexível da norma legal, admitindo, inclusive, que o bem afetado seja dado em locação, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da família, o que foi pacificado na Súmula n. 486 do Superior Tribunal de Justiça.

No âmbito das relações familiares, o bem de família “durará enquanto viver um dos cônjuges, ou, na falta deste, até que os filhos completem a maioridade” (art. 1.716 do Código Civil), e, “com o falecimento de ambos os cônjuges, a administração passará ao filho mais velho, se for maior, e, do contrário, a seu tutor” (parágrafo único do art. 1.720 do Código Civil). Tem-se ainda que “a dissolução da sociedade conjugal não extingue o bem de família” (art. 1.721 *caput*, do Código Civil), o que permite concluir que o bem de família não está sujeito a partilha em casos de dissolução da sociedade conjugal por morte, divórcio ou rompimento da vida em comum.

Em face dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, ao bem de família legal (regulado pela Lei n. 8.009/90) tem que ser dado o mesmo tratamento dispensado ao bem de família voluntário (disciplinado pelo Código Civil). Desta forma, conclui-se que o bem de família legal igualmente não se extingue com a dissolução da entidade familiar, devendo ser preservado, da forma que melhor atender aos interesses da família, de acordo com o prudente arbítrio do juiz.

## REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, Álvaro Villaça de. *Bem de família*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- BENACCHIO, M.; CASSETTARI, D. Regularização fundiária urbana como efetivação do direito humano à moradia adequada. In: LEVY, Wilson; NALINI, José Renato (Org.). *Regularização fundiária urbana*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990. Dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8009.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8009.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2002/L10406.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm). Acesso em: 20 nov. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.277/DF. Ministro Relator: Carlos Ayres Britto. Data de julgamento: 05/05/2011. Data de publicação: 16/05/2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp.incidente=11872>. Acesso em: 07 nov. 2018.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 109.351 RS 1996/0061635-3. Min. Rel. Humberto Gomes de Barros. Data de Julgamento: 01/07/1997. Data de Publicação: 25/05/1998. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia>. Acesso em: 07 nov. 2018.
- CARDIN, Valéria Silva Galdino; FROSI, Vitor Eduardo. *O afeto como valor jurídico*. Trabalho publicado nos Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI realizado em Fortaleza – CE nos dias 9 a 12/7/2010.
- FACHIN, Luiz Edson. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- FACHIN, Zulmar. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de direito civil*. v. 6. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013.
- GUIMARÃES, Marilene S. Bem de Família segundo a legislação civil e processual brasileira (com análise da legislação uruguaia). *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, a. 20, n. 77, jan./mar./1995.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. *Tratado dos registros públicos*. Registro Civil das Pessoas Jurídicas. Registro de Títulos e Documentos. Registro de Imóveis. v. 2, 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960.
- MADALENO, Rolf. *Curso de direito de família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.
- OLIVEIRA, José Sebastião de. A evolução do conceito de família no direito brasileiro. *Revista de Eventos do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá*. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, a. III, n. 2, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. A Família contemporânea no âmbito de uma visão sistêmica aberta e o papel das cláusulas gerais como instrumento de permeabilidade e adaptabilidade do sistema jurídico. *Revista de Ciência Jurídicas* do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Estadual de Maringá-PR. Maringá: Universidade Estadual de Maringá, a. III, n. 2, 1999.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fraude à execução*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

OLIVEIRA, José Sebastião de. *Fundamentos constitucionais do direito de família*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

SANTOS, J.M. Carvalho. *Código Civil brasileiro interpretado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1982.

SANTOS, Marcione Pereira dos Santos. *Bem de família: voluntário e legal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

TARTUCE, Flávio. *Direito civil*. v. 5: Direito de família. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VIEIRA, Tereza Rodrigues. Biodireito, Animal de Estimação e Equilíbrio Familiar: Apontamentos Iniciais. In: *Revista de Biodireito e Direito dos Animais*. Disponível em: <http://indexlaw.org/index.php/revistarbda/article/view/280>. Acesso em: 03 jun. 2018.

ZENNI, Alessandro Severino Vallér e SILVA, Elizabet Leal da. Algumas considerações sobre o princípio da dignidade da pessoa humana. *Revista Jurídica Cesumar* – Mestrado, ISSN 1677-6402 – v. 9, n. 1, jan.-jun. 2009.

Data de recebimento: 02/02/2018

Data de aprovação: 03/04/2019



# O ENFRENTAMENTO DE GERAÇÃO E DESTINAÇÃO INADEQUADA DOS RESÍDUOS SÓLIDOS SOB O VIÉS AMBIENTAL E O CONSUMO CONSCIENTE

## THE COUNTERPART OF GENERATION AND INADEQUATE DESTINATION OF SOLID WASTE UNDER THE ENVIRONMENTAL VINE AND CONSCIOUS CONSUMPTION

*Antônio Carlos Efiging\**

*Jéssica Fernanda Maciel da Silva\*\**

### RESUMO

---

A crise socioambiental que ocorre na atualidade é resultado de uma sociedade antropocêntrica que visa a produção e o consumo desenfreado, deixando para segundo plano o cuidado com o meio ambiente. O tema apresentado decorre de um dos problemas desta crise, qual seja a geração desordenada e a disposição inadequada dos resíduos sólidos, apresentando dados da realidade brasileira. Na busca de reverter essa situação, analisa-se a necessidade da busca do desenvolvimento sustentável, incluindo a educação e informação para o consumo consciente.

**Palavras-chave:** Resíduos sólidos; Proteção do meio ambiente; Consumo consciente; Desenvolvimento sustentável.

### ABSTRACT

---

The current socio-environmental crisis is the result of an anthropocentric society that aims at uncontrolled production and consumption, leaving care to the environment to a secondary level. The theme presented stems from one of the problems of this crisis, namely the disordered generation

---

\* Doutor em Direito das Relações Sociais pela PUC-SP; Professor titular da Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUC-PR, onde leciona na graduação, especializações, mestrado e doutorado; Professor da Escola da Magistratura do Paraná; membro do Instituto dos Advogados do Paraná; Advogado militante em Curitiba/PR; Presidente da Comissão de Direito do Consumidor da OABPR.

\*\* Mestranda em Direito pela PUC-PR. Especialista em Direito Ambiental e Bacharel em Direito pela mesma Instituição.

and the inadequate disposal of solid waste, presenting data from the Brazilian reality. In the search to reverse this situation, the need to seek sustainable development, including education and information for conscious consumption, is analyzed.

**Keywords:** Solid waste; Protection of the environment; Conscious consumption; Sustainable development.

## INTRODUÇÃO

O processo de produção em massa foi difundido diante do surgimento da globalização e se baseia no grande consumo de produtos. A partir de imposições dadas por estratégias do mercado capitalista aos indivíduos da sociedade, surge o consumismo que se define como o consumo desenfreado, isto é, quando o sujeito consome além do que necessita. Com isso, a vontade de consumir é constante e os produtos são substituídos rapidamente por outros mais modernos e, ocasionando também no rápido descarte destes materiais, superlotando os aterros sanitários e ocasionando impactos no meio ambiente quando destinados inadequadamente diretamente com o solo.

Dada a constatação da crise ambiental tanto pelo desequilíbrio ambiental, a sociedade passou a buscar o cuidado com o meio ambiente e o chamado “desenvolvimento sustentável”. A partir desta realidade, apresenta-se a necessidade de reformulação deste sistema de produção e consumo, na formação de cidadãos mais críticos que consumam de forma consciente, de forma a refletir na produção de produtos de forma ambientalmente correta.

## CAPITALISMO E PRODUÇÃO EM MASSA

O fim do feudalismo e o predomínio do capitalismo se deu com a Revolução Industrial, no século XVIII. Neste contexto, o capital mercantil preponderou sobre a produção, sendo substituídas as ferramentas e a energia humana por máquinas, resultando em uma notável evolução tecnológica.<sup>1</sup>

Após, o fim da Segunda Guerra Mundial foi um momento em que as grandes potências buscaram se reerguer, sendo que se associou crescimento com o aumento de produção industrial. Assim, a preocupação era com a redução do comércio internacional que se mantinha no período entre guerras e, por isso, foi fomentado o aumento da produção em larga escala, o qual foi possível graças as tecnologias recentes.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> EFING, Antonio C.; KALIL, Ana Paula M. C. Política nacional de resíduos sólidos: por uma nova racionalidade no consumo. *Revista Direito Ambiental e sociedade*, Caxias do Sul, v. 3, n. 2, 2013, p. 31-52.

<sup>2</sup> KUWAHARA, Mônica Y. Resíduos sólidos, desenvolvimento econômico e qualidade de vida. In: SAIANI, Carlos C. S.; DOURADO, Juscelino; TONETO JUNIOR, Rudinei (Org.). *Resíduos*

Mas, com o surgimento e intensificação da globalização, nas décadas de 70 e 80, foi possível ir além: formar uma teia de relações de produção em diversas partes do mundo, garantindo uma maior produtividade com redução de custos.<sup>3</sup>

Para Anthony Giddens<sup>4</sup>, globalização se define como “a intensificação das relações sociais em escala mundial, que ligam localidades distantes de tal maneira que acontecimentos locais são modelados por eventos ocorrendo a muitas milhas de distância e vice-versa”. Assim, trata-se de um processo econômico, que possui interligações políticas, sociais e culturais.

Ocorre que esta produção veio a se acentuar cada vez mais, buscando a circulação de produtos para o crescimento do capital com a obtenção de lucro. Assim, a fim de satisfazer as necessidades humanas com a produção, ocorre a exploração industrial da natureza.<sup>5</sup>

O modo de produção revela a forma na qual a sociedade desenvolve as atividades econômicas e o contexto social em que esta está inserida, além das suas influências.<sup>6</sup> A partir deste raciocínio, pode-se contextualizar a nova concepção ambiental que o ser humano passou a ter a partir do final do século XX, momento que teve uma intensa produção científica, resultando na invenção de tecnologias inovadoras e em uma nova percepção de mundo, da terra e do homem. Com a ciência, passou-se a deixar de lado a ideia de que o mundo foi criado pelo sobrenatural e homem se idealizou como “senhor do mundo”<sup>7</sup>, aquele que tudo pode descobrir e desenvolver, em virtude da sua racionalização e inteligência.

O processo produtivo nos moldes atuais caracteriza-se pelo desajuste entre as formas e ritmos de extração, exploração e transformação dos recursos naturais e as condições ecológicas para sua conservação e regeneração,<sup>8</sup> fruto da necessidade de crescimento econômico cumulado com a ideia primitiva de que os recursos naturais seriam infinitos.

A produção em massa desencadeou em um grande número de produtos dispostos no mercado e, com estratégias para o aumento das vendas, no desejo

---

*sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de Resíduos Sólidos).* Baueri: Minha Editora, 2014, p. 60.

<sup>3</sup> SACCHELLI, Roseana C. Crise do capitalismo e os meios de produção na economia globalizada. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.) *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2012, p. 167.

<sup>4</sup> GIDDENS, Athony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora da Unesp, 1991, p. 60-64.

<sup>5</sup> GIDDENS, Athony, op. cit., p. 16.

<sup>6</sup> SACCHELLI, Roseana C., op. cit., p. 162.

<sup>7</sup> KALIL, Ana Paula M. C. *Política nacional dos resíduos sólidos: o direito dos novos tempos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37.

<sup>8</sup> LEFF, Henrique. *Ecologia, capital e cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Tradução de Jorge E. Silva. Rio de Janeiro: Vozes, 2009, p. 151-152.

dos indivíduos consumirem de forma supérflua, ou seja, além do necessário para a sobrevivências. Passa-se a analisar este novo tipo de sociedade que surgiu a partir do capitalismo.

## SOCIEDADE DE CONSUMO

O consumo é um ato individual e é, em princípio, necessário pelo fato de satisfazer as necessidades básicas do ser humano.<sup>9</sup> Quando ocorre uma distorção das necessidades e passa-se a consumir desregradamente, ocorre o que se denomina como consumismo.<sup>10</sup>

As sociedades sempre tiveram a necessidade de consumir, sendo que, a princípio, o consumo estava atrelado à própria sobrevivência do ser humano. Mas, com o advento da Revolução Francesa e Revolução Industrial até chegar à era globalizada, o consumo tornou-se uma prática exagerada e não consciente.<sup>11</sup>

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, algumas das tecnologias utilizadas pelos militares passaram a ser acessíveis para a população, como a penicilina, o radar e as viagens aéreas internacionais, o que proporcionou um aumento significativo na qualidade de vida das populações, representando a redução da taxa de mortalidade infantil e o aumento da expectativa de vida. Este cenário favoreceu a expansão econômica e a constituição de novas famílias e geração de filhos e, consequentemente, o surgimento da produção desordenada e o consumo em massa.<sup>12</sup>

O desejo de consumir se intensificou no final do século XX, período em que se estabeleceu a produção em massa e o marketing de massa e, dessa forma, os consumidores perderam a relação direta com os pequenos produtores e varejistas e começaram a desejar cada vez mais consumir dos grandes fabricantes.<sup>13</sup>

Este sistema de consumo é baseado na expansão de um conjunto de valores hedonistas que estimula o indivíduo a buscar satisfação e felicidade por meio da aquisição e exibição pública de uma grande quantidade de bens e

---

<sup>9</sup> DOURADO, Juscelino; BELIZÁRIO, Fernanda; SORRENTINO, Marcos. Educação ambiental para o consumo e a geração de resíduos. In: Rudinei Toneto Junior. et al. (Org.) *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p. 231.

<sup>10</sup> PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. del R. *Relações de consumo e consumismo*. Caxias do Sul: Educus, 2010, p. 8.

<sup>11</sup> SANTOS, Melissa G. dos. Consumo e tecnologia: “Caiu na rede é peixe”. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.) *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica Editora, 2012, p. 297.

<sup>12</sup> MELLO, Leonardo F. de; HOGAN, Daniel J. População, consumo e meio ambiente. In: HOGAN, Daniel J. (org.) *Dinâmica populacional e mudança ambiental: cenários para o desenvolvimento brasileiro*. Campinas: Núcleo de Estudos de População – NEPO/Unicamp, 2007, p. 59-60.

<sup>13</sup> KALIL, Ana Paula M. C. *Política nacional dos resíduos sólidos: o direito dos novos tempos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37-41.

serviços<sup>14</sup>. Com isso, a produção passa a engendrar o consumo, determinando o modo de consumir e gerando uma necessidade de consumo na população.<sup>15</sup>

Em regra, as pessoas consomem para apenas usar de imediato os produtos, passando a descartá-los rapidamente a fim de substituí-los pelas novidades que diariamente aparecem no mercado.<sup>16</sup> Assim, com o curto período do ciclo de vida dos produtos, há um maior descarte de resíduos sólidos. Zygmunt Bauman<sup>17</sup> explica como isso ocorre:

Difícilmente poderia ser de outro jeito, já que o consumismo, em aguda oposição às formas de vida precedentes, associa a felicidade não tanto à satisfação de necessidades (...), mas a um volume e uma intensidade de desejos sempre crescentes, o que por sua vez implica o uso imediato e a rápida substituição dos objetos destinados a satisfazê-la. (...)

Novas necessidades exigem novas mercadorias, que por sua vez exigem novas necessidades e desejos; o advento do consumismo augura uma era de “obsolescência embutida” dos bens oferecidos no mercado e assinala um aumento espetacular na indústria da remoção do lixo.

A sociedade possui um desejo insaciável de consumir, mantida pela promessa de satisfação imposta pelo mercado. Este anseio é renovado sucessivamente, conforme são criados produtos mais modernos.

Portanto, o ato de consumo não “consome” os bens nele envolvidos<sup>18</sup>, pois seu ciclo de vida se resume a: produção, colocação no mercado, compra e utilização pelo cliente e descarte na natureza. Assim, o que um dia foi matéria prima retirada da natureza, se tornou produto e logo virou resíduo, mas continua a existir. A partir deste contexto, ressalta-se a importância de se manter o equilíbrio ambiental, principalmente em relação ao efeito nocivo de um resíduo indevidamente gerado ou disposto.<sup>19</sup>

<sup>14</sup> SERRAGLIO, Diogo A.; EFING, Antonio C. *O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica Laudato Si' sobre o cuidado da casa comum*. Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, jan.-jun. 2016, p. 228.

<sup>15</sup> PETRY, Diogo. FORTES, Vinicius B. O poder das marcas como ferramenta de conscientização social e ambiental. In: PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. del R. (Org.) *Relações de consumo e consumismo*. Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 61.

<sup>16</sup> BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 51-52.

<sup>17</sup> BAUMAN, Zygmunt, op. cit., p. 44-45.

<sup>18</sup> RIBEIRO, Elenice B. N. Do consumo ao descarte: responsabilidade do consumidor com a sustentabilidade e a Lei das Sacolinhas Plásticas. In: CAMPELLO, Livia G. B.; PADILHA, Norma S.; MELEU, Marclino. (coords.) *Direito ambiental e socioambientalismo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 323. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/8g6821fe/0TF2pFVuQAO3Ce92.pdf>. Acesso em: 31 mar. 2016.

<sup>19</sup> Lixo, mercado, meio ambiente e saneamento. *Revista SANEAS*. Ed. 43. Outubro/novembro/dezembro/janeiro. São Paulo: Associação dos engenheiros do SABESP, 2012, p. 6. Disponível em: <http://www.aesabesp.org.br/arquivos/saneas/saneas43.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

Ainda, ressalta-se a problemática frente à grande utilização de embalagens nos produtos:

uma das maiores preocupações com a geração de resíduos sólidos na sociedade de consumo diz respeito às embalagens. A necessidade de bem acondicionar os produtos, seja para o transporte e armazenamento, seja para a manutenção das suas qualidades e segurança, tem gerado (em muitos casos desnecessariamente) o acúmulo de resíduos sólidos nos aterros, quando não depositados em locais impróprios causando, além de doenças, enchentes e degradação ambiental.<sup>20</sup>

Mas foi nesse cenário que se gerou uma grande quantidade de resíduos pelo mundo. O próximo tópico analisará o cenário atual em relação a disposição final destes e os consequentes problemas ambientais.

## DESTINAÇÃO INADEQUADA DE RESÍDUOS SÓLIDOS

Para o deslinde deste tópico, primeiramente se faz necessário analisar o conceito de “resíduo sólido.” Conforme o estabelecido na Norma Brasileira Regulamentar (NBR) n. 10.004 de 2004 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), “resíduos sólidos” são aqueles “(...) nos estados sólido semi sólido, que resultam de atividades de origem industrial, doméstica, hospitalar, comercial, agrícola, de serviços e de varrição”<sup>21</sup>.

Já a Política Nacional dos Resíduos Sólidos – PNRS,<sup>22</sup> em seu inciso XVI, artigo 3º, define resíduo sólido como:

material, substância, objeto ou bem descartado resultante de atividades humanas em sociedade, a cuja destinação final se procede, se propõe proceder ou se está obrigado a proceder, nos estados sólido ou semissólido, bem como gases contidos em recipientes e líquidos cujas particularidades tornem inviável o seu lançamento na rede pública de esgotos ou em corpos d’água, ou exijam para isso soluções técnica ou economicamente inviáveis em face da melhor tecnologia disponível.

Se observa que as duas normas são complementares e deixam para trás aquela ideia de que resíduo é “lixo”, isto é, material que deve ser descartado por não possuir outros meios de utilização.

---

<sup>20</sup> EFING, Antonio C. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 135.

<sup>21</sup> Associação Brasileira de Normas Técnicas. *Norma Brasileira NBR 10.004:2004*. Disponível em: <http://www.abete.org.br/biblioteca/publicacoes/publicacoes-abete/classificacao-de-residuos>. Acesso em: 04 jun 2018.

<sup>22</sup> BRASIL. *Política Nacional dos Resíduos Sólidos*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em 04 jun 2018.

Importante mencionar que a PNRS distingue “resíduos” de “rejeitos”, ao conceituar o último, em seu inciso XV, artigo 3º, como “resíduos sólidos que, depois de esgotadas todas as possibilidades de tratamento e recuperação por processos tecnológicos disponíveis e economicamente viáveis, não apresentem outra possibilidade que não a disposição final ambientalmente adequada.”

Assim, rejeitos são resíduos sólidos que não podem mais ser reaproveitados, tendo como única alternativa a disposição final ambientalmente adequada, isto é, “a distribuição ordenada de rejeitos em aterros, observando normas operacionais específicas de modo a evitar danos ou riscos à saúde pública e à segurança e a minimizar os impactos ambientais adversos.”<sup>23</sup> Salienta-se que a disposição final se difere da destinação final, pela primeira possibilitar apenas a distribuição ordenada de rejeitos nos aterros e a segunda buscar o reaproveitamento do resíduo (como a reutilização, a reciclagem, a compostagem, a recuperação e o aproveitamento energético).<sup>24</sup>

Portanto, os resíduos sólidos podem ser reutilizados e reaproveitados. Ressalta-se que esta visão é recente e resulta do declínio da ideia de que os recursos naturais são ilimitados e de que a natureza está a serviço da ação humana e da acumulação econômica.<sup>25</sup> E com a nova concepção de que nem todo resíduo deve ser descartado, se intensifica a preocupação com a destinação adequada destes.

Antes da PNRS, o Brasil não vinha tratando com responsabilidade a destinação dos resíduos sólidos, não havendo até então uma política para a gestão dos resíduos e a responsabilidade pós-consumo. Com o novo marco regulatório, se espera a destinação ambientalmente adequada dos resíduos e a efetivação da responsabilidade compartilhada dos produtos.<sup>26</sup>

No Brasil, ainda, grande parte dos resíduos sólidos são destinados para lixões, aterros controlados ou aterros sanitários. Conforme explica Santaella<sup>27</sup>, o primeiro consiste na simples descarga de resíduos sobre o solo, sem preparação alguma do local e sem planejamento para escoar o chorume<sup>28</sup> que penetra no solo, transportando poluentes para o lençol freático<sup>29</sup>, constituindo-se em uma forma

---

<sup>23</sup> Artigo 3º, inciso VIII, da PNRS.

<sup>24</sup> Artigo 3º, inciso VII, da PNRS.

<sup>25</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 21.

<sup>26</sup> PILOTTO, Melissa A.; GUASQUE, Bárbara. Aproveitamento dos resíduos sólidos: bem econômico e valor social. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.). *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica Editora, 2012, p. 209-210.

<sup>27</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 25-28.

<sup>28</sup> Produto líquido da decomposição da matéria orgânica.

<sup>29</sup> Corrente de água subterrânea que escoar sobre uma superfície impermeável.

inadequada de disposição final de resíduos. Já no aterro controlado, os resíduos são dispostos no solo (sem impermeabilização prévia) em depressões ou escavações e são recobertos com camadas de solo.<sup>30</sup>

Por fim, assevera que o aterro sanitário possui simplicidade operacional e relativo baixo custo, sendo que o solo é impermeabilizado com uma camada de argila ou coberto com mantas poliméricas (sintéticas), o chorume é conduzido para uma estação de tratamento e os gases são coletados em extravasores e queimados ou utilizados como combustível.<sup>31</sup>

Outro método existente é a incineração, que consiste na queima dos resíduos, transformando-os em cinzas. Porém, esta possui um alto índice de poluição atmosférica, colaborando com o efeito estufa e, por esta razão, é utilizado apenas para a destruição de lixo hospitalar, que pode conter agentes causadores de doenças potencialmente fatais.<sup>32</sup>

Portanto, o lixão é uma alternativa que não possui controle sanitário e polui o meio ambiente<sup>33</sup>. Por outro lado, o aterro sanitário é a melhor alternativa, pois contém medidas de proteção ao meio ambiente e à saúde pública.<sup>34</sup>

A construção de lixões passou a ser proibida com a Política Nacional do Meio Ambiente – PNMA, instituída pela Lei n. 6938 de 1981. Mais recentemente, a PNRS, em seu artigo 54, estabeleceu o prazo de quatro anos para que os Municípios destinassem corretamente os seus resíduos, ou seja, cessando a utilização de lixões e aterros controlados e viabilizando ações de aproveitamento e recuperação dos resíduos e encaminhamento da parcela de rejeitos a aterros sanitários.

O prazo expirou em 02 de agosto de 2014, sendo que mais da metade dos municípios não cumpriram com o disposto<sup>35</sup>. Diante desse cenário, foi aprovado o Projeto de Lei do Senado – PLS n. 425 de 2014<sup>36</sup>, prorrogando o prazo conforme o porte de cada município: até 31 de julho de 2018, para capitais de

---

<sup>30</sup> Dispositivos que colhem os gases gerados (especialmente metano e sulfídrico) na massa de resíduos sólidos e os lança na atmosfera ou conduz para a queima ou reaproveitamento.

<sup>31</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al., op. cit., p. 25-28.

<sup>32</sup> *Lixo, mercado, meio ambiente e saneamento*. In: Revista SANEAS. Ed. 43. Outubro/novembro/dezembro/janeiro São Paulo: Associação dos engenheiros do SABESP, 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.aesabesp.org.br/arquivos/saneas/saneas43.pdf>. Acesso em: 04 jun 2018.

<sup>33</sup> *Lixo, mercado, meio ambiente e saneamento*, op. cit., p. 7.

<sup>34</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 21.

<sup>35</sup> REDE SUSTENTABILIDADE 18. *Às vésperas do início do Plano Nacional de Resíduo Sólidos, metade dos municípios ainda tem lixões*. 2014. Disponível em: <https://redesustentabilidade.org.br/2014/08/01/as-vesperas-do-inicio-do-plano-nacional-de-residuo-solidos-metade-dos-municipios-ainda-tem-lixoes/>. Acesso em 15 jun. 2018.

<sup>36</sup> SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 425, de 2014*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119536>. Acesso em 05 abr. 2016.



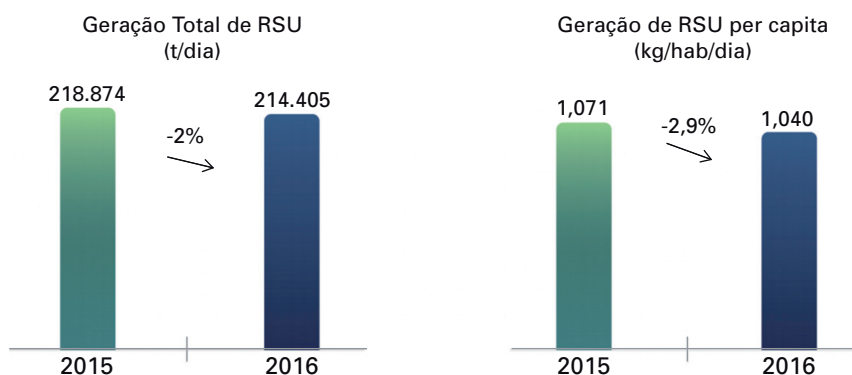
Estados e Municípios integrantes da região metropolitana ou região integrada de desenvolvimento; até 31 de julho de 2019, para Municípios com população superior a cem mil habitantes, no censo de 2010, bem como para municípios cuja mancha urbana da sede municipal esteja situada a menos de vinte quilômetros da fronteira com outros países limítrofes; até 31 de julho de 2020 para Municípios com população entre 50 e 100 mil habitantes no Censo de 2010; e até 31 de julho de 2021 para Municípios com população inferior a 50 mil habitantes no Censo de 2010.

Portanto, o Brasil está passando por uma fase de transição com o objetivo de erradicar as disposições inadequadas de resíduos sólidos. A seguir serão elencados alguns dados estatísticos a respeito do atual cenário de destinação dos resíduos no Brasil, bem como a problemática ambiental que estes ocasionam.

### Importantes dados estatísticos

De acordo com estimativas da Associação Brasileira de Empresas de Limpeza Pública e Resíduos Especiais – ABRELPE<sup>37</sup>, a geração de resíduos sólidos urbanos – RSU<sup>38</sup> no Brasil, em 2016, foi de aproximadamente 214.405 toneladas por dia (o que significa 1,040 quilos *per capita*), representando uma pequena queda de 2% se comparado com os dados do ano de 2015. Os dados estão dispostos na Figura 1:

**Figura 1** – Geração de resíduos sólidos urbanos no Brasil



Fonte: Pesquisa ABRELPE, 2016.

<sup>37</sup> ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil: 2016*. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 31 jun. 2018.

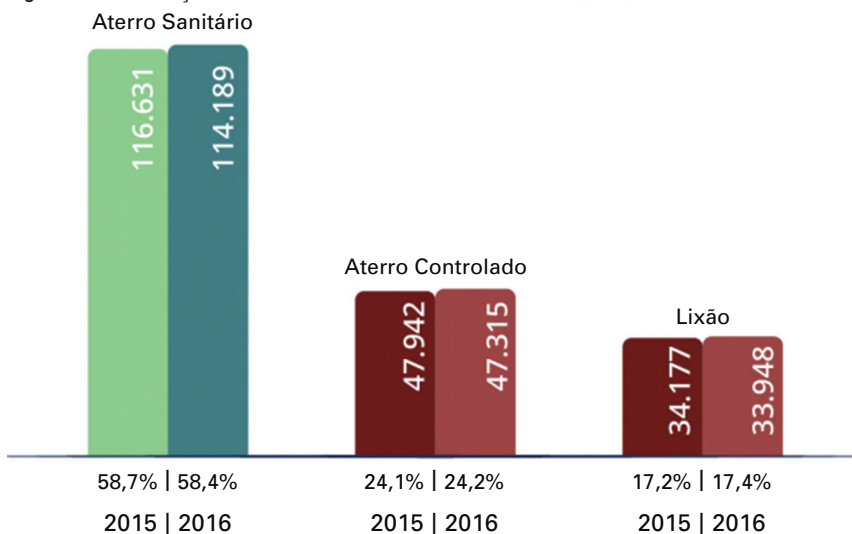
<sup>38</sup> Os RSU, nos termos da PNRS, englobam os resíduos domiciliares, ou seja, os que tem origem doméstica em residências urbanas e os resíduos de limpeza urbana, como os provenientes de varrição, limpeza de logradouros e vias públicas.

Quanto ao índice de RSU coletado por dia, a relação é de 195.452 toneladas no Brasil todo e de 0,948 quilos *per capita*, sendo que este caiu em 2,5% se comparado ao ano interior. O que significa que, por mais que tenhamos produzido um pouco menos de resíduos, infelizmente coletamos menos também.

Em relação à participação dos municípios na coleta seletiva<sup>39</sup>, em 2016 cerca de 69,6% realizaram alguma iniciativa nesse sentido, embora nem sempre estas abranjam a totalidade do município.

Abaixo, a Figura 2 indica que, em 2016, 58,4% dos RSU tiveram foram destinados para os aterros sanitários, que é considerado a destinação adequada quando não se pode reutilizá-los ou reciclá-los.<sup>40</sup> Vejamos:

**Figura 2** – Destinação final de resíduos sólidos urbanos (t/dia)



Fonte: Pesquisa ABRELPE, 2016.

Ainda, os dados demonstram o percentual de resíduos destinados inadequadamente, sendo 17,4% para lixões e 24,2% para aterros controlados. Observa-se também que não houve uma mudança significativa entre os anos de 2015 e 2016, isto é, em meio a um período que deveria haver progressivamente a erradicação de métodos de destinação inadequada de resíduos não se obteve nenhum avanço na implementação e funcionamento de novos aterros sanitários e fechamento de lixões e aterros controlados.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Conforme conceituado na PNRS, coleta seletiva é a coleta de resíduos sólidos previamente segregados conforme sua constituição ou composição.

<sup>40</sup> ABRELPE, op. cit.

<sup>41</sup> ABRELPE, op. cit.

Portanto, os recentes índices nacionais demonstram uma crescente produção de resíduos, havendo deficiência na coleta, pois esta não atinge a totalidade dos resíduos. Não houve aumento significativo da destinação adequada, sendo que a porcentagem inadequada é alta, acima de 40%, representando que, em 2016, aproximadamente 29.661 toneladas de resíduos foram descartados por dia em lixões e/ou aterros controlados<sup>42</sup>, demonstrando a ineficiência do sistema de gestão de resíduos no Brasil.

Nesse contexto, serão analisados no próximo tópico os impactos ambientais ocasionados pela destinação inadequada dos resíduos.

### Impactos no meio ambiente

O encaminhamento de resíduos sólidos para locais inadequados caracteriza-se como um dos piores impactos que podem ser causados no meio ambiente, isto porque provoca a proliferação de doenças, a degradação ambiental e o desperdício de material potencialmente reciclável.<sup>43</sup>

No meio ambiente, os impactos são inúmeros, pois contaminam diretamente o solo, as águas, o ar, a fauna e flora. A decomposição de resíduos em céu aberto libera no solo metais pesados e outras substâncias tóxicas, através do chorume, retardando a acomodação do solo e alterando as suas características mesmo depois de desativado, o que significa que o solo pode ser inutilizado para algumas atividades como plantações e edificações. O chorume também causa a poluição da água, tanto de pequenos córregos quanto de lençóis freáticos, tornando-a imprópria para o consumo humano, de animais e também para plantas. Ainda, a produção de gases e sua liberação na atmosfera contribui para o efeito estufa, bem como gera incomodo e má qualidade de vida da população que vive ao redor.<sup>44</sup>

Carlos Cesar Santejo Saiani revela outros danos ao meio ambiente:

Situações inadequadas de serviços de manejo dos resíduos contribuem para a contaminação de mananciais, cursos de água e solos, para o assoreamento de rios, para as inundações e, conseqüentemente, para a formação de ambientes propícios à proliferação de agentes transmissores de diversas doenças, aumentando a incidência destas na população. As doenças, ao debilitarem os trabalhadores e os afastarem do trabalho,

---

<sup>42</sup> ABRELPE, op. cit.

<sup>43</sup> GOUVEIA, Nelson. *Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social*. 2012, p. 1504. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a14.pdf>. Acesso em 16 jun. 2018.

<sup>44</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 38-40.

reduzem a produtividade e a produção, que também é afetada pelos impactos sobre o meio ambiente, principalmente no caso das atividades da agropecuária. [...] <sup>45</sup>

Contudo, os impactos vão além. Muitos resíduos são transportados pela água ou depositados diretamente na praia, chegando aos oceanos em níveis alarmantes. Segundos estudos recentes <sup>46</sup>, divulgados no encontro anual da Associação Americana para o Avanço da Ciência, estima-se que anualmente sejam lançados 8 milhões de plástico nos oceanos. O maior problema reside na morte de diversas espécies de animais, que confundem resíduos com alimento, ingerindo-os.

A utilização de lixões e aterros controlados são práticas que geram efeitos danosos, não controláveis e, com o passar dos anos, apresentam custos cada vez mais elevados para a adoção de medidas de controle e remediação. <sup>47</sup>

Teofilo, Souza e Jimenez revelam que:

todos os indivíduos são apontados como responsáveis, na mesma proporção, pela devastação da natureza e por suas possíveis soluções, por meio de ações individuais, emanadas da construção, através da educação para a sustentabilidade, ou de uma consciência ecológica. <sup>48</sup>

Desta forma, solucionar a problemática é um dever de toda coletividade, devendo partir de cada um a atuação em prol de mitigar os impactos no meio ambiente.

Para que possa-se compreender a dimensão dos problemas ambientais elencados, passa-se a analisar historicamente as visões que a sociedade teve em relação ao meio ambiente até a chegada da constatação da crise ambiental.

## **A PROBLEMÁTICA AMBIENTAL E A NECESSIDADE DE CONSUMO CONSCIENTE**

A natureza era vista primordialmente como vasta e ilimitada, sendo realizada uma progressiva descoberta de meios de utilização de seus recursos naturais

---

<sup>45</sup> SAIANI, Carlos C. S.; TONETO JUNIOR, Rudinei. Manejo dos resíduos sólidos no Brasil: desigualdades e efeitos sobre a saúde. In: Rudinei Toneto Junior. et al. (Org.) *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p.46.

<sup>46</sup> AMOS, Jonathan. *Oceanos recebem 8 milhões de toneladas de plástico por ano*. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150213\\_plastico\\_mares\\_1k](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150213_plastico_mares_1k). Acesso em 04 abr. 2016.

<sup>47</sup> ABRELPE, op. cit.

<sup>48</sup> TEÓFILO, Rafaela M. T. SOUZA; Felipe G. de; JIMENEZ, Suzana. Crise ambiental: uma análise preliminar perspectivada no materialismo histórico dialético. IV FIPED – Fórum Internacional de Pedagogia. Campina Grande, Realize, 2012, p. 3.

para a produção de novas tecnologias. Ocorre que, nas últimas décadas, começaram a ocorrer grandes desastres naturais,<sup>49</sup> muitos destes ocasionados pelas drásticas mudanças de temperatura. Ora, se o meio ambiente está em constante desarmonia e instabilidade, qual seria a causa? Passou-se então a analisar os impactos que o ser humano causa na natureza, iniciando uma preocupação com as questões ambientais.<sup>50</sup>

Este desequilíbrio entre o homem e a natureza é conceituado por alguns autores como crise ambiental, na qual foram constatadas diversas mudanças climáticas, como o aumento da temperatura da Terra em decorrência do efeito estufa, bem como exaustões e contaminações dos solos, das águas e dos mares, imensas devastações das florestas tropicais, extinções de animais e a consequente a redução da biodiversidade.<sup>51</sup>

Na concepção de Leite,<sup>52</sup> o reconhecimento da crise ambiental ocorre a partir da constatação de que as condições tecnológicas e sociais colidem com a qualidade de vida e com a própria sobrevivência humana. Leff explica que:

[...] a crise ambiental se torna evidente nos anos 60, refletindo-se na irracionalidade ecológica dos padrões dominantes de produção de consumo, e marcando os limites do crescimento econômico. Desta maneira inicia-se o debater teórico e político para valorizar a natureza e internalizar as 'externalidades socioambientais' ao sistema econômico.<sup>53</sup>

De fato, em uma análise histórica, nota-se que o início da ideia de finitude da natureza se deu em 1960, com a elaboração do Relatório "Os Limites de Crescimento" pelo Clube de Roma,<sup>54</sup> o qual afirmava a impossibilidade de um crescimento indefinido em um mundo finito, indicando que somente se evitaria uma

---

<sup>49</sup> A expressão desastre natural é largamente utilizada nos documentos de organismos internacionais e sua concepção está ligada a ações humanas que contribuem ou intensificam os efeitos dos desastres. Sobre o tema: VERGANI, Vanessa. *Os direitos humanos e a proteção aos migrantes ambientais frente aos riscos e desastres ecológicos*. (Dissertação). Caxias do Sul: Universidade Caxias do Sul, 2010, p. 73-79.

<sup>50</sup> SILVA, Marcia N. *A educação ambiental na sociedade atual e sua abordagem no ambiente escolar*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 99, abr 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11367](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11367). Acesso em 20 jun 2018.

<sup>51</sup> FREITAS, Rosana de Carvalho Martinelli; NÉLSIS, Camila Magalhães; NUNES, Letícia Soares. *A crítica marxista ao desenvolvimento (in)sustentável*. 2012, p. 43. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v15n1/a04v15n1>. Acesso em 20 jun 2018.

<sup>52</sup> LEITE, José R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

<sup>53</sup> LEFF, Enrique. *Saber Ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 15-16.

<sup>54</sup> Fundado em 1966, constitui em um grupo de estudos internacional que busca debater um vasto conjunto de assuntos relacionados a política, economia internacional e, sobretudo, ao meio ambiente e o desenvolvimento sustentável.

calamidade global caso se reduzisse o crescimento da população e das atividades de produção que consumiam os recursos naturais. Mas, foi na Conferência de Estocolmo,<sup>55</sup> em 1972, que se reconheceu que as interferências humanas são causadoras de poluição ambiental, devendo estas serem revistas para passarem a equilibrar aspectos ecológicos e econômicos.<sup>56</sup>

Como fruto desta crise, a degradação ambiental que é, para Leff,<sup>57</sup> um “sintoma de uma crise de civilização”, isto é, o resultado do modelo de modernidade que impõe o desenvolvimento tecnológico sobre a organização da natureza. O problema atinge diretamente a população, pois aponta para a desconstrução do paradigma econômico da modernidade e para a construção de futuros possíveis que levam em conta os limites da natureza.

Assim, é evidente o malefício que a sociedade de produção acarretou para o meio ambiente, proporcionando a instabilidade de toda a vida na Terra. Para que este patamar possa começar a se reverter, são necessárias novas estratégias de desenvolvimento de forma a equilibrar o meio ambiente e o desenvolvimento econômico, o que incluem novos estilos de vida com a preservação dos valores ambientais.

Neste contexto, é evidente que a sociedade precisa ser reformulada para ter seu desenvolvimento de forma sustentável. Conforme os ensinamentos de Efiging<sup>58</sup>, “o conceito de desenvolvimento sustentável depende do conceito de consumo consciente” e, nessa premissa, os consumidores de produtos e serviços devem ter uma análise crítica do que consomem, de forma a se desapegar dos conceitos individualistas aumentando a função de utilidade das coisas. Nessa perspectiva, o consumidor mais crítico com produtos que atendam às regras ambientais mostram-se mais preocupados com o consumo de produtos não apenas pelo prazer imediato, mas também responsáveis pela busca do desenvolvimento sustentável e saudável da sociedade.

Desta forma, o exercício do consumo consciente, além de efetivar um direito do próprio consumidor por melhorar a qualidade dos produtos ofertados no mercado, ainda colabora com a melhora na qualidade ambiental.

Para que isto seja possível, Efiging assevera que:

---

<sup>55</sup> Evento que ocorreu na Suécia, constituindo-se como a 1ª Conferência Organizações das Nações Unidas – ONU sobre o Meio Ambiente, a qual resultou na Declaração de Estocolmo sobre Meio Ambiente e na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente.

<sup>56</sup> SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 45.

<sup>57</sup> LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução de Lúcia Mathilde Endlich Orth. 3. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 17.

<sup>58</sup> EFING, Antonio C. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125 e 138.

“o consumidor só poderá tornar-se agente capaz de interagir com o mercado de consumo a ponto de influenciar somente a manutenção de empresas socialmente corretas, se for corretamente informado e educado. A conscientização crítica do consumidor demanda informações e as educação para a adoção dos valores socioambientais tais como os norteadores de suas decisões”.<sup>59</sup>

Desta forma, cabe a efetivação de uma educação para o consumo consciente e preservação do meio ambiente na população para que se possa tentar reverter esse quadro de produção e consumo desenfreado de produtos, bem como de descarte incorreto dos resíduos, passando-se a consumir com maior criticidade e responsabilidade ambiental.

## CONCLUSÃO

Conforme analisado, com capitalismo surgiu a produção em massa, a qual se disseminou pelo mundo com o advento da globalização. A partir disso, estratégias de mercado geraram nos indivíduos um desejo de consumir além do necessário para a sua sobrevivência, ato este que se denomina consumismo.

Com o consumismo, os indivíduos adquirem os produtos a fim de obterem felicidade. Porém, este sentimento de satisfação é passageiro, cessando logo que são lançados produtos mais modernos no mercado. Ocorre que, ao serem utilizados por pouco tempo, o ciclo de vida destes materiais é muito curto e na maioria das vezes são diretamente descartados em lixões ou aterros, sem que sejam aproveitados novamente.

Contudo, estes resíduos sólidos que comumente são chamados de “lixo” possuem valor econômico, podendo ser reaproveitados de diversas maneiras antes de se tornarem totalmente inutilizáveis. Neste sentido, surge a PNRS, a primeira lei infraconstitucional brasileira específica sobre a matéria que compreende diversos avanços normativos sobre o ciclo de vida dos produtos.

Destaca-se que a destinação incorreta dos resíduos sólidos pode gerar diversos impactos ambientais por estarem em contato direto com o solo, bem como ocasionarem doenças e má qualidade de vida aos seres humanos. Assim, a PNRS determina a utilização de disposições ambientalmente adequadas (aterros sanitários) apenas para rejeitos (resíduos sólidos que não podem ser reaproveitados), devendo os demais resíduos serem introduzidos novamente na cadeia produtiva através da reutilização e reciclagem. A referida Lei também prioriza a não geração de novos produtos, estimulando a minimização de extração de recursos naturais.

Nesse sentido, a fim de reverter esse quadro de degradação ambiental e em busca do desenvolvimento sustentável da sociedade, apresente-se a necessidade

---

<sup>59</sup> EFING, Antonio C. op. cit., p. 125-126.

de educação e informação aos consumidores para que passem a consumir de forma mais crítica e de forma consciente.

## REFERÊNCIAS

- ABRELPE. *Panorama dos resíduos sólidos no Brasil*: 2016. Disponível em: <http://www.abrelpe.org.br/Panorama/panorama2016.pdf>. Acesso em: 31 jun 2016.
- AMOS, Jonathan. *Oceanos 'recebem 8 milhões de toneladas de plástico por ano'*. Disponível em: [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150213\\_plastico\\_mares\\_1k](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/02/150213_plastico_mares_1k). Acesso em jun 2018.
- Associação Brasileira de Normas Técnicas. *Norma Brasileira NBR 10.004:2004*. Disponível em: <http://www.abetre.org.br/biblioteca/publicacoes/publicacoes-abetre/classificacao-de-residuos>. Acesso em: jun 2018.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008, p. 51-52.
- BRASIL. *Política Nacional dos Resíduos Sólidos*. Disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm). Acesso em 04 jun 2018.
- DOURADO, Juscelino; BELIZÁRIO, Fernanda; SORRENTINO, Marcos. Educação ambiental para o consumo e a geração de resíduos. In: Rudinei Toneto Junior. et al. (Org.) *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p. 231.
- EFING, Antonio C. *Fundamentos do direito das relações de consumo*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 125-126.
- EFING, Antonio C.; KALIL, Ana Paula M. C. Política nacional de resíduos sólidos: por uma nova racionalidade no consumo. *Revista Direito Ambiental e sociedade*. Caxias do Sul, v. 3, n. 2, 2013, p. 31-52.
- FREITAS, Rosana de Carvalho Martinelli; NÉLSIS, Camila Magalhães; NUNES, Letícia Soares. *A crítica marxista ao desenvolvimento (in)sustentável*. 2012, p. 43. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rk/v15n1/a04v15n1> Acesso em 20 jun 2018.
- GIDDENS, Athony. *As consequências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991, p. 60-64.
- GOUVEIA, Nelson. *Resíduos sólidos urbanos: impactos socioambientais e perspectiva de manejo sustentável com inclusão social*. 2012, p. 1504. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/csc/v17n6/v17n6a14.pdf>. Acesso em 16 jun 2016.
- KALIL, Ana Paula M. C. *Política Nacional dos Resíduos Sólidos: o direito dos novos tempos*. Curitiba: Juruá, 2015, p. 37.
- KUWAHARA, Mônica Y. Resíduos sólidos, desenvolvimento econômico e qualidade de vida. In: SAIANI, Carlos C. S.; DOURADO, Juscelino; TONETO JUNIOR, Rudinei (Org.). *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de Resíduos Sólidos)*. Baueri: Minha Editora, 2014, p. 60.
- LEFF, Enrique. *Saber ambiental: sustentabilidade, racionalidade, complexidade, poder*. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. 3 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Vozes, 2004, p. 15-16.



LEFF, Henrique. *Ecologia, Capital e Cultura: a territorialização da racionalidade ambiental*. Tradução Jorge E. Silva. Rio de Janeiro:Vozes, 2009, p. 151-152.

LEITE, José R. M. *Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 21.

*Lixo, mercado, meio ambiente e saneamento*. Revista SANEAS. Ed. 43. Out./nov./dez./jan. São Paulo: Associação dos engenheiros do SABESP, 2012, p. 7. Disponível em: <http://www.aesabesp.org.br/arquivos/saneas/saneas43.pdf>. Acesso em: 04 jun 2018.

MELLO, Leonardo F. de; HOGAN, Daniel J. População, Consumo e meio ambiente. In: HOGAN, Daniel J. (Org.) *Dinâmica populacional e mudança ambiental: cenários para o desenvolvimento brasileiro*. Campinas: Núcleo de Estudos de População – NEPO/Unicamp, 2007, p. 59-60.

PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. del R. *Relações de consumo e consumismo*. Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 8.

PETRY, Diogo. FORTES, Vinicius B. O poder das marcas como ferramenta de conscientização social e ambiental. In: PEREIRA, Agostinho O. K.; HORN, Luiz F. del R. (Org.) *Relações de consumo e consumismo*. Caxias do Sul: Educs, 2010, p. 61.

PILOTTO, Melissa A.; GUASQUE, Bárbara. Aproveitamento dos resíduos sólidos: bem econômico e valor social. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.) *Capitalismo, direito e natureza..* Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2012, p. 209-210.

REDE SUSTENTABILIDADE 18. *Às vésperas do início do Plano Nacional de Resíduo Sólidos, metade dos municípios ainda tem lixões*. 2014. Disponível em: <https://redesustentabilidade.org.br/2014/08/01/as-vesperas-do-inicio-do-plano-nacional-de-residuo-solidos-metade-dos-municipios-ainda-tem-lixoes>. Acesso em 15 jun 2018.

RIBEIRO, Elenice B. N. Do consumo ao descarte: responsabilidade do consumidor com a sustentabilidade e a Lei das Sacolinhas Plásticas. In: CAMPELLO, Livia G. B.; PADILHA, Norma S.; MELEU, Marclino. (Coord.) *Direito ambiental e socioambientalismo*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 323. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/publicacoes/66fsl345/8g6821fe/0TF2pFVuQAO3Ce92.pdf>. Acesso em: 31 jun. 2018.

SACCHELLI, Roseana C. Crise do capitalismo e os meios de produção na economia globalizada. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.) *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2012, p. 167.

SAIANI, Carlos C. S.; TONETO JUNIOR, Rudinei. Manejo dos resíduos sólidos no Brasil: desigualdades e efeitos sobre a saúde. In: Rudinei Toneto Junior. et al. (Org.) *Resíduos sólidos no Brasil: oportunidades e desafios da Lei Federal n. 12.305 (Lei de resíduos sólidos)*. Barueri: Minha Editora, 2014, p.46.

SANTAELLA, Sandra T. et al. *Resíduos sólidos e a atual política ambiental brasileira*. Fortaleza: UFC/LOBOMAR/NAVE, 2014, p. 21.

SANTOS, Melissa G. dos. Consumo e tecnologia: “Caiu na rede é peixe”. In: BOZÓ, Aline H.; MASSI, Juliana M.; REBUTINI, Igor K. (Org.) *Capitalismo, direito e natureza*. Curitiba: J.M. Livraria Jurídica, 2012, p. 297.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei do Senado n. 425, de 2014*. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/119536>. Acesso em 05 jun 2018.

SERRAGLIO, Diogo A.; EFING, Antonio C. *O direito do consumo voltado à sustentabilidade: uma análise a partir da carta encíclica Laudato*. Sobre o cuidado da casa comum. *Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 220-249, jan./jun. 2016, p. 228.

SILVA, Marcia N. *A educação ambiental na sociedade atual e sua abordagem no ambiente escolar*. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, v. XV, n. 99, abr. 2012. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11367](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11367). Acesso em 20 jun 2018.

TEÓFILO, Rafaela M. T. SOUZA; Felipe G. de; JIMENEZ, Suzana. Crise Ambiental: uma análise preliminar perspectivada no materialismo histórico dialético. *IV FIPED – Fórum Internacional de Pedagogia*. Campina Grande, Realize, 2012, p. 3.

*Data de recebimento: 17/12/2018*

*Data de aprovação: 29/12/2018*

# O FENÔMENO PERVERSO DAS CANDIDATURAS FICTAS: A INEFETIVIDADE DAS COTAS ELEITORAIS FEMININAS ENQUANTO FRAUDE À DEMOCRACIA

## THE PERVERTING PHENOMENON OF THE FILING CANDIDATURES: O THE INEFFECTIVENESS OF WOMEN'S ELECTORAL QUOTAS AS A FRAUD AGAINST DEMOCRACY

*Carlos Eduardo Fernandes Neves Ribeiro\**

*Luciana Gaspar Melquíades Duarte\*\**

### RESUMO

A legislação brasileira em vigor prevê, há mais de dez anos, cotas eleitorais de gênero, visando ampliar a participação feminina na vida política. Todavia, levantamentos estatísticos revelam a inefetividade da norma, na medida em que atestam significativo déficit de gênero na composição das Casas Legislativas. Neste contexto, malgrado a via interpretativa já tenha proporcionado avanços em prol da isonomia de gênero, ainda existem obstáculos passíveis de superação por meio da hermenêutica. Sob uma concepção de justiça plasmada no princípio da paridade participativa, nos termos desenvolvidos por Nancy Fraser, buscar-se-á demonstrar que a política afirmativa em tela não pode ser esvaziada em nome de uma falsa autonomia da vontade. Em razão disso,

---

\* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Pós-graduado em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais. Professor da Faculdade de Direito Sudamérica. Universidade Federal de Juiz de Fora. E-mail: cae.neves@yahoo.com.br.

\*\* Graduada em Direito pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade Federal de Minas Gerais. Doutora em Direito Público pela Universidade Federal de Minas Gerais. Professora Adjunta de Direito Constitucional e Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora. Universidade Federal de Juiz de Fora. Área de Interesse: Direitos Fundamentais e Direito Administrativo. E-mail: lg.melquiades@uol.com.br.

pretende-se sustentar que as candidaturas fictícias representam uma fraude à democracia.

**Palavras-chave:** Cotas eleitorais de gênero; Isonomia; Paridade participativa; Candidaturas fictas; Fraude.

#### ABSTRACT

The Brazilian legislation in force foresees, over ten years ago, electoral quotas of gender, aiming to broaden the participation of women in political life. However, statistical surveys reveal the ineffectiveness of the norm, insofar as they attest to a significant gender gap in the composition of Legislative Houses. In this context, although the interpretive route has already provided advances in favor of gender isonomy, there are still obstacles that can be overcome through hermeneutics. Under a conception of justice embodied in the principle of participatory parity, in the terms developed by Nancy Fraser, it will be sought to demonstrate that affirmative policy on the screen cannot be emptied in the name of a false autonomy of the will. This is why it is claimed that the fictitious candidacies represent a fraud against democracy.

**Keywords:** electoral quotas of gender; Isonomy; Participative parity; Fraud.

#### INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por escopo investigar alternativas interpretativas legítimas para coibir candidaturas femininas fictícias e, conseqüentemente, impulsionar a participação das mulheres na vida política.

Trata-se de matéria fecunda, envolta por controvérsias e marcada por polêmicas, cuja análise implica repercussões tanto teóricas, por servir de contributo à estipulação de balizas para a delimitação do alcance das cotas eleitorais de gênero, quanto práticas, na medida em que, de acordo com a posição adotada, emergirão perfis absolutamente distintos na esfera dos cargos públicos eletivos.

O método de abordagem da temática será o dedutivo, com feições nitidamente propositivas; inserindo-se na esfera da pesquisa qualitativa.

A paridade participativa, enquanto critério de aferição de justiça na perspectiva desenvolvida por Nancy Fraser, servirá de referencial teórico para dimensionar os contornos jurídicos apropriados em torno da respeitabilidade das cotas eleitorais de gênero.

Sob tal paradigma, a proposta desenvolvida ao longo do estudo em tela materializa novo enfoque à análise dos efeitos derivados das cotas eleitorais de gênero.

Afinal, sensível a esta nova perspectiva, reputa-se que as cotas eleitorais de gênero podem adquirir efetividade concreta, com repercussão direta na superação dos déficits de participação feminina na formação do panorama político nacional.

Para a consecução deste objetivo, o artigo percorrerá um itinerário em que, no primeiro tópico, demonstrar-se-á que as cotas eleitorais de gênero não têm alcançado o desiderato perseguido por elas, consubstanciando-se, não raramente, em mero formalismo burocrático desprovido de efetividade concreta.

Na sequência, buscar-se-á exprimir que a via interpretativa constitui instrumento legítimo para a obtenção de conquistas em prol da isonomia.

No tópico subsequente, o ensaio denotará que, apesar dos avanços já alcançados, a autonomia da vontade está sendo inadvertidamente manejada como um entrave para a concretização do escopo das cotas eleitorais de gênero.

Sob tal perspectiva, explicitar-se-á que uma concepção democrática de justiça recomenda rigor hermenêutico no processo de manipulação de políticas afirmativas, ensejando, pois, o reconhecimento de fraude nas hipóteses de candidaturas femininas fictícias.

Em seguida, no último tópico, o estudo em tela volver-se-á ao exame de condicionantes ao reconhecimento da fraude acima aludida, sem prejuízo do reconhecimento de que esta proposta não resolve, por si só, o déficit da participação feminina no cenário político.

Ao final, conclui-se que, sob o paradigma da paridade participativa, as candidaturas femininas fictícias merecem dura reprovação enquanto fraude à democracia e manifesto desrespeito à política afirmativa destinada à ampliação da participação de mulheres na vida política nacional.

## A INEFETIVIDADE DAS COTAS ELEITORAIS DE GÊNERO

O ordenamento jurídico brasileiro, há aproximadamente 10 (dez) anos, instituiu política afirmativa destinada a impulsionar a participação das mulheres nos pleitos eleitorais.

Afinal, a redação do artigo 10, § 3º da Lei n. 9.504 de 1997 dada pela Lei n. 12.034 de 2009<sup>1</sup>, está assim plasmada:

**Art. 10.** Cada partido ou coligação poderá registrar candidatos para a Câmara dos Deputados, a Câmara Legislativa, as Assembleias Legisla-

---

<sup>1</sup> BRASIL, Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997 (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

tivas e as Câmaras Municipais no total de até 150% (cento e cinquenta por cento) do número de lugares a preencher, salvo: (Redação dada pela Lei n. 13.165, de 2015)

(...)

§ 3º Do número de vagas resultante das regras previstas neste artigo, cada partido ou coligação **preencherá** o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas de cada sexo. (Redação dada pela Lei n. 12.034, de 2009) (grifo nosso).

Em tese, pois, a partir do diploma legal acima aludido, as agremiações partidárias estão legalmente obrigadas a adotar providências tendentes à formação de quadros femininos aptos a disputar as eleições com reais possibilidades de sucesso.

Nada obstante, levantamentos estatísticos revelam que a intenção do legislador não tem produzido efeitos concretos, uma vez que a esmagadora maioria dos cargos políticos eletivos permanece sendo ocupados por homens.

A título de ilustração, os últimos dados coletados pelo Tribunal Superior Eleitoral exprimem que apesar de as mulheres representarem mais de 52% do eleitorado nacional<sup>2</sup>, a representação feminina no Congresso Nacional corresponde a apenas 16,2% dos parlamentares<sup>3</sup>.

Aliás, segundo levantamento divulgado pelo *Inter-Parliamentary Union* envolvendo a representação política feminina no parlamento, pesquisadas a realidade de 193 (cento e noventa e três) nações, o Brasil ocupava, até o ano de 2018, a 154ª posição no ranking elaborado<sup>4</sup>. Isso porque antes das últimas eleições nacionais, os percentuais de representação feminina no Congresso Nacional eram ainda mais baixos. Senão vejamos:

---

<sup>2</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/eleitor/estatisticas-de-eleitorado/estatistica-do-eleitorado-por-sexo-e-faixa-etaria>. Acesso em 26 set. 2018.

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Marco/numero-de-mulheres-eleitas-em-2018-cresce-52-6-em-relacao-a-2014>. Acesso em 04 out. 2019.

<sup>4</sup> Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/classif.htm>. Acesso em 04 out. 2019.

**Tabela** – Proporção de cadeiras ocupadas por mulheres em exercício na Câmara dos Deputados, no Senado Federal e total, segundo Unidades da Federação – 2017<sup>5</sup>

Unidades da Federação	Cadeiras ocupadas											
	Câmara dos Deputados					Senado Federal					Total	
	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)	Total de cadeiras	Total de mulheres	Proporção de mulheres (%)
<b>Brasil</b>	<b>513</b>	<b>54</b>	<b>10,5</b>	<b>81</b>	<b>13</b>	<b>16,0</b>	<b>594</b>	<b>67</b>	<b>11,3</b>			
<b>Norte</b>												
Rondônia	8	2	25,0	3	0	0,0	11	2	18,2			
Acre	8	1	12,5	3	0	0,0	11	1	9,1			
Amazonas	8	1	12,5	3	1	33,3	11	2	18,2			
Roraima	8	2	25,0	3	1	33,3	11	3	27,3			
Pará	17	3	17,6	3	0	0,0	20	3	15,0			
Amapá	8	3	37,5	3	0	0,0	11	3	27,3			
Tocantins	8	3	37,5	3	1	33,3	11	4	36,4			
<b>Nordeste</b>												
Maranhão	18	2	11,1	3	0	0,0	21	2	9,5			
Piauí	10	1	10,0	3	1	33,3	13	2	15,4			
Ceará	22	2	9,1	3	0	0,0	25	2	8,0			

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/multidominio/genero/20163-estatisticas-de-genero-indicadores-sociais-das-mulheres-no-brasil.html?=&t=resultados>. Acesso em 26 set. 2018.

Rio Grande do Norte	8	1	12,5	3	1	33,3	11	2	18,2
Paraíba	12	0	0,0	3	0	0,0	15	0	0,0
Pernambuco	25	2	8,0	3	0	0,0	28	2	7,1
Alagoas	9	1	11,1	3	0	0,0	12	1	8,3
Sergipe	8	0	0,0	3	1	33,3	11	1	9,1
Bahia	39	1	2,6	3	1	33,3	42	2	4,8
<b>Sudeste</b>									
Minas Gerais	53	5	9,4	3	0	0,0	56	5	8,9
Espírito Santo	10	1	10,0	3	1	33,3	13	2	15,4
Rio de Janeiro	46	6	13,0	3	0	0,0	49	6	12,2
São Paulo	70	7	10,0	3	1	33,3	73	8	11,0
<b>Sul</b>									
Paraná	30	2	6,7	3	1	33,3	33	3	9,1
Santa Catarina	16	2	12,5	3	0	0,0	19	2	10,5
Rio Grande do Sul	31	2	6,5	3	1	33,3	34	3	8,8
<b>Centro-Oeste</b>									
Mato Grosso do Sul	8	1	12,5	3	1	33,3	11	2	18,2
Mato Grosso	8	0	0,0	3	0	0,0	11	0	0,0
Goiás	17	2	11,8	3	1	33,3	20	3	15,0
Distrito Federal	8	1	12,5	3	0	0,0	11	1	9,1



Acima de tudo, nas últimas eleições (municipais), o número de candidatas do sexo feminino que não obtiveram nenhum voto é, além de alto, absolutamente superior aos candidatos do sexo masculino.

Segundo levantamento realizado pelo Tribunal Superior Eleitoral, 16.131 (dezesseis mil, cento e trinta e um) candidatos não receberam quaisquer votos em 2016, integrando este universo 14.417 (catorze mil, quatrocentos e dezessete) mulheres em contraste a apenas 1.714 (mil, setecentos e catorze) homens na mesma situação<sup>6</sup>.

Com efeito, existem indicativos concretos de que o insucesso da prática afirmativa sob comento, ao invés de simplesmente representar uma performance ruim das mulheres nas urnas, reflete falta de empenho das agremiações partidárias em impulsionar a voz feminina na política nacional.

Neste contexto, recai sobre o Estado, em especial, o Poder Judiciário o importante papel de primar pela igualdade efetiva entre homens e mulheres e impedir que a autonomia partidária se preste a esvaziar o intento legislativo substanciado na ampliação do número de mulheres no cenário político.

*Mutatis mutandis*, tal raciocínio é o mesmo desenvolvido por Seyla Benhabib ao versar sobre a importância da estruturação de instituições imparciais para a garantia de reconhecimento efetivo a diferenças em uma sociedade democrática, *in verbis*:

I argue that the task of democratic equality is to create impartial institutions in the public sphere and civil society where this struggle for the recognition of cultural differences and the contestation for cultural narratives can take place without domination.<sup>7</sup>

Afinal, a imparcialidade jurisdicional, ao invés de ser interpretada como um mecanismo de neutralidade cega a impropriedades fáticas, constitui ferramenta imprescindível para a equalização de diferenças inidôneas e coibição de distorções.

Tamanha é tal necessidade que o percentual eleito pela cota de gênero sob apreço foi tachado pela Organização das Nações Unidas como uma “massa crítica”, isto é, o mínimo de participação feminina para a legitimidade de tomada de decisões no longínquo ano de 1990<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2016/Novembro/mais-de-16-mil-candidatos-tiveram-votacao-zerada-nas-eleicoes-2016>. Acesso em 26 set. 2018.

<sup>7</sup> Argumento que a tarefa da igualdade democrática é criar instituições imparciais na esfera pública e na sociedade civil, onde essa luta pelo reconhecimento das diferenças culturais e a contestação de narrativas culturais podem ocorrer sem dominação (tradução livre). BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture – Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, Princeton University Press, 2002, p. 8.

<sup>8</sup> ANDRADE NETO, João; GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira. Fraude à cota de gênero como fraude à lei: os problemas conceituais e procedimentais decorrentes do combate

## A HERMENÊUTICA EM PROL DA IGUALDADE

A política afirmativa consubstanciada no § 3º do artigo 10 da Lei n. 9.504 de 1997<sup>9</sup> é tímida, uma vez que, *de per se*, não garante a ampliação da participação feminina na política brasileira.

Tanto é assim que tramita no Congresso Nacional projeto de emenda constitucional (PEC 134/2015), cujo principal desiderato é a reserva efetiva de um percentual mínimo de cadeiras para serem ocupadas por cada um dos gêneros no Parlamento nacional.

Eis o teor da proposição legislativa acima mencionada:

**Art. 1º** O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido do seguinte art. 101: “Art. 101. É assegurado a cada gênero, masculino e feminino, percentual mínimo de representação nas cadeiras da Câmara dos Deputados, das Assembleias Legislativas, da Câmara Legislativa do Distrito Federal e das Câmaras Municipais, nas 3 (três) legislaturas subsequentes à promulgação desta Emenda Constitucional, nos termos da lei, vedado patamar inferior a: I – 10% (dez por cento) das cadeiras na primeira legislatura; II – 12% (doze por cento) das cadeiras na segunda legislatura; e III – 16% (dezesseis por cento) das cadeiras na terceira legislatura. § 1º Caso o percentual mínimo de que trata o caput não seja atingido por determinado gênero, as vagas necessárias serão preenchidas pelos candidatos desse gênero com a maior votação nominal individual dentre os partidos que atingiram o quociente eleitoral. § 2º A operacionalização da regra prevista no § 1º dar-se-á, a cada vaga, dentro de cada partido, com a substituição do último candidato do gênero que atingiu o percentual mínimo previsto no caput pelo candidato mais votado do gênero que não atingiu o referido percentual. § 3º Serão considerados suplentes os candidatos não eleitos do mesmo gênero dentro da mesma legenda, obedecida a ordem decrescente de votação nominal”.

**Art. 2º** Esta Emenda à Constituição entra em vigor na data de sua publicação.

A timidez da legislação vigente, todavia, não deve servir como instrumento de contenção do Poder Judiciário no processo de interpretação da norma em vigor. Pelo contrário, tal característica demanda justamente o oposto, ou seja,

---

às candidaturas femininas fictícias”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Abuso de poder e perda de mandato*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 239-281. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7).

<sup>9</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

esforço hermenêutico dos magistrados para extrair todas as potencialidades do dispositivo legal sob apreço em prol da satisfação da isonomia.

Afinal, o paradigma de justiça que deve orientar a problemática em tela não é numérico, ou seja, plasmado exclusivamente na busca de uma igualdade numérica da representação de gênero em eleições.

Parafraseando Nancy Fraser, a matriz intelectual que deve guiar o intérprete se funda no princípio da paridade de participação. Nos dizeres dela, “segundo este princípio, a justiça requer acordos sociais que permitam que todos os (adultos) membros da sociedade interajam uns com os outros como pares”.<sup>10</sup>

Neste contexto, é elucidativa a advertência construída por Eneida Desiree Salgado ao asseverar o seguinte:

Atualmente, as mulheres possuem pouco peso na tomada de decisões que lhes afetam diretamente. Chama atenção o fato que 100% de 90% das pessoas que estão deliberando sobre o aborto na Câmara dos Deputados na atualidade jamais passarão por uma gravidez. Para que seja possível usufruir dos benefícios da participação política, é imprescindível que haja o desenvolvimento e aperfeiçoamento de institutos que buscam fortalecê-la. É dessa maneira que a adoção de cotas de gênero não só adquire legitimidade mas se torna instrumento primordial na luta pela melhoria da participação política das mulheres no Brasil e na superação da situação de desigualdade de gênero<sup>11</sup>.

Indubitavelmente, a via hermenêutica, por si só, não é capaz de proporcionar verdadeiras revoluções na esfera da igualdade, especialmente porque a legitimidade de qualquer interpretação jurídica pressupõe respeito aos lindes normativos impostos.

Entretanto, o reconhecimento do limite acima enunciado não desautoriza a obtenção de avanços em prol da isonomia, por meio de construções interpretativas dotadas de aptidão para blindagem e robustecimento das cotas políticas de gênero.

Neste panorama, incumbe ao hermeneuta, no processo de manipulação das normas jurídicas que disciplinam o processo eleitoral, velar pela satisfação de

---

<sup>10</sup> FRASER, Nancy. *Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero* (Tradução de Heloísa Eugênia Villela Xavier). In BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 67.

<sup>11</sup> SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Guilherme Athaides; e MONTE-ALTO, Eric Vinicius Lopes Costa. *Cotas de gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento*. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/25973/14453>. Acesso em 04 out. 2019.

meios que não só resguardem independência e voz a todos os cidadãos interessados em assumir cargos políticos eletivos, como também garantam oportunidades iguais e mesmo respeito a cada um deles.

Estas exigências, aliás, representam as condições desenvolvidas por Nancy Fraser para assegurar a realização de uma “justiça democrática institucionalizante” em qualquer plataforma. Senão vejamos:

Para que a paridade de participação seja possível, eu afirmo que, pelo menos, duas condições devem ser satisfeitas. Primeiro, a distribuição dos recursos materiais deve dar-se de modo que assegure a independência e voz dos participantes. Essa eu denomino a condição objetiva de paridade participativa. Ela exclui formas e níveis de desigualdade material e dependência econômica que impedem a paridade de participação (...). Ao contrário, a segunda condição requer que os padrões institucionalizados de valoração cultural expressem igual respeito a todos os participantes e assegurem igual oportunidade para alcançar estima social. Essa eu denomino condição intersubjetiva de paridade participativa<sup>12</sup>.

Em suma, os entraves socioculturais enfrentados pelas mulheres para ampliar sua participação na política legitimam a implementação de ações afirmativas destinadas à correção de distorções e a efetiva redução dos patamares de sub-representação feminina no âmbito político.

Sem embargo, a simples concepção normativa de ações afirmativas pode implicar verdadeira inocuidade se não for devidamente acompanhada de propósito interpretativo voltado para a garantia efetiva de igualdade entre homens e mulheres no âmbito político.

Parafraseando Juliana Freitas, “o regime democrático pressupõe livre oposição e espaço para o debate público”. Logo, é defeso ao intérprete trilhar via hermenêutica em descompasso com a valorização deste ideal. Ao revés, a interpretação deve proporcionar o oposto, isto é, “uma oxigenação intrapartidária que permita que pessoas de sexos distintos tenham as mesmas oportunidades não apenas formais, mas materiais, de se candidatar e, assim, tornarem-se representantes da diversidade de gênero nas instituições estatais”<sup>13</sup>.

---

<sup>12</sup> FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). Revista Lua Nova. São Paulo: Edições 70, 2007, p. 119.

<sup>13</sup> FREITAS, Juliana Rodrigues. O sistema de cotas de gênero e o óbice ao desenvolvimento no Brasil: reflexões iniciais acerca da reduzida participação feminina na política brasileira. In: PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTIAGO, Ana Cláudia (Org.) *Conexões Conexões Eleitoralistas*. Belo Horizonte: Abradep, 2016, p. 119-138. Disponível em: <http://bit.ly/ebamME>. Acesso em 04 out. 2118.

Destarte, incumbe ao hermenêuta outorgar sentido jurídico às cotas de gênero capaz de efetivamente ampliar a participação das mulheres na política, rechaçando perspectivas interpretativas descompromissadas com esses objetivos.

## A VIA INTERPRETATIVA E OS AVANÇOS JÁ AUFERIDOS

Tamanha é a certeza de que a via interpretativa proposta viabiliza conquistas que existem evidências concretas já auferidas.

O emprego do vocábulo “sexo” na redação do artigo 10, § 3º da Lei n. 9.504 de 1997<sup>14</sup> não foi obstáculo para que se consolidasse o entendimento na jurisprudência pátria de que ele não corresponde a diferenças sexuais anatômicas.

Nas palavras de Joan Scott, o significado do gênero, assim como qualquer conceito, carrega em si uma história, não comportando uma acepção estritamente biológica, *in verbis*:

Precisamos rejeitar o caráter fixo e permanente da oposição binária, precisamos de uma historicização e de uma desconstrução autêntica dos termos da diferença sexual<sup>15</sup>.

Seguindo esta lógica, o Tribunal Superior Eleitoral, recentemente, assentou a conclusão de que mulheres transexuais e travestis devem ser contabilizadas nas cotas de candidatura legalmente previstas no § 3º do artigo 10 da Lei n. 9.504 de 1997<sup>16</sup>.

Afinal, tendo o texto constitucional vigente enaltecido a dignidade da pessoa humana com um dos fundamentos da República Federativa do Brasil<sup>17</sup>, bem assim estatuído como objetivo a promoção do bem de todos sem qualquer tipo de preconceito ou forma de discriminação<sup>18</sup>; inexistiria justificativa idônea para outra conclusão.

<sup>14</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>15</sup> SCOTT, Joan. *Gender on the Politics* 01 History. New York: Columbia University Press, 1988. Tradução de Guacira Lopes Louro, versão em francês. Revisão de Tomaz Tadeu da Silva, de acordo com o original em inglês, p. 18. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/educacaoerealidade/article/view/71721/40667>. Acesso em 29 set. 2018.

<sup>16</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Marco/tse-aprova-uso-do-nome-social-de-candidatos-na-urna>. Acesso em 29 set. 2018.

<sup>17</sup> **Art. 1º** A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana;

<sup>18</sup> **Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

(...)

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Em suma, a expressão “cada sexo” contida no art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504 de 1997<sup>19</sup> refere-se ao gênero, e não ao sexo biológico.

A interpretação alinhada à vocação democrática também proporcionou que, no ano passado, o Supremo Tribunal Federal redefinisse a amplitude do artigo 9º da Lei n. 13.165 de 2015<sup>20</sup>, aumentando o percentual do montante do Fundo Partidário destinado para o financiamento de campanhas femininas.

A redação original do preceito legal acima mencionado foi editada nos seguintes termos:

**Art. 9º** Nas três eleições que se seguirem à publicação desta Lei, os partidos reservarão, em contas bancárias específicas para este fim, no mínimo 5% (cinco por cento) e no máximo 15% (quinze por cento) do montante do Fundo Partidário destinado ao financiamento das campanhas eleitorais para aplicação nas campanhas de suas candidatas, incluídos nesse valor os recursos a que se refere o inciso V do art. 44 da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Porém, ancorado no postulado na igualdade, o Supremo Tribunal Federal não só declarou a inconstitucionalidade da expressão “três” contida no art. 9º da Lei n. 13.165 de 2015<sup>21</sup>, eliminando o limite temporal fixado; como também deu interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei n. 13.165 de 2015<sup>22</sup>, de modo a equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.504 de 1997<sup>23</sup>, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para eleições majoritárias e proporcionais, bem assim fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recur-

---

<sup>19</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>20</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>21</sup> BRASIL, *Lei n. 13.165 de 29 de setembro de 2015* (Altera as Leis ns. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>22</sup> BRASIL, *Lei n. 13.165 de 29 de setembro de 2015* (Altera as Leis n. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995, e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>23</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

tos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção<sup>24</sup>.

Sob tal perspectiva, fica patente que o Poder Judiciário deve primar pela máxima efetividade do artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.504 de 1997<sup>25</sup> em qualquer circunstância.

Aliás, esta lógica é objeto de reconhecimento desde a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, datada de 1979 e incorporada pelo sistema jurídico nacional por meio do Decreto 4.377 de 2002<sup>26</sup>.

Eis o teor do primeiro item do artigo 4º do ato normativo acima mencionado:

A adoção pelos Estados-Partes de medidas especiais de caráter temporário destinadas a acelerar a igualdade de fato entre o homem e a mulher não se considerará discriminação na forma definida nesta Convenção, mas de nenhuma maneira implicará, como consequência, a manutenção de normas desiguais ou separadas; essas medidas cessarão quando os objetivos de igualdade de oportunidade e tratamento houverem sido alcançados.

Em suma, existem não só sinais concretos de que a via interpretativa constitui meio hábil para a obtenção de conquistas no plano da igualdade; como também diretrizes persuasivas oriundas dos Tribunais Superiores na esfera da participação feminina na política.

## A CANDIDATURA FICTA ENQUANTO FRAUDE À DEMOCRACIA

Em que pesem os avanços acima enunciados, a postura da Justiça Eleitoral ainda tem se manifestado tímida diante das possibilidades interpretativas disponíveis para coibir candidaturas fictícias.

Diante da imposição normativa consubstanciada no artigo 10, § 3º, da Lei n. 9.504 de 1997<sup>27</sup>, os partidos políticos têm preenchido o percentual de 30% de candidaturas femininas nos pleitos eleitorais. Porém, não raras as vezes, o respeito à cota supramencionada ostenta caráter meramente formal.

<sup>24</sup> Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=372485>. Acesso em 1º out. 2018.

<sup>25</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>26</sup> BRASIL, *Decreto n. 4.377 de 13 de setembro de 2002* (Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984). Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm)>. Acesso em 20 set. 2018.

<sup>27</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

Algumas agremiações partidárias, apesar de lançarem candidaturas femininas, comportam-se com fins exclusivamente burocráticos, sem qualquer escopo concreto de ampliar a participação feminina no seio da política nacional.

Assim agindo, emerge-se fraudulento o registro de candidatura de todos os interessados em concorrer no pleito eleitoral pelo partido ou coligação responsável pela burla ao mandamento legal.

Toda manobra que objetive ludibriar a Justiça Eleitoral ou o eleitorado e proporcionar resultados diversos daqueles que seriam possíveis fosse regular e imaculado o ambiente da disputa deve ser interpretado como fraude.

O mesmo entendimento é compartilhado por Edson de Resende Castro, ao discorrer sobre o sentido do termo “fraude” empregado no § 10 do artigo 14 da Constituição Federal de 1988<sup>28</sup>, que prevê a possibilidade de perda do mandato eletivo em razão dela, *in verbis*:

A AIME (ação de impugnação de mandado eletivo) também pode veicular o fato *fraude*, expressão que deve ser entendida como toda conduta capaz de desvirtuar ou alterar os elementos e as condições da disputa ou inserindo fator estranho ao processo eleitoral, tudo para beneficiar o candidato, em detrimento dos demais. Frauda o processo eleitoral, alterando um dos elementos essenciais da disputa, que é o corpo votante, o candidato que atrai eleitores de municípios diversos, transferindo-os para a circunscrição da disputa, com o compromisso do voto. Com o corpo eleitoral alterado fraudulentamente (apresenta-se endereço ou domicílio falso), as condições da disputa tornam-se desiguais, afetada a normalidade e legitimidade do pleito. Como mencionado no Capítulo II (Registro de Candidatura) – Item 4 (Reserva de Gênero), os partidos devem compor suas listas de candidatos às eleições proporcionais (vereadores e deputados) com observância dos percentuais mínimo (30%) e máximo (70%) para cada um dos sexos. Diante da dificuldade que alguns enfrentam para apresentar pelo menos 30% de mulheres, candidaturas fictas são levadas a registro, daí decorrendo renúncias ou completa inexistência de campanha. A manobra, como se vê, acaba possibilitando a participação do partido na eleição, já que, sem se desincumbir dessa ação afirmativa de participação das mulheres, o partido não teria sequer seu DRAP deferido, ficando prejudicados os registros

---

<sup>28</sup> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:

(...)

§ 10 O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.



de todos os seus candidatos, porque devolvida a lista. Com essa fraude, o partido obtém votação capaz de eleger um ou mais candidatos. A fraude não se opera na votação ou na apuração dos votos, mas, ao contrário, no momento da largada da corrida eleitoral.<sup>29</sup>

Destarte, uma vez demonstrado um atentado à cota de gênero sob comento dever-se-ia pressupor, pelo menos, em tese, fortes indícios de fraude.

Sem embargo, a tendência detectada em diversos precedentes da Justiça Eleitoral é antagônica a isso.

Devido aos limites do ensaio em tela, a metodologia empregada não envolve a análise pormenorizada de todos os precedentes que versem sobre a temática sob apreço.

Entretanto, o objetivo do presente artigo nunca foi traçar o panorama jurisprudencial sobre a matéria em análise. O principal desiderato aqui concebido é outro, pois visa apenas enfatizar a necessidade de rigor no controle do respeito às cotas de gênero, sob pena de esvaziá-las.

Diante destes esclarecimentos e a partir das ementas dos julgados abaixo mencionados, segundo já aventado, é possível se aferir o desprestígio outorgado às cotas eleitorais de gênero e o prejuízo daí decorrente para a satisfação da igualdade efetiva entre homens e mulheres.

Em meados do ano de 2018, o Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais decidiu que a desistência informal da campanha pela candidata do sexo feminino configura expressão da vontade individual dela e, por conseguinte, não dá azo à fraude<sup>30</sup>.

Pouco antes do julgamento acima, o mesmo Sodalício se posicionou de forma ainda mais enfática e afirmou que o desejo da candidata de “disputar” as eleições apenas para que a agremiação partidária atinja a cota eleitoral, isto é, sem qualquer interesse concreto de ganhá-las, constitui ato legítimo da sua autonomia da vontade<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. 8. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, p. 465.

<sup>30</sup> RECURSO ELEITORAL. AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO JUDICIAL ELEITORAL. FRAUDE. COTA DE GÊNERO. (...) MÉRITO. Fraude à cota de gênero. Utilização de candidatura feminina artificiosa. Ofensa ao art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97. **Desistência informal da campanha. Possibilidade. Candidatura pela própria vontade da candidata. Ausência de campanha no facebook. Inexistência de poder probatório sobre a fraude.** Inexistência de conteúdo probatório robusto. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO para manter a sentença que julga improcedente o pedido formulado na AIJE. (RECURSO ELEITORAL n. 56.093, ACÓRDÃO de 20/06/2018, Relator(a) JOÃO BATISTA RIBEIRO, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico* – TREMG, Tomo 115, Data 28/06/2018) (grifo nosso).

<sup>31</sup> Recurso Eleitoral. Ação de impugnação de mandato eletivo. Eleições de 2016. Vereadores. Fraude à lei. Cota de gênero. Candidatura fictícia ou simulada. Pedidos julgados procedentes na primeira instância. (...) Mérito. Inexistência de atos ou gastos de campanha. Votação zera-

Enfim, ainda a título de ilustração, na mesma época, a Corte Eleitoral Inconfidente, enfrentando situação análoga, novamente priorizou a suposta autonomia da vontade do candidato em detrimento da valorização da participação feminina no cenário político nacional<sup>32</sup>.

O elemento comum a todos os arestos acima foi a preponderância outorgada à autonomia individual do candidato em detrimento da valorização das cotas de gênero, tendo sido este o argumento central para se refutar a tese de fraude suscitada.

---

da. Alegação de fraude ao art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/97, mediante candidatura fictícia. **De-  
poimento de candidata, chamada a registrar a candidatura para viabilizar o cumprimento  
do percentual de gênero previsto em lei. Elemento insuficiente para a caracterização da  
fraude. Ausência de simulação. Exercício da autonomia individual.** Não comprovação de  
aproximação espúria por parte de outros candidatos, ou de oferecimento de dinheiro ou van-  
tagem para se candidatar. Inexistência de preceito normativo que vincule a decisão acerca das  
candidaturas femininas ao comprometimento com a campanha ou cumprimento de um dever  
cívico, não exigido das candidaturas masculinas. Precedente do TRE/MG. Ausência de ele-  
mentos idôneos que evidenciem a fraude. Recurso a que se dá provimento para julgar impro-  
cedente a ação. (RECURSO ELEITORAL n. 108872, ACÓRDÃO de 26/03/2018, Relator(a)  
ANTÔNIO AUGUSTO MESQUITA FONTE BOA, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça  
Eletrônico* – TREMG, Tomo 061, Data 10/04/2018) (grifo nosso).

<sup>32</sup> Eleições 2016. Recurso Eleitoral. Ação de Impugnação de Mandato Eletivo. Candidaturas com inobservância da proporcionalidade de sexos distintos. Corrupção ou fraude. Procedência. Cassação de mandato. Preliminares. (...) Mérito. A fraude possui conceito aberto, que pode englobar situações em que a normalidade das eleições e a legitimidade do mandato eletivo são afetadas por ações fraudulentas, inclusive fraude à lei. Precedentes do Tribunal Superior Eleitoral. **O fato de candidatos ou candidatas não terem realizado campanha eleitoral de forma ostensiva por motivos pessoais é ínsito à sua autonomia da vontade, posto que não há lei vedando. Demais disso, o fato de as candidatas não terem obtido votação expressiva não demonstra, por si só, a ocorrência de fraude, sobretudo quando não há nos autos comprovação de má-fé do partido ou coligação e nem da ocorrência de irregularidades na formação do DRAP e dos pedidos de registro. Não é democrático nem republicano exigir que as mulheres que se apresentam como candidatas sejam compelidas, obrigatoriamente e sob pena de responder a processo, a demonstrar que suas candidaturas não são fraudulentas, o que poderia configurar atentado à própria finalidade da lei que estabeleceu as cotas, bem como ao princípio da isonomia, uma vez que essas mesmas exigências não são dirigidas aos candidatos do sexo masculino.** Deveria haver comprovação robusta de que a fraude tivesse sido perpetrada por todos os candidatos cujos mandatos estão sob o risco da alegação. Somente a vontade ou não da pessoa em participar do processo eleitoral não deve embasar o acolhimento da impugnação dos votos e, por consequência, da vontade e soberania popular. Eventual procedência do pedido levaria a conflito com a vontade do eleitor, que conferiu aos investigados o direito de representação por meio do voto. As provas constantes dos autos não conferem certeza à existência de fraude e de abuso de poder no tocante à ocorrência de candidaturas fictícias, uma vez que não ficou evidenciado o conluio entre os candidatos indicados pela coligação com intuito de lesar o processo eleitoral. Recursos providos. (RECURSO ELEITORAL n. 112.747, ACÓRDÃO de 05/03/2018, Relator(a) RICARDO TORRES OLIVEIRA, Relator(a) designado(a) PAULO ROGÉRIO DE SOUZA ABRANTES, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico* – TREMG, Tomo 060, Data 09/04/2018) (grifo nosso).

Portanto, sob tal perspectiva, ficaria à mercê das candidatas escolhidas na convenção partidária levar ou não a sério a própria candidatura. Contudo, tal raciocínio contraria a própria lógica das ações afirmativas.

Joan Scott explica que indivíduos e grupos são conceitos interdependentes, de sorte que “as identidades de grupo são um aspecto inevitável da vida social e da vida política”<sup>33</sup>. A partir disso, prossegue aduzindo a autora que as ações afirmativas são concebidas para se reconhecer o interesse de indivíduos enquanto membros de grupos sociais. Diante disso, a obtenção da equidade almejada pela medida discriminatória autorizada pressupõe a satisfação do interesse do grupo por meio do indivíduo a que ele pertence.

É defeso, pois, frustrar a lógica de ações afirmativas em prol da satisfação fictícia de interesses individuais, em decorrência do vínculo indissociável entre a pessoa e o grupo na formatação da identidade.

Na mesma ordem de ideias, Joan Scott apregoa o seguinte:

Se identidades de grupo são um fato da existência social e se as possibilidades de identidades individuais repousam sobre elas tanto em sentido positivo quanto negativo, então não faz sentido acabar com os grupos ou propositadamente ignorar sua existência em nome dos direitos dos indivíduos.<sup>34</sup>

Destarte, a autonomia da vontade da mulher que se candidata sem interesse concreto de ganhar as eleições não é objeto de tutela efetiva a partir do referendo de tal postura.

O reconhecimento genuíno das mulheres como “parceiras plenas na interação social”<sup>35</sup> deslegitima tal autonomia da vontade, especialmente porque despreza o elo entre a identidade individual e de grupo.

Parafraseando Nancy Fraser, o reconhecimento envolve uma questão de status social, de sorte que “o que exige reconhecimento não é a identidade específica de um grupo, mas a condição dos membros do grupo como parceiros integrais na interação social”<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> SCOTT, Joan W. *O enigma da igualdade*. *Revista de estudos feministas*. Florianópolis, 13(1): 216, janeiro-abril/2005, p. 18.

<sup>34</sup> SCOTT, Joan W. *O enigma da igualdade*. *Revista de estudos feministas*. Florianópolis, 13(1): 216, janeiro-abril/2005, p. 29.

<sup>35</sup> FRASER, Nancy. Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero (Tradução de Heloísa Eugênia Villela Xavier). In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora 34, 2002, p. 71.

<sup>36</sup> FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). *Revista Lua Nova*. São Paulo: Edições 70, 2007, p. 107.

Neste contexto, a paridade participativa, na forma desenvolvida por Nancy Fraser, enquanto critério avaliativo de políticas afirmativas, não permite que as minorias para as quais tais ações se voltam, concretizem práticas cuja consecução nega a eles mesmos a sobredita paridade. Nesse azimute:

Reivindicantes devem mostrar, primeiro, que a institucionalização das normas culturais da maioria nega-lhes a paridade participativa e, segundo, que as práticas cujo reconhecimento eles buscam não nega a eles mesmos a paridade participativa a alguns membros do grupo bem como a não membros.<sup>37</sup>

Destarte, carece de legitimidade o referendo da vontade individual de mulheres escolhidas por agremiações partidárias para participar de pleitos eleitorais em prejuízo ao aumento da participação feminina no cenário político nacional.

Afinal, tal raciocínio fraudata a razão de ser da política afirmativa concebida e contribui para a manutenção de um quadro de desequilíbrio de gênero no âmbito político.

Neste contexto, as cotas eleitorais femininas padecem de esterilidade e apenas formatam uma falsa representação metapolítica<sup>38</sup>, em que as arenas democráticas existentes assumem feições meramente formais, preservando a afonia feminina no espaço público.

## A FRAUDE, SUAS CONDICIONANTES E LIMITES

Ao mesmo tempo que a interpretação que recai sobre as cotas eleitorais de gênero não pode amparar candidaturas femininas fictícias, o trabalho hermenêutico desenvolvido não pode dar azo a conclusões açodadas acerca da natureza fraudulenta de toda candidatura feminina malsucedida.

A legitimidade do rigor hermenêutico exigido em torno da respeitabilidade das cotas eleitorais de gênero está umbilicalmente atrelada à ampla justificabilidade da fraude cogitada.

Segundo já aventado, a autonomia da vontade da candidata, por si só, não é justificativa idônea para o esvaziamento da política afirmativa em testilha. Porém, a comprovação da fraude não é simplória, pois se subordina à demonstração de elementos concretos acerca da natureza ficta da candidatura.

---

<sup>37</sup> FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). *Revista Lua Nova*. São Paulo: Edições 70, 2007, p. 129.

<sup>38</sup> FRASER, Nancy. *Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). *Revista Lua Nova*. São Paulo: Editora 77, 2009, p. 34.

A divulgação do resultado das eleições revela que candidaturas femininas, muitas vezes, sobretudo em circunscrições eleitorais menores, não desfrutam de um único voto.

Logo, tal circunstância constitui importante elemento de convicção acerca da seriedade da candidatura.

A inexistência de gastos de campanha, assim como a falta de qualquer indicativo de propaganda eleitoral também constituem aspectos deveras relevantes para se avaliar o perfil fraudulento ou não da candidatura.

Hodiernamente, o uso de redes sociais no âmbito de propagandas eleitorais é acentuado e o custo, se é que existente, muito baixo.

Portanto, a ausência de qualquer ato de campanha, mesmo através de perfis pessoais de candidatas são dados relevantes para avaliação da suposta fraude.

Enfim, o empenho da agremiação partidária para alavancar as candidaturas femininas também deve ser objeto de análise, com o fito de se apurar o respeito efetivo das cotas eleitorais de gênero.

Sob tal perspectiva, é defeso à Justiça Eleitoral se furtar a garantir a eficácia das cotas eleitorais de gênero sob o pretexto de proteger a autonomia da vontade feminina.

Neste contexto, uma vez reconhecida a fraude, a partir do caráter ficto de candidaturas femininas, por imposição legal, todos os candidatos da agremiação partidária que compactuaram, ainda que tacitamente com o ato ilícito, serão penalizados e terão seus registros de candidatura indeferidos ou, se já eleitos, terão seus mandatos eletivos cassados<sup>39</sup>.

Sensível a esta lógica, o Tribunal Superior Eleitoral, recentemente, determinou a cassação de vereadores eleitores em Valença do Piauí, sob o fundamento de que a agremiação partidária em sua integralidade deve ser penalizada em caso de fraude derivada de “candidaturas fantasmas”.<sup>40</sup>

Em vista disso, a esperança nutrida é a de que os partidos políticos levem mais a sério as cotas eleitorais de gênero.

---

<sup>39</sup> CRFB/88 – Art. 14

(...)

§ 10 O mandato eletivo poderá ser impugnado ante a Justiça Eleitoral no prazo de quinze dias contados da diplomação, instruída a ação com provas de abuso do poder econômico, corrupção ou fraude.

<sup>40</sup> Disponível em: <http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2019/Setembro/tse-mantem-cassacao-de-vereadores-envolvidos-em-caso-de-candidaturas-fraudulentas-no-piaui>. Acesso em 04 out. 2019.

Por derradeiro, indubitavelmente, o raciocínio desenvolvido ao longo do presente ensaio não tem a pretensão de solver o déficit substancial da participação feminina no cenário político.

Afinal, a hierarquia de valores androcêntrica presente na estrutura partidária é apenas um dos entraves para a disparidade de gênero na representação política.

Os obstáculos para impulsionar a plena participação das mulheres na vida política são múltiplos, a exemplo da “dupla jornada” tão enraizada em nosso seio cultural.

Entretanto, o respeito efetivo às cotas eleitorais de gênero constitui, pelo menos, um passo em direção à igualdade; ressaíndo clarividente que o reconhecimento de que a inobservância a elas caracteriza uma fraude à democracia representa mais um mecanismo em prol da paridade de participação.

## CONCLUSÕES

As cotas eleitorais de gênero encontram assento na legislação brasileira em vigor há aproximadamente dez anos. Sem embargo, levantamentos estatísticos revelam sua patente inefetividade.

A regra jurídica que versa sobre tal temática, mesmo não sendo nada ambiciosa, tem sido objeto de notório descumprimento desde a sua edição. Logo, até o presente momento, a lei vigente tem contribuído pouco para reduzir o déficit feminino na composição dos cargos públicos eletivos.

Recentemente, o Poder Judiciário, por meio de um trabalho interpretativo concatenado com os valores constitucionais agasalhados pelo sistema normativo pátrio, proporcionou conquistas relevantes no processo de busca de isonomia de gênero.

Sob o paradigma da igualdade, a literalidade do artigo 10, § 3º da Lei n. 9.504 de 1997<sup>41</sup> não foi obstáculo para que se consolidasse o entendimento de que a expressão “sexo” nele contida corresponde, na verdade, ao termo gênero, como todas as nuances daí advindas.

A mesma lógica hermenêutica também foi determinante para a redefinição da amplitude do artigo 9º da Lei n. 13.165 de 2015<sup>42</sup> e o consequente aumento do

---

<sup>41</sup> BRASIL, *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

<sup>42</sup> BRASIL, *Lei n. 13.165 de 29 de setembro de 2015* (Altera as Leis ns. 9.504, de 30 de setembro de 1997, 9.096, de 19 de setembro de 1995 e 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral, para reduzir os custos das campanhas eleitorais, simplificar a administração dos Partidos Políticos e incentivar a participação feminina). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

percentual do montante do Fundo Partidário destinado para o financiamento de campanhas femininas.

Nada obstante, a via interpretativa ainda comporta espaços seguros para a obtenção de novos avanços em direção ao recrudescimento da isonomia de gênero.

Neste cenário, a contraposição entre a autonomia da vontade individual e a efetividade da política afirmativa derivada das cotas eleitorais de gênero é inadvertida, porquanto despreza o vínculo indissociável entre a identidade individual e de grupo, bem como ofende a lógica subjacente à intenção legislativa sob comento.

A legitimidade das balizas interpretativas concebidas em torno da política afirmativa em testilha está condicionada à incorporação de técnicas que salvaguardem independência e voz às mulheres nos pleitos eleitorais.

Com efeito, o referendo a candidaturas femininas fictícias, ao invés de prestigiar a liberdade individual de candidatas, conserva valores culturais antagônicos ao respeito demandado a todas as mulheres e sacrifica uma alternativa viável para que elas alcancem verdadeira estima social.

Neste panorama, as agremiações partidárias que concorrem para o lançamento de candidaturas fictas incorrem em fraude ao processo eleitoral, ferindo a própria democracia.

Sensível a esta problemática, o Tribunal Superior Eleitoral, recentemente, no bojo do julgamento do REspe 193-92, oriundo de Valença do Piauí/PI, determinou a cassação de todos os vereadores eleitos por coligação partidária que encampou candidaturas femininas fictícias.

Com tais considerações, mesmo ciente de que a associação entre as candidaturas fictas e a fraude configura técnica jurídica eivada de limitações significativas para ampliar a participação feminina na vida política nacional, reputa-se que ela configura um mecanismo imprescindível para resguardar o respeito à legislação vigente e a superação de mais um obstáculo em direção à isonomia de gênero.

## REFERÊNCIAS

ANDRADE NETO, João; GRESTA, Roberta Maia; SANTOS, Polianna Pereira. Fraude à cota de gênero como fraude à lei: os problemas conceituais e procedimentais decorrentes do combate às candidaturas femininas fictícias”. In: FUX, Luiz; PEREIRA, Luiz Fernando Casagrande; AGRA, Walber de Moura (Coord.); PECCININ, Luiz Eduardo (Org.). *Abuso de poder e perda de mandato*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 239-281. (Tratado de Direito Eleitoral, v. 7.)

BENHABIB, Seyla. *The Claims of Culture – Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton, Princeton University Press, 2002.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. *Decreto n. 4.377 de 13 de setembro de 2002* (Promulga a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 1979, e revoga o Decreto n. 89.460, de 20 de março de 1984). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/2002/d4377.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm). Acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. *Lei n. 9.504 de 30 de setembro de 1997* (Estabelece normas para as eleições). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9504compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9504compilado.htm). Acesso em 20 set. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5617*. Relator(a): Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 15/03/2018, Processo Eletrônico DJe-211 Divulgação 02-10-2018, Publicação 03/10/2018.

BRASIL. Tribunal Superior Eleitoral. *RECURSO ESPECIAL ELEITORAL n. 56093*, Acórdão de 17/09/2019, Relator(a) Min JORGE MUSSI, Disponibilização no Diário da Justiça Eletrônico em 03/10/2019 Diário de justiça eletrônico N. 193, p. 105-107.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. *RECURSO ELEITORAL n. 56093*, Acórdão de 20/06/2018, Relator(a) JOÃO BATISTA RIBEIRO, Publicação: DJEMG – Diário de Justiça Eletrônico-TREMG, Tomo 115, Data 28/06/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. *RECURSO ELEITORAL n. 108872*, Acórdão de 26/03/2018, Relator(a) ANTÔNIO AUGUSTO MESQUITA FONTE BOA, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico* – TREMG, Tomo 061, Data 10/04/2018.

BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais. *RECURSO ELEITORAL n. 112747*, Acórdão de 05/03/2018, Relator(a) RICARDO TORRES OLIVEIRA, Relator(a) designado(a) PAULO ROGÉRIO DE SOUZA ABRANTES, Publicação: DJEMG – *Diário de Justiça Eletrônico* – TREMG, Tomo 060, Data 09/04/2018.

CASTRO, Edson de Resende. *Curso de Direito Eleitoral*. Belo Horizonte. Del Rey, 8. ed., 2016.

FRASER, Nancy. *Políticas feministas na era do reconhecimento: uma abordagem bidimensional da justiça de gênero* (Tradução de Heloísa Eugênia Villela Xavier). In: BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: Editora 34, 2002.

FRASER, Nancy. *Reconhecimento sem ética* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). *Revista Lua Nova*. São Paulo: Edições 70: 2007.

FRASER, Nancy. *Reenquadrando a justiça em um mundo globalizado* (Tradução de Ana Carolina Freitas Lima Ogando e Mariana Prandini Fraga Assis). *Revista Lua Nova*. São Paulo: Edições 77: 2009.

FREITAS, Juliana Rodrigues. O sistema de cotas de gênero e o óbice ao desenvolvimento no Brasil: reflexões iniciais acerca da reduzida participação feminina na política brasileira. In PEREIRA, Rodolfo Viana; SANTIAGO, Ana Cláudia (Org.) *Conexões Conexões Eleitoralistas*. Belo Horizonte: Abradep, 2016, p. 119-138.

Disponível em: <http://bit.ly/ebamME>. Acesso em 04 out. 2018.

INTER-PARLIAMENTARY UNION. *Women in National Parliaments: Situation as of 1st May 2018*. Disponível em: <http://archive.ipu.org/wmn-e/world.htm>. Acesso em 4 out. 2019.



PINTO, Céli Regina Jardim Pinto. *Quem tem direito ao “uso do véu”?* (Uma contribuição para pensar a questão brasileira). *Cadernos Pagu*, janeiro-junho de 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cpa/n26/30397.pdf>. Acesso em 6 set. 2018.

SALGADO, Eneida Desiree; GUIMARÃES, Guilherme Athaides; e MONTE-ALTO, Eric Vinicius Lopes Costa. *Cotas de gênero na política: entre a história, as urnas e o parlamento*. Disponível em: <https://periodicos.ufpb.br/ojs2/index.php/ged/article/view/25973/14453>. Acesso em 04 out. 2019.

SCOTT, Joan W. *O enigma da igualdade*. In *Revista de estudos feministas*. Florianópolis, 13(1): 216, janeiro-abril/2005.

SCOTT, Joan W. *Gender on the Politics 01 History*. New York: Columbia University Press, 1988. Tradução de Guacira Lopes Louro, versão em francês. Revisão de Tomaz Tadeu da Silva, de acordo com o original em inglês. Disponível em <http://www.seer.ufrgs.br/index.php/educacaoe realidade/article/view/71721/40667>. Acesso em 10 set. 2018.

Data de recebimento: 18/02/2019

Data de aprovação: 10/04/2019

# OS CAMINHOS PARA A SUPERAÇÃO DO POSITIVISMO: OS POSTULADOS DA ESCOLA DO DIREITO LIVRE NAS DECISÕES JUDICIAIS BRASILEIRAS

## THE WAYS TO OVERCOMING POSITIVISM: THE POSTULATES OF THE *FREE RIGHT SCHOOL* IN THE BRAZILIAN JUDICIAL DECISIONS

Wilson Engelmann\*  
Camilo Stangherlim Ferraresi\*\*

### RESUMO

O artigo reconstrói algumas características do positivismo jurídico e o modo como a Escola do Direito Livre pretendeu enfrentar tais aspectos. A partir da matriz teórica da fenomenologia-hermenêutica e da pesquisa documental, o artigo analisa algumas decisões judiciais, consideradas como a atual expressão dos postulados desta escola na jurisprudência brasileira. Se conclui, a partir da perspectiva do círculo hermenêutico, de raiz gadameriana, que o solipsismo ainda presente nas decisões judiciais brasileiras examinadas contraria as concepções do método fenomenológico-hermenêutico, exigindo que a resposta judicial deverá valorar as características

---

\* Pós-doutor en los Retos Actuales del Derecho Público, organizado pelo Centro de Estudios de Seguridad, da Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela, Espanha; graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (1988), mestrado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2000) e doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (2005). Professor, Pesquisador e Coordenador Executivo do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios e professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado, ambos da Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil. Pesquisador associado do: Latin American Nanotechnology & Society Network; Portuguese Institute for Legal Research e do Centro de I&D sobre Direito e Sociedade. E-mail: wengelmann@unisinos.br.

\*\* Doutorando em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos (São Leopoldo – RS), Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino (Bauru – SP). Especialista em Gestão e Formação de Educadores em Turismo pela Universidade do Sagrado Coração (Bauru – SP). Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Bauru – SP (ITE). Professor e Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Integradas de Bauru (FIB). E-mail: camilostangherlimferraresi@gmail.com.

do caso concreto, por meio do encadeamento dos diversos níveis deste círculo, sem fracionamento, a fim de se “escapar” do mero subjetivismo do julgador no momento da atribuição do sentido ao texto jurídico.

**Palavras-chave:** Positivismo jurídico; Escola do Direito Livre; Círculo hermenêutico; Decisões judiciais.

#### ABSTRACT

The article reconstructs some characteristics of legal positivism and the way in which the Free Law School intended to confront these aspects. From the theoretical matrix of phenomenology-hermeneutics and documentary research, the article analyzes some judicial decisions, considered as the present expression of the postulates of this school in Brazilian jurisprudence. It is concluded, from the perspective of the hermeneutic circle, of the Gadamerian root, that the solipsism still present in the Brazilian judicial decisions examined contradicts the conceptions of the phenomenological-hermeneutic method, requiring that the judicial response should assess the characteristics of the concrete case, through in order to “escape” from the mere subjectivism of the judge at the moment of the attribution of meaning to the legal text.

**Keywords:** Legal positivism; School of Free Law; Hermeneutic circle; Judicial decisions.

#### INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo analisar a tendência de decisões judiciais brasileiras se assemelharem a matriz teórica do Direito Livre, movimento alemão, do começo do século XX que tinha como marca principal a superação da escola positivista clássica que dominou o direito no século XIX. Diante disso, será estudado o positivismo exegético francês e, por consequência, a distinção dele de outras matrizes teóricas positivistas para compreensão adequada do surgimento de movimentos que tinham por objetivo a sua superação, em especial, do Direito livre, bem como o momento histórico em que estavam inseridos.

A compreensão do positivismo clássico e suas características e diferenciações em relação às demais matrizes do positivismo jurídico se verificam necessárias para superação da ideia difundida por muitos de que o positivismo está relacionado exclusivamente com a fiel aplicação da lei sem espaço de interpretação para o juiz ou jurista diante da norma jurídica.

A partir dessas considerações, pretende-se analisar o surgimento do movimento do Direito livre, suas características e contraposição a escola exegética, bem como o contexto histórico-social que impulsionou seu surgimento. Nessa perspectiva, serão analisadas algumas decisões dos Tribunais brasileiros que de certa forma (re)visitaram tardiamente (e injustificadamente) ao modo de decisão proposto pelo movimento do Direito livre, inclusive em algumas situações em

contrariedade com a legislação vigente, com a justificativa da busca da justiça ou da conformação com a voz das “ruas”. Deste panorama, se desenha o problema que o artigo pretende enfrentar: a partir das características da Escola do Direito Livre, sob quais condições se poderá dizer que seus postulados podem ser encontrados em decisões judiciais no Brasil?

Não se busca distinguir detalhadamente as matrizes teóricas do positivismo, mas situar historicamente o surgimento do movimento do Direito livre como antítese do positivismo exegético francês. Nesse contexto, são objetivos específicos do artigo: (i) investigar se a aplicação tardia de um movimento do começo do século XX nas decisões judiciais brasileiras que podem afetar ou relativizar a concepção de democracia; (ii) avaliar a compreensão da Escola de Exegese Francesa e seus reflexos na realidade do Direito brasileiro, identificando elementos estruturantes na atuação do Poder Judiciário e a (im)possibilidade de atuação do Poder Judiciário com influência do movimento do Direito Livre, a partir da análise de algumas decisões judiciais. Foram analisadas algumas decisões judiciais, livremente identificadas pelos autores, a partir das orientações próprias da pesquisa documental.<sup>1</sup>

O encadeamento da pesquisa que sustenta este artigo se dará por meio do método fenomenológico-hermenêutico<sup>2</sup>, que visa aproximar o sujeito (pesquisador) e o objeto a ser pesquisado. Não se fará uma análise externa, como se o sujeito e o objeto estivessem cindidos, o sujeito (o pesquisador) está diretamente relacionado com o objeto de estudo, ou seja, a influência da escola do Direito Livre nas decisões judiciais brasileiras, o qual interage com ele e sofre as consequências dos seus resultados (suas descobertas e potencialidades). Assim, não se trata de uma investigação alheia ao pesquisador, ele está no mundo onde a pesquisa será desenvolvida. Aí o significado do fenômeno.

De acordo com Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira, o método compreende três pontos “que o próprio Heidegger oferece como descrição, e que parecem exprimir, de um modo englobante, aquilo que o método fenomenológico comporta. São elas: *a*) a redução; *b*) a destruição; *c*) a construção”.<sup>3</sup> O método fenomenológico é um procedimento regressivo que realiza uma operação

<sup>1</sup> REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

<sup>2</sup> ENGELMANN, Wilson. *Direito Natural, Ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

<sup>3</sup> STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. In: *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 15 out. 2019.

interna no seio da história da filosofia, que busca destruir sedimentações que se formam na linguagem e endurecem a tradição, ou seja, como explicam Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira “trata-se de ler a tradição de modo que seja possível perceber nela *possibilidades* que ficaram inexploradas por uma série de encobrimentos”.<sup>4</sup>

A constatação fenomênica receberá a atribuição de sentido, a partir do círculo hermenêutico, especialmente a partir das contribuições de Martin Heidegger e Hans-Georg Gadamer. No movimento do círculo hermenêutico, onde a pré-compreensão antecede a compreensão/interpretação/aplicação que se dará sentido aos resultados da pesquisa, onde o investigador estará diretamente implicado<sup>5</sup>. Portanto, isto somente será possível a partir da experiência do pesquisador, mediante sua pré-compreensão de mundo, da vida e dos resultados que a pesquisa poderá produzir na sociedade.

### A (IN)COMPREENSÃO DAS MATRIZES POSITIVISTAS: O POSITIVISMO EXEGÉTICO

Atualmente ainda é utilizada a expressão positivismo para amoldar todas as espécies de interpretação do direito e para justificar a necessidade de superação da crise do direito brasileiro.

Muitos autores se autodenominam positivistas jurídicos, sem, contudo, fazer a distinção entre as diversas matrizes teóricas filosóficas e “quando alguém fala em positivismo não imagina os diversos positivismos que foram se forjando ao longo dos séculos”<sup>6</sup>.

O positivismo jurídico surgiu no século XIX em contraposição ao direito natural<sup>7</sup> tendo passado por adaptações desde seu surgimento com diversas diferenças de pensamento que superaram o dualismo juspositivismo e jusnaturalismo. Lenio Luiz Streck ensina que “não obstante, é possível observar que o Juspositivismo (em suas mais variadas faces) se fundou na relação moderna sujeito-objeto, alternando entre objetivismo e subjetivismo, razão teórica e razão prática, e em cosmovisões filosóficas anacrônicas que mantém a discricionariedade,

---

<sup>4</sup> STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. op. cit.,

<sup>5</sup> ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humano-éticos: os humanos buscando ‘direitos’ para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: CONPEDI, 2010, Fortaleza, CE. *Anais eletrônicos...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.

<sup>6</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 159.

<sup>7</sup> Sobre este tema, consultar: ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico*: princípios, regras e o conceito de Direito. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2001.

tornando este paradigma inadequado para esta quadra da história, sobretudo diante das exigências da democracia”<sup>8</sup>.

O estado de crise e a necessidade de superação é zona comum para enquadramento em todas as categorias do direito a partir da concepção de positivismo, seja para apontar a crise do ensino jurídico, seja para apontar a crise da interpretação do Direito pelos Tribunais. Identifica-se o estado atual de crise e, como solução, a superação do positivismo.

Lenio Luiz Streck ensina que o positivismo científico:

Explicando melhor: o positivismo é uma postura científica que se solidifica de maneira decisiva no século XIX. O “positivo” a que se refere o termo positivismo é entendido aqui como sendo os fatos (lembramos que o neopositivismo lógico também teve a denominação de “empirismo lógico”). Evidentemente, fatos, aqui, correspondem a uma determinada interpretação da realidade que engloba apenas aquilo que se pode contar, medir ou pesar ou, no limite, algo que se possa definir por meio de um experimento.<sup>9</sup>

O positivismo clássico apresenta características peculiares que o aproxima de escolas em diferentes países, como por exemplo, França e Alemanha (ressalvadas suas particularidades e a ausência de marco definidor entre elas), e o diferencia de outras matrizes filosóficas. Uma delas é que o material jurídico é estabelecido por uma autoridade, conforme explica Lenio Luiz Streck:

Trata-se de um movimento em que o material jurídico é estabelecido por uma autoridade humana legitimada: na França, a lei produzida pelo legislador racional, de inspiração iluminista (positivismo exegético); na Alemanha, os conceitos gerais e abstratos deduzidos pelos juristas-professores (jurisprudência dos conceitos); na Inglaterra, os precedentes proferidos pela autoridade política competente (jurisprudência analítica). Veja-se que é isto que o positivismo posteriormente chamaria (tese dos) “fatos sociais”, embora nesse momento histórico não seja da simples caracterização como “fato social” que derive a legitimidade do Direito, mas da sua relação com a autoridade criadora (legislador, professor ou juiz).<sup>10</sup>

A questão positivista do fato social significa que o jurista só cabe descrever os fatos, que são construções humanas. Busca-se certezas e objetividades a partir

---

<sup>8</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

<sup>9</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 34-35

<sup>10</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v 15, n. 1. p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010. p. 159.

do sentido atribuído pela razão humana, “o Direito é um fato social posto pela razão humana”<sup>11</sup>.

Por diversas razões, em um segundo momento, o Direito dado, posto, positivo, precisa ser preservado e nessa perspectiva, ao julgador, ao jurista, cabe a função de aplicá-lo ao caso concreto. A interpretação do direito está atrelada ao método dedutivo de subsunção do fato à norma. Nesse sentido, Lenio Luiz Streck:

No entanto, em um segundo momento, esse Direito posto (positivo) precisa ser conservado/preservado por razões políticas e sociais (a desconfiança da burguesia francesa com os juizes do *ancient regime*; a unificação do Direito alemão sob o império de Bismarck; a limitação do poder dos juizes frente às imposições consuetudinárias)<sup>12</sup>.

Prossegue:

No positivismo jurídico clássico, exegético ou legalista, acredita(va-se) que o mundo podia (pode) ser abarcado pela linguagem e que a regra – no plano do direito – abarca(va) essa “suficiência do mundo”, isto é, a parte do mundo que deposita(va) na regra as universalidades conceituais que pretendem esgotar a descrição da realidade<sup>13</sup>.

Para melhor compreensão, necessário o resgate da escola de exegese francesa para destacar das demais escolas positivistas e verificar como, ainda hoje, se trata todas as facetas do positivismo como se fosse positivismo medievo, ou seja, para parcela significativa dos juristas brasileiros Kelsen e o positivismo francês são a mesma coisa. O recorte a partir do positivismo francês exegético se faz necessário, tendo em vista que o modelo de construção de significado (re)produzido no Brasil como marco teórico do positivismo se aproxima de sua estrutura conceitual e desconsidera as diferentes matrizes teóricas positivistas, suas diferenças e características próprias.

Castanheira Neves designa a Escola da Exegese<sup>14</sup> como “uma corrente do pensamento jurídico francês nascida nos começos do século XIX, que subsistiu, com maior ou menor fidelidade ao seu sentido originário, por todo esse século e em que encontrou expressão doutrinária e metodológica o legalismo da codificação pós-

<sup>11</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 160.

<sup>12</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 160. Consultar, também, KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico*: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 217-218.

<sup>13</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise*: uma exploração hermenêutica da construção do Direito. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 135.

<sup>14</sup> Interessante estudo sobre a Escola da Exegese pode ser lido em: MORAES, Maria Amália Dias de. A Escola da Exegese – Esboço de uma Justificação Histórica. *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 22, n. 56, p. 43-52, set./dez. 1989.

-revolucionária”<sup>15</sup>. A Escola da Exegese tinha como característica a entendimento do Direito como conjunto de textos legais sistematizados nos códigos e a submissão a uma estrita hermenêutica exegética, dogmática, lógico-analítica e dedutiva.<sup>16</sup> Para a Escola da Exegese a produção normativa estava adstrita ao conjunto de lei emanados da autoridade legislativa, ou seja, do Poder Legislativo. Trata(va)-se de uma escola em que o material jurídico é entregue por uma autoridade formal. Lenio Luiz Streck aponta que na perspectiva do direito “a mensurabilidade positivista será encontrada num primeiro momento no produto do parlamento, ou seja, nas leis, mais especificamente, num determinado tipo de lei: os Códigos”<sup>17</sup>.

A principal característica do positivismo clássico ou legalista é a equiparação do direito à lei, que era produzida por uma autoridade legislativa, no caso francês e, ao juiz, ou intérprete, restava apenas a função de aplica-la, sem espaço para interpretação além da lei, que era a única fonte do Direito.<sup>18</sup> De acordo com Georges Abboud, Henrique Garbellini Carnio e Rafael Tomaz Oliveira são características do método da escola da exegese “a sistematicidade jusnaturalista-racionalista; a radical separação entre fato e direito; a identificação total entre código (estatuto) e direito, o dogma da literalidade na interpretação dos artigos dos códigos”<sup>19</sup>. Com tais contornos, os defensores da Escola da Exegese tentavam controlar o tempo e o modo como o Direito regulava as relações sociais, em uma nítida tendência de que tudo estaria previamente contemplado legislativamente. Como já visto, para a Escola da Exegese o Direito se apresentava somente pela lei dada por uma autoridade e nessa estrutura jurídica não existiriam lacunas no ordenamento jurídico. A função do juiz, do interprete, era a aplicação da lei a partir do método lógico-dedutivo. Tal perspectiva acerca do jurídico, inevitavelmente conduziram à crise da escola, dada a resistência da sua revisão.

### **A CRISE DO POSITIVISMO EXEGÉTICO E A (IM)POSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO: A EMERGÊNCIA DO MOVIMENTO DO DIREITO LIVRE**

A crise do positivismo exegético e a necessidade de superação da compreensão do sistema jurídico como um sistema completo, sem lacunas, foram alavancadas por duas teorias que afirmavam a existência de lacunas e a ampliação das fontes jurídicas.

---

<sup>15</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 181.

<sup>16</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *op. cit.*

<sup>17</sup> STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 15, n. 1, p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010.

<sup>18</sup> ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

<sup>19</sup> ABOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *op. cit.*, p. 390.



Nesse sentido, Lenio Luiz Streck:

Nas diversas tentativas de superação do positivismo primitivo (nas suas mais variadas traduções “nacionais”), construíram-se teses voluntaristas-axiologistas, passando da “razão” para a “vontade”. É possível dizer que cada um dos “positivismos nacionais” teve sua antítese: na França, contra o exegetismo surge o movimento do Direito; no *commom law*, contra a jurisprudência analítica surge o realismo norte-americano e o escandinavo; na Alemanha, contra a jurisprudência dos conceitos surge a jurisprudência dos interesses.<sup>20</sup>

Aliás, com Losano, é possível afirmar que o chamado movimento do Direito Livre se encontra na raiz de todas essas posturas teóricas que tinham como pano de fundo a libertação do julgador das rígidas estruturas formais que o conceitualismo do século XVIII havia legado à moderna e agitada sociedade do século XIX.<sup>21</sup> No contexto assim delineado, se vislumbra a Escola de Direito Livre como uma reação ao formalismo legalista e à Jurisprudência dos Conceitos<sup>22</sup>

Em 1889, François Géný publicou o *Método de Interpretação e Fontes do Direito Privado Positivo* e inaugurou a *livre investigação científica do sistema*. A proposta de Géný não rompeu com o sistema positivista francês, nem pode ser considerada efetivamente a antítese daquela escola, mas sim, um processo de superação ou aperfeiçoamento da escola francesa, uma vez que Géný ainda mantém a lei como base ou como fonte principal do Direito, mas ampliou as possibilidades de realização do direito a partir da mudança da concepção das fontes do direito e do método de interpretação, ao defender: “são muito raros os casos de insuficiência da lei, e quase sempre a analogia proporcionará ao juiz um princípio para a solução”.<sup>23</sup> Nessa perspectiva, pode-se destacar que Géný propõe o rompimento com a tradição do positivismo exegetico da lei como única e exclusiva fonte do direito e reconhece a existência de lacunas no sistema jurídico.<sup>24</sup>

A lei, como um ato de inteligência e vontade humana, necessariamente limitada em seus olhares, restringida ainda em seu alcance efetivo, por maior que seja a profundidade a que se chegue, não poderia deduzir a totalidade de soluções

---

<sup>20</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 110.

<sup>21</sup> LOSANO, Mario G. O Direito Público da Europa Continental. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73-91.

<sup>22</sup> OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola de Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 273.

<sup>23</sup> GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925, p. 25.

<sup>24</sup> GÉNY, François. Op. cit.

que reclamam a infinita complexidade de relações sociais.<sup>25</sup> Gény concordava com uma possibilidade criadora da jurisprudência, propugnando uma independência do juízo e a liberdade de investigação, a fim de se garantir à Ciência Jurídica, condições essenciais de progresso.<sup>26</sup> O motivo para esta perspectiva, é assim justificada por Gény: “[...] sob a aparência de permanecer fiel à lei e ao seu pensamento, o método tradicional da exegese abre margem ao subjetivismo desordenado”.<sup>27</sup> Há verdadeira ampliação das fontes do Direito e elementos que possibilitem ao juiz extrair deles a regra de Direito que será aplicada. De acordo com Gény, as fontes seriam formais, ou seja, a lei, o costume, a doutrina e a jurisprudência, mas também poderia o intérprete se valer de elementos objetivos revelados pela investigação científica. Em relação as fontes formais, necessário destacar que os costumes adquirem um alto valor como fonte do direito nas questões jurídicas não reguladas pela lei.<sup>28</sup> A função do juiz, do intérprete, de criação de uma regra jurídica na hipótese de lacuna da lei é chamada de livre investigação científica. Livre porque se encontra subtraído da ação própria de uma autoridade positiva; investigação científica, porque não pode encontrar suas bases sólidas sem os elementos objetivos que só a ciência pode revelar. Os elementos objetivos são os princípios de ordem natural fundados na consciência e revelados institivamente pela razão humana, por exemplo, o princípio da justiça, da igualdade, equidade, analogia, elementos derivados da vida social, como organização moral, religiosa, economia, que devem ser combinados mutuamente sobre a base de que eles respondam amplamente a ideia de justiça e de utilidade social (organização social).<sup>29</sup>

A organização científica é uma tentativa de estabelecer critérios objetivos para o subjetivismo do juiz ou do intérprete na superação da lacuna existente no sistema jurídico positivo, por isso, denominado científica, é uma escola da ciência do direito. Somente é possível extrair bases sólidas nos elementos que a ciência pode revelar. A missão do intérprete é a criação e desenvolvimento do direito e, nesse ponto identifica-se uma mudança do papel do juiz em relação à escola de exegese em que o método seria apenas o lógico dedutível. São modelos distintos, na escola de exegese, a função era meramente declarativa, enquanto que aqui, há a criação e desenvolvimento do direito. A investigação encomendada ao juiz no terreno do Direito é descobrir, o que se aproxima à incumbência do legislador.<sup>30</sup>

---

<sup>25</sup> CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Teoría del derecho*. 3. edición, corregida, aumentada y actualizada con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. Ciudad de Buenos Aires: Editoreal Ábaco, 2013.

<sup>26</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 61-62.

<sup>27</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 62.

<sup>28</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 230 e seguintes.

<sup>29</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 232.

<sup>30</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 562 e seguintes.

Diante do silêncio ou insuficiência das fontes formais, o juiz deve formar sua decisão de Direito nas mesmas razões que teria o legislador se estivesse a regular a questão. Os limites do juiz seria o espírito da organização moderna e para livrar-se dos riscos da arbitrariedade, libertar-se o possível de toda influência pessoal e proveniente da situação particular que se coloca, e fundar sua decisão jurídica sobre elementos de natureza objetiva. Em síntese, o sistema de Géný não desconhece o valor central da lei, concede relevância a outras fontes do direito, as que bebem na realidade social e se orientam da solução das questões jurídicas que diariamente se apresentam, de modo a evitar a estagnação do Direito, já que este, ao entrar em contato com a realidade, tem que necessariamente estar em contínua renovação e evolução. Daqui, nesse amplo campo que se abre ao intérprete, não devemos esquecer aqueles princípios que, sem estar literalmente enunciados nos textos legais, surgem claramente do seu espírito e de sua combinação dos textos e os que cabe outorgar tanto valor e autoridade como ao mesmo texto de lei.<sup>31</sup>

O Movimento do Direito Livre foi um movimento de origem alemã que se firmou nas primeiras décadas do século XX e teve influência de François Géný. É uma corrente do pensamento jurídico que surgiu no interior do próprio pensamento jurídico, como que uma autocrítica e tentativa de auto-superação, e não diretamente provocada por fatores externos, sejam filosóficos, políticos ou outros.<sup>32</sup>

Castanheira Neves explica que “trata-se de um movimento (*movimento* no sentido próprio do termo, e não escola, considerada que seja a sua índole sobretudo polêmica e militante e não sistematicamente organizada [...]).<sup>33</sup> Movimento porque não foi sistematicamente organizado e porque apresenta um caráter ‘internacional’, como por exemplo, em realistas estadunidenses, na Alemanha e na Áustria.<sup>34</sup>

Catanheira Neves explica o Direito Livre como:

[...] direito livre identifica todo direito que se constitua para além ou independentemente do legislado, da lei – o direito não legal e reconhecido na sua normatividade sem imposição normativa autoritária (imperativa) do legislador estatal – e, que se confira a esse direito livre o caráter de uma objectiva pressuposição (assim, como direito vivo ou sociologicamente determinável e vigente na vida real da sociedade, como direito emergente da natureza das coisas, como direito natural inclusi-

<sup>31</sup> GÉNY, François. op. cit., p. 595 e seguintes.

<sup>32</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2. p. 194.

<sup>33</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 193.

<sup>34</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

vamente, etc.), quer seja nele o resultado de uma criação dos juristas, do jurista-julgador ou do juiz antes de mais, na sua judicatio-decisória realização do direito mediante o apelo a critérios normativos extralegais e em último termo com fundamento na sua autônoma e pessoalmente responsável procura pelo justo. Num sentido estrito, aquele a que se liga o movimento do direito livre, designa apenas esta última etapa da formação metalegal do Direito.<sup>35</sup>

Segundo Lenio Luiz Streck, “a Escola do Direito Livre, do início do século XX, fundada por Hermann Kantorowicz (1906, *A Luta pela Ciência do Direito*), essa doutrina defende – atenção! – para a época – a plena liberdade do juiz no momento de decidir os litígios, podendo, até mesmo, confrontar o que reza a lei. O juiz não estaria lançando mão apenas do seu poder decisório, mas, mais do que isso, a sua função de legislador, seu poder legiferante para encontrar aquilo que ele, juiz, percebe como “o justo”<sup>36</sup>. O movimento o Direito Livre afirmava a liberdade do jurista na procura do direito e combatia o positivismo cientificista. A manifestação do Direito se dava na realização histórico-social, pregava a libertação do formalismo exegético e conceitual e afirmava que ao lado do Direito dado, do Direito legislado, havia um Direito livre. O contexto histórico do movimento surge basicamente como uma reação contra o positivismo extremado da escola da exegese e a orientação doutrinal clássica que delimitava muito os poderes do aplicador das leis, estando ele fadado a sempre obedecer a norma. O direito da sociedade deveria prevalecer sobre o Direito legislado considerando-se que o primeiro era anterior a este. Os teóricos chamavam essa liberdade de Direito extralegal, seria o Direito Livre propriamente dito – aquela que vai além do Direito legislado.

Castanheira Neves explica que é importante compreender o contexto histórico do surgimento do movimento:

No plano cultural, há que atender à profunda alteração na perspectiva que se verificou na cultura europeia, no período histórico que imediatamente antecedeu o movimento e sobretudo naquele em que ele se desenvolveu. O homem passou então a reconhecer-se com outras dimensões para além daquela, até aí predominante, que tinha as suas raízes no Iluminismo e que o cientificismo do século XIX havia sustentado: a dimensão do intelectualismo teórico-analítico e sistematicamente abstracto, de que ciências empírico-naturais mecânico-matemáticas

<sup>35</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 193.

<sup>36</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 fev. 2019.

eram realização exemplar. Contra esse racionalismo analítico-abstracto, com seu empobrecedor positivismo, afirmava-se o vitalismo; a recusar a universalidade da razão (da razão-entendimento) proclamava-se a profundidade da vida e da razão vital, assim como antes que a razão ou mais do que a razão se haveria de reconhecer a vontade; perante a lógica, que se cumpre na analítica formal do espaço, estaria a densa intuição material do tempo, ou perante o estrito racionalismo o intuicionismo; da razão teórica (generalizante e explicativa) havia de distinguir-se a razão histórica (individualizante e compreensiva) [...].<sup>37</sup>

Como se verifica, nesse contexto há a ampliação e superação da visão do iluminismo e cientificismo do século XIX (supera-se o “intelectualismo teórico-analítico e sistematicamente abstrato focado em premissas de ciências empírico-naturais ou matemático-mecânicas), do racionalismo analítico-abstracto, alicerçado em um pobre positivismo e parte-se para afirmar um ‘vitalismo’, recusa da universalidade da razão e proclamação da profundidade.

Prossegue:

[...] à arte tecnológica de objetivos práticos, e enquanto mera aplicação prática da ciência, opõe-se a *práxis* em sentido próprio, com sua específica e irredutível autonomia, e à natureza, na sua neutro-impessoal objectividade, contrapõe-se a cultura e a sua humano-comprometida-axiologia; ao homem genérico e abstracto sucederia o homem concreto e existencial, etc. – e com as consequências conhecidas em todos os campos, no pensamento filosófico, na arte, na epistemologia.<sup>38</sup>

A transformação do homem genérico e abstracto para o homem concreto e existencial é condição de possibilidade para modificação do fundamento do Direito, da razão para a vontade, que se caracteriza pelo voluntarismo do sujeito que realizará a interpretação do Direito. A mutação no plano social conduz a novas exigências de existência social, principalmente provocadas pela Primeira Guerra, tendo em vista o fim estabilidade das sociedades liberais e o agravamento de problemas sociais emergentes da sociedade industrial.<sup>39</sup>

Castanheira Neves explica também as mudanças no plano jurídico:

No plano jurídico e, em directa consonância com a mutação no plano social, a segurança (jurídica), que postulava um direito estável de previsível certeza e de igualdade formal, passa a confrontar-se com a intenção

<sup>37</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 195.

<sup>38</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *op. cit.*, p. 195.

<sup>39</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *op. cit.*, p. 195.

de justiça e a sua exigência de um direito materialmente fundado e de realização concretamente adequado.<sup>40</sup>

Esse cenário de transformações possibilitou o surgimento e a aceitação de mudanças na matriz teórica com a finalidade de superação do positivismo, do direito dado a partir de uma autoridade e das atribuições ou liberdade do jurista na construção do Direito a partir das lacunas existentes no sistema jurídico. Isto possibilitou a mudança do fundamento do Direito que passou a ser a vontade e não a razão, que se orientou com uma finalidade prática, intuitiva, voluntarista, da busca da justiça, da equidade. A decisão surge como um *a priori*, assim, a lei e a racionalidade normativa surgem com expedientes complementares, elementos de justificação *a posteriori*. A vontade de uma decisão conduziria à escolha dos textos legais que a fundamentaria, a utilização de normas legais diante dos fatores práticos da gênese da decisão apresenta-se como posterior racionalização normativa, um controle da vontade, portanto. Castanheira Neves explica que o movimento “afirmava a necessária liberdade do jurista na procura do Direito, uma margem de decisão pessoal responsável ineliminável pela codificação mais exauriente e que não se pode ser integrada pelas operações puramente lógicas da metodologia clássica.”<sup>41</sup>

Diante disso pode-se concluir que o Direito livre pretendia (i) a superação do postulado do legalismo estatista, ou seja, a superação da lei como fonte exclusiva do Direito e a existência de fontes extralegais (direito consuetudinário, direito advindo de decisões judiciais) – daí o nome ‘direito livre’ (livre de lei); (ii) o postulado da plenitude lógica do sistema jurídico e a inexistência de lacunas, ou seja, a concepção do direito positivo como sistema unitariamente fechado, de uma auto-suficiência lógico-normativa, o qual implicava na negação da existência de lacunas; (iii) O postulado do direito como uma entidade racional subsistente em si ou como sistema lógico-racionalmente determinável e lógico-dedutivamente aplicável.<sup>42</sup>

São características diferenciadoras do movimento do Direito Livre: i) manifestação do direito é o da sua realização histórico-social e, por isso, a decisão jurídica concretamente problemática ou na decisão judicial se teria de ver o fator principal de sua formação (O direito não é um sistema de normas mas uma totalidade de decisões); ii) O fundamento criador do direito não é a razão, mas a vontade (voluntarismo), impulsionada pela emocional intuição axiológica, pela

<sup>40</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 195.

<sup>41</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2. p. 195.

<sup>42</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. v. 2.

intuição concreta do justo, pela consciência jurídica ou pelo sentimento do Direito; iii) o juiz devia decidir como decidiria no seu caso – empírico; iv) reconhecimento da legitimidade da decisão *contra legem*.<sup>43</sup>

As decisões *contra legem* só seriam legítimas se: i) se ela não lhe oferecesse um solução indubitavelmente; ii) se concluisse, livre e conscientemente, que o poder estatal (o legislador) existente ao tempo da decisão não teria provavelmente prescrito a solução enunciada na lei.<sup>44</sup> Mesmo nas hipóteses que a decisão *contra legem* fosse considerada legítima, o juiz deveria decidir no sentido de que presumisse ser a orientação que tomaria no caso o poder estatal atual e, na impossibilidade de determinar esse sentido, decidiria segundo o direito livre.<sup>45</sup>

O movimento do Direito livre possibilitou reflexões, como por exemplo, (1) apontar o problema das lacunas, (2) assentar o instante decisivo da decisão jurídica concreta, (3) indicar a participação de elementos não lógico-formais (axiológicos, emocionais, teleológicos) no juízo jurídico e (4) esclarecer a impossibilidade de confundir direito e lei. Todavia, a antítese proposta (intelectualismo-voluntarismo) admitiu o direito como puro subjetivismo e não propôs uma nova metodologia jurídica, ignorando que a lei também possuía o seu lugar próprio como um dos momentos de realização do direito. Com isso, não apontou solução ao problema das decisões *contra legem*.

### OS (DES)CAMINHOS DAS DECISÕES JUDICIAIS: DISCRICIONARIDADE, SOLIPSISMO E DIREITO LIVRE “À BRASILEIRA”

A partir da contextualização do positivismo clássico e o recorte específico em relação a escola francesa, tendo em vista a sua proximidade com o sistema jurídico brasileiro da *Civil Law*, que inclusive (re)produz o ensino jurídico codificado e, da identificação de movimentos que pretendiam a sua superação naquele momento histórico, ou seja, a *livre investigação científica do sistema*, proposto por François Géný e sua influência para o surgimento do movimento do Direito Livre na Alemanha, busca-se identificar influências tardias das premissas propostas por esse último na estrutura das decisões judiciais brasileiras.

Desta forma, pretende-se identificar traços que aproximam as características do Direito Livre nas decisões judiciais brasileiras de forma a (re)significar um movimento à brasileira a partir do horizonte de sentido projetado por decisões da Suprema Corte que repercute em todo sistema judicial.

O Supremo Tribunal Federal tem atuado de maneira voluntarista e, em algumas situações, ao decidir, invadindo competências constitucionais do legis-

<sup>43</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit.

<sup>44</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 197.

<sup>45</sup> CASTANHEIRA NEVES, Antônio. op. cit., p. 195-198.

lativo ou extrapolando os limites de sua competência. Em muitas decisões, a interpretação além da Constituição é sustentada com o fundamento na “busca da justiça” ou na necessidade de se “ouvir a voz das ruas”. Desta forma, são decisões que não correspondem adequadamente à própria Constituição e caracterizam modelos de arbitrariedade, com a escusa da discricionariedade judicial. Aqui parece oportuno trazer uma contribuição de Gustav Radbruch que, ao anunciar os seus *Cinco minutos de Filosofia do Direito*, defendeu, no terceiro minuto: “Direito quer dizer o mesmo que vontade e desejo de justiça. Justiça, porém, significa: julgar sem consideração de pessoas; mediar a todos pelo mesmo metro”.<sup>46</sup> Aqui um ponto importante.

O Poder Judiciário brasileiro, em suas instâncias superiores, ao adotar postura voluntarista, influencia as decisões das instâncias inferiores a seguirem o mesmo modo de decidir, ou seja, “decido conforme minha consciência” e a partir dela busco a fundamentação em “princípios” justificadores para decidir qualquer coisa. Aqui se verifica que o alerta de Radbruch está sendo esquecido. Nessa perspectiva, a razão do julgador é superada pela vontade e a decisão judicial passa a ser submetida à concepção de “direito” ou “justiça” da linguagem privada do intérprete. A atuação sem os limites da lei e, em especial, da Constituição, levam as decisões para o perigoso campo da arbitrariedade.

Lenio Luiz Streck explica:

Assim, da escola do Direito livre, passando pela jurisprudência dos interesses, pelo normativismo kelseniano, pelo positivismo moderado de Hart, pelo positivismo pós-hartiano até chegar aos autores argumentativistas, como Alexy, há um elemento comum: o fato de que, no momento da decisão, sempre acaba sobrando um espaço “não tomado” pela razão; um espaço que, necessariamente será preenchido pela vontade discricionária do intérprete/juiz (não podemos esquecer que, nesse contexto, vontade e discricionariedade são faces da mesma moeda).<sup>47</sup>

Diante desse cenário, serão analisadas algumas decisões e, a partir delas, se buscará traços identificadores da aplicação das ideias do movimento do Direito Livre no Brasil e suas peculiaridades. A opção por decisões judiciais do Supremo Tribunal Federal, que enfrenta questões de grande complexidade, e decisões do Juizado Especial, que tem como premissa a competência para julgar ações de menor complexidade, tem por objetivo demonstrar que há traços por todo o

---

<sup>46</sup> RADBRUCH, Gustav. *Cinco minutos de Filosofia do Direito*. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 416.

<sup>47</sup> STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.



sistema judicial de influência dos postulados do Direito Livre na construção da jurisprudência brasileira.

O objeto da pesquisa é a aproximação do método proposto pelo Direito livre para a construção de decisões judiciais e sua aproximação para o Direito brasileiro, sem realizar um paralelo cultural de associação. O que se pretende identificar é utilização cotidiana a partir da observação de decisões desde a mais alta Corte até o procedimento sumaríssimo de formulação de decisões baseadas, ainda que intuitivamente, nos preceitos do Direito livre, por isso aqui chamado de “à brasileira”, que vai muito além dos postulados da Escola de Direito livre.<sup>48</sup>

Nos autos do processo nº 1004515-18.2018.8.26.0071<sup>49</sup>, no Juizado Especial da Comarca de Bauru – SP, o despacho inicial deixou de designar audiência de conciliação, tendo em vista que a experiência do julgador autoriza a aplicação da lei:

Considerando o número de ações correlatas em curso por este Juizado, nas quais a experiência vem demonstrando que a audiência conciliatória é infrutífera, bem como à vista dos princípios da informalidade e celeridade que regem a atividade dos Juizados Especiais, fica dispensada a audiência prévia de conciliação, vez que trata-se de matéria exclusivamente de direito. Cite-se o(a)(s) ré(u)(s) para, querendo, apresentar(em) resposta no prazo de quinze (15) dias, contados do efetivo recebimento da citação, sob pena de suportar os efeitos da revelia. OUTROSSIM, INTIME(M)-SE A(S) PARTE(S) REQUERIDA(S) PARA QUE SE MANIFESTE(M), NO PRAZO DE 48 HORAS, SOBRE O PEDIDO DE CONCESSÃO DE TUTELA DE URGÊNCIA. Anoto que, nos Juizados Especiais Cíveis, a contagem de prazos se dá por dias corridos, não se aplicando a disposição contida no artigo 219 do Código de Processo Civil, consoante Comunicado Conjunto n.º 380/2016 da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria Geral de Justiça (publicada no DJE de 18/03/2016) e Enunciado 165 do FONAJE: “Nos Juizados Especiais Cíveis, todos os prazos serão contados de forma contínua. “Igualmente, deve(m) ficar cientes a(s) parte(s) requerida(s) que, nos termos do Enunciado 13 do FONAJE, “Os

<sup>48</sup> KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico*: da prudência antiga à ciência moderna. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 209 e seguintes.

<sup>49</sup> SÃO PAULO. Processo n. 1004515-18.2018.8.26.0071. Juizado Especial da Comarca de Bauru-SP. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?nuProcesso=1004515-18.2018.8.26.0071&cdProcesso=1Z0009A8A0000&cdForo=71&baseIndice=INDDS&nmAlias=P G5ARCTDS&tpOrigem=2&flOrigem=P&cdServico=190101&accessibilidade=false&ticket=8pxti CODOpFbyo6bQn7kIMo7DBaRQP0ciU9v3jTQY9CCy4IUZbNOKN4F0xYudKlvMcEMvGew5At qK234GfH%2FZH01dlp92%2BGHI0iHgKWVoS2vkQg%2Fd2Uzp%2BGny%2BKR%2BYOwe4Z Ywx65w7OX4pS93VVORsBZpiHhBJhukReAZVN0TXLT5xLC%2Bl7YWqFsBQcY0A4oOtB5P1Ka 6G%2BR7zn1kzFYoamiUNyz1fYAdnOMsDWYkQC0xUp%2BvfZ7ca%2BEYpPsiTWADiOzfhn q36F5AKaJZPQBtmdzl7p5lGm1s3xPWIRfd04%3D>> Acesso em: 08 out. 2019.

prazos processuais nos Juizados Especiais Cíveis, inclusive na execução, contam-se da data da intimação ou ciência do ato respectivo e não da juntada da intimação. (Fórum Nacional dos Juizados Especiais), bem como que “A correspondência ou contrafé recebida no endereço da parte é eficaz para efeito de citação, desde que identificado o seu receptor” (Enunciado n.º 05 do FONAJE). No caso de concordância com o pedido o pagamento poderá ser feito por meio de depósito judicial e, eventual proposta de composição poderá ser feita, por escrito, no prazo da resposta. Intimem-se.

O art. 16, da Lei n. 9.099/95, estabelece que registrado o pedido, independentemente de distribuição e autuação, a Secretaria do Juizado designará a sessão de conciliação, a realizar-se no prazo de quinze dias e não há espaço para a experiência do julgador decidir em cada caso se há ou não possibilidade de conciliação. A decisão descrita acima, tem contornos característicos de uma decisão solipsista, ou seja, o julgador assujeita o mundo conforme seu ponto de vista e, nesse sentido explica Lenio Luiz Streck o sujeito solipsista que “assujeita o mundo conforme o seu ponto de vista interior. Epistemologicamente, o solipsismo representa o coroamento da radicalidade do individualismo moderno em seu sentido mais profundo”.<sup>50</sup>

Para Lenio Luiz Streck solipsismo é “de certa forma, resultado da própria modernidade, ou seja, derivado do paradigma metafísico que encontrou na subjetividade do homem o ponto de fundamentação última para todo o conhecimento sobre o mundo.”<sup>51</sup> Pode-se questionar e afirmar que a decisão do juiz não causou prejuízos as partes e acelerou a resolução do processo, todavia, o não cumprimento ou aplicação da lei motivada pela experiência do julgador e não juridicamente por eventual inconstitucionalidade insere a decisão judicial no campo do arbítrio antidemocrático, haja vista que referida lei foi produzida a partir de um processo legislativo de um Estado Democrático de Direito. Ainda examinando a situação à luz do *Terceiro minuto de Filosofia do Direito*, de Gustav Radbruch, se poderia questionar a validade desta decisão, posto desconsiderar a referida vontade e desejo de justiça: “[...] quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas”.<sup>52</sup> Aqui um desafio significativo que os juristas e a Doutrina deverão prestar atenção.

<sup>50</sup> STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: *quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017. p. 273.

<sup>51</sup> STRECK, Lenio Luiz. op. cit., p. 273.

<sup>52</sup> RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997. p. 415-418.

A decisão aparentemente “inocente” e em busca de uma “adequada prestação jurisdicional” vai além do que postulava o movimento do Direito Livre, caracterizando o referido “minuto” desenhado por Radbruch, haja vista que o voluntarismo judicial era admitido nas hipóteses de lacuna, situação que não ocorreu no caso citado. Neste contexto, Lenio Luiz Streck faz uma observação sobre a atuação de parcela do Poder Judiciário brasileiro:

Como venho mostrando — e especialmente farei isso nesta coluna — setores do Judiciário chegaram ao ponto de radicalizar *para além* da Escola do Direito Livre. Afinal, ainda que o movimento (i) fosse cético quanto ao Direito e (ii) defendesse uma espécie de atuação legislativa do julgador, *atendendo às vontades sociais (contingentes, diferenciando-se assim do jusnaturalismo lato sensu), ainda assim, Kantorowicz pregava sua tese a partir das lacunas*, isto é, a partir da ideia de que o Direito não é um sistema completo capaz de prever todas as hipóteses de aplicação. É aí que entra a ideia de “Direito Livre”. Aqui, no Brasil, *o Direito parece ser livre desde-já-sempre*.<sup>53</sup>

No âmbito da jurisdição constitucional do Supremo Tribunal Federal, pode-se citar a decisão o voto do Ministro Roberto Barroso, Habeas Corpus 124.306 – Rio de Janeiro, que descriminalizou a prática de aborto até o terceiro mês de gravidez:

O princípio da proporcionalidade destina-se a assegurar a razoabilidade de substantiva dos atos estatais, seu equilíbrio ou justa medida. Em uma palavra, sua justiça.

[...]

Torna-se importante aqui uma breve anotação sobre o Status jurídico do embrião durante fase inicial da gestação. Há duas posições antagônicas em relação ao ponto. De um lado, os que sustentam que existe vida desde a concepção, desde que o espermatozoide fecundou o óvulo, dando origem à multiplicação das células. De outro lado, estão os que sustentam que antes da formação do sistema nervoso central e da presença de rudimentos de consciência – o que geralmente se dá após o terceiro mês da gestação – não é possível ainda falar-se em vida em sentido pleno.

[...]

No caso em exame, como o Código Penal é de 1940 – data bem anterior à Constituição, que é de 1988 – e a jurisprudência do STF não admite a

---

<sup>53</sup> STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

declaração de inconstitucionalidade de lei anterior à Constituição, a hipótese é de não recepção (i.e., de revogação parcial ou, mais tecnicamente, de derrogação) dos dispositivos apontados do Código Penal. Como consequência, em razão da não incidência do tipo penal imputado aos pacientes e corréus à interrupção voluntária da gestação realizada nos três primeiros meses, há dúvida fundada sobre a própria existência do crime, o que afasta a presença de pressuposto indispensável à decretação da prisão preventiva, nos termos da parte final do caput do art. 312 do CPP.<sup>54</sup>

Como se observa dos trechos da decisão, em que pese tenha utilizado a ponderação de princípios como fundamentação para não recepção dos dispositivos do Código Penal, o ministro com a finalidade de fazer “justiça” reescreve o tipo penal de modo a afastar o crime das condutas praticadas até o terceiro mês de gravidez. A aplicação do princípio da proporcionalidade exige, a partir da lição de Robert Alexy, que o magistrado faça um exercício, respondendo diversas perguntas, posicionadas em três degraus: a adequação; a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. As duas primeiras se encontram focadas com a possibilidade fática da resposta e a última encontra-se conectada com a sua possibilidade jurídica.<sup>55</sup> Percorrer esta escada e seus três degraus, no movimento estrutural do círculo hermenêutico, poderá assegurar a juridicidade da resposta, respeitando os limites do próprio sistema jurídico. Na grande maioria dos casos, quando o Poder Judiciário brasileiro lança mão do argumento baseado no princípio da proporcionalidade passa longe deste procedimento de Alexy.

No caso em tela, o Ministro Barroso, além de julgar além da lei (espaço do Direito Livre, como caracterizado acima), atua como legislador, estabelecendo critérios que descriminalizam a conduta a partir das condições estabelecidas pelo voto. Não se pretende discutir se o aborto deve ser descriminalizado ou não, mas o ativismo exagerado, o voluntarismo que desequilibra a atuação dos Poderes constituídos, a atuação do Poder Judiciário à margem do Direito, o que lhe coloca como um Poder autoritário. Embora o movimento do Direito Livre tenha ficado na História do Direito, estruturando a Tradição Jurídica Ocidental, parece que os seus postulados ainda estão muito vivos, especialmente em decisões como esta do Ministro Barroso.

Em outra decisão, agora monocrática, o Ministro Roberto Barroso decidiu:

Muito mais do que uma crítica ao papel que os benefícios da execução penal exercem na ressocialização dos detentos, essas reflexões se desti-

<sup>54</sup> <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/hc124306lrb.pdf>>. Acesso em 11 out. 2019.

<sup>55</sup> ALEXY, Robert. *Teoria de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993. p. 111-112.

nam a expor à sociedade, de modo transparente, aspectos do sistema e suas agruras. Como é notório, há intensa demanda na sociedade por um endurecimento do direito penal, particularmente no que diz respeito a crimes contra a Administração Pública. O direito penal, em uma sociedade como a brasileira, por motivos diversos, deve ser moderado. Porém, deve ser sério na sua interpretação, aplicação e execução de penas.

[...]

Carece de legitimidade corrente um ato do poder público que estabelece regras que favorecem a concessão de indulto para criminosos do colarinho branco. Isso porque, ao invés de corresponder à vontade manifestada pelos cidadãos, o decreto reforça a cultura ancestral de leniência e impunidade que, a duras penas, a sociedade brasileira tenta superar. Em manifesta falta de sintonia com o sentimento social – e, portanto, sem substrato de legitimidade democrática – o decreto faz claramente o contrário: dá um passe livre para corruptos em geral. Assim, a falta de legitimidade democrática é tão ou mais visível que o igualmente evidente desvio de finalidade.<sup>56</sup>

Na decisão monocrática, o ministro não apenas suspende ato do executivo por inconstitucionalidade como o reescreve a partir de sua compreensão do mundo e se utilizando de como “demanda da sociedade” e “sintonia com o sentimento social”, conforme explica Lenio Luiz Streck:

Para o ministro, o indulto agora está proibido – por ele, monocraticamente – em casos de crimes como peculato e corrupção ativa e passiva, de penas pendentes de recurso da acusação, de presos que cumpriram menos de um terço da pena ... enfim, *há uma série de perfis a partir dos quais o indulto está vedado*. Atenção: Também penso – e neste ponto estou de acordo com o ministro – que o presidente da República não tem liberdade absoluta para conceder indulto. Não tem carta branca. Já escrevi sobre isso, falando sobre indulto para crime hediondo (comentei a decisão do STF na ADI 2.795). Mas daí o Judiciário, no caso, um ministro do STF, *reescrever o decreto vai uma distância enorme*. Se fizer controle de constitucionalidade – bem fundamentado – o que acontece é a invalidação do texto. Ou uma interpretação conforme (*verfassungskonforme Auslegung*). Ou uma nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigklärung ohne Normtextreduzierung*). Ou até uma nulidade parcial com redução de texto. Mas, fazer um “novo”? *Legislar em lugar do presidente?*<sup>57</sup>

<sup>56</sup> <<https://www.conjur.com.br/dl/barroso-decisao-indulto-natalino-stf.pdf>>. Acesso em 12 out. 2019.

<sup>57</sup> STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: Consultor Jurídico, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

A expressão “sentimento social” utilizada na fundamentação da decisão, de certa forma é utilizada para atribuir sentido ao que o julgador pretende, ou melhor, assujeitar o mundo a partir de sua linguagem privada, desconsiderando a linguagem pública. A utilização de signos linguísticos distintos do Direito abre uma janela extremamente perigosa para se decidir “conforme a consciência do julgador” e nas bases do movimento do Direito Livre, em que a fundamentação surgia em uma etapa posterior a “escolha” da decisão “justa”. Portanto, se tem claramente caracterizada a presença do movimento do *Direito Livre à brasileira*. Esse tipo de subjetivismo fez parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo, conforme alerta de Paulo Bonavides:

[...] os subjetivistas debilitam as estruturas clássicas do Estado de Direito, assentadas numa valoração dogmática da lei, expressão prestigiosa e objetiva de racionalidade. Não é a toa que o subjetivismo faz parte da concepção professada na Alemanha pelo nacional-socialismo. Algumas teses fundamentais dos juristas da escola do direito livre alcançaram, à sombra desse movimento político, uma acolhida extremamente favorável.<sup>58</sup>

Em entrevista revisitada pela ABC, concedida por Hitler ao jornalista espanhol Javier Bueno, antes da 2ª Guerra Mundial, percebe-se, nas respostas do ditador alemão, a utilização de ideias superficiais e signos linguísticos que se pode atribuir ou “assujeitar” o conteúdo a partir da visão do intérprete. O nacional socialismo encontrou terreno fértil na época na Alemanha por conta do subjetivismo e voluntarismo dos movimentos que pretendiam a superação do positivismo. É possível verificar na entrevista a fala do líder nazista que pretendia reestabelecer o espírito do povo alemão “Su obra proyectada es hacer que resucite el espíritu de 1914 en el pueblo alemán. Y está convencido de que, aplastando al marxismus, resurgirá lo que desapareció entre los escombros de la catástrofe”.<sup>59</sup> Importante frisar que em momento algum se pretende afirmar que a motivação da decisão seja com base na ideologia nazista, mas apenas mostrar que no cenário que se abandona o Direito democraticamente positivado para implementar o fazer “assujeitar a sociedade” e a “interpretação do Direito”, a partir de expressões como “opinião pública”, “vontade popular”, abre-se oportunidade para decisões discricionárias, livres do direito e, que por essa razão, são antidemocráticas e autoritárias.

Não cabe ao Poder Judiciário avocar para si a representatividade que não possui, haja vista ser característica do Poder Legislativo ser o retrato social em

---

<sup>58</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 453.

<sup>59</sup> VILATTORO, Manuel P. *ABC actualidades*. Disponível em: <<https://www.abc.es/archivo/20140306/abci-entrevista-hitler-201403051643.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

sociedades democráticas. A função representativa cabe ao Parlamento e não às Cortes, por maior que seja a sua hierarquia, conforme ilustram Gilberto Morbach e Giovanna Dias:

Não é porque algo parece estar em desacordo com seu telos que a solução é esperar que a finalidade em questão seja bem atendida por aquilo que jamais a teve. O que se quer dizer é que, gostemos ou não – e, caso negativo, é um ônus da democracia –, a função representativa cabe ao parlamento, e não às cortes. Se ele não nos ouve, façamo-nos ouvir. A cidadania deve ser exercida; se já parece um clichê dizer que temos responsabilidade enquanto eleitores, talvez assim seja porque a ideia é verdadeira.

[...]

E bem ou mal, mal ou bem, a participação e a representação são elementos que se encontram no parlamento. Esperar que a resposta moralmente correta e politicamente adequada venha de um órgão sem *accountability*, especialmente em uma sociedade pluralista em profundos desacordos, parece ilusório e problemático.<sup>60</sup>

Nesta mesma linha, se poderia destacar as hipóteses em que o Poder Judiciário pode deixar de aplicar uma lei ou dispositivo de lei:

a) quando se tratar de inconstitucionalidade (nesse sentido, veja-se a Recl. 2645 do STF); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme à Constituição (*Verfassungskonforme Auslegung*); d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto (*Teilnichtigerklärung ohne Normtextreduzierung*); e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução de texto; f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, entendidos estes como normas (deontológicas), aplicáveis no código lícito-ilícito e não como *standards* retóricos ou enunciados performativos “tipo princípio da conexão, da afetividade, da eventual ausência de plenário, da rotatividade”, etc.<sup>61</sup>

Tais situações, estruturadas a partir do trabalho da verdadeira Doutrina, apontam que parcela do Poder Judiciário simplesmente não aplica a lei por entender que sua linguagem privada (a do magistrado?) de certa forma é uma

<sup>60</sup> MORBACH, Gilberto. DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? *Consultor Jurídico*, 04 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>>. Acesso em: 04 out. 2019.

<sup>61</sup> STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 out. 2019.

resposta melhor do que a apresentada pela legislação produzida pelo processo legislativo previsto constitucionalmente, ou ainda, em descompasso ou não observância do texto constitucional e, dessa forma, contribui diariamente para desestabilizar as bases da democracia e do Estado Democrático de Direito. Há que se ter presente que a resolução de um caso concreto sempre deverá ser operada no movimento do círculo hermenêutico<sup>62</sup>, onde a pré-compreensão, sustenta a compreensão, que assegura a interpretação e que projeta a aplicação, sem fatias, mas operações concomitantes, iluminadas pelos ensinamentos da tradição.<sup>63</sup>

O Supremo Tribunal Federal assume, no Brasil, o papel de Tribunal Constitucional: “[...] com isso, ‘penetra’ o Tribunal no âmbito da sociedade, assume ideias e interesses desse âmbito, ‘ouve’-os e transforma-os por meio da sua interpretação constitucional aberta”. Para desenvolver este papel, “[...] tem que apoiar-se na doutrina científica. O Direito Processual Constitucional abre-se à ‘sociedade aberta dos intérpretes constitucionais’; transforma-se em seu *medium*, sobretudo ali onde o Parlamento achou”<sup>64</sup> (O grifo está no original). Aqui se tem a chave para as reflexões desenvolvidas até o momento: cabe ao Parlamento encontrar e evidenciar os alicerces normativos e inseri-los na legislação. Ao Poder Judiciário caberá promover a interpretação, a partir das estruturas do círculo hermenêutico, respeitando os limites democraticamente inseridos no Sistema Jurídico pela atuação crítica e criativa do Poder Legislativo.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atuação do Poder Judiciário, buscando para si “lascas” do papel do Poder Legislativo, tem contribuído para enfraquecer as estruturas contemporâneas do Estado Democrático de Direito, com violações graves ao Direito vigente. Cabe, neste momento, destacar uma contribuição de Celso Lafer, ao escrever sobre o desdobramento e as consequências do ativismo judicial, a partir de dois elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito: 1. com “[...] respeito ao papel constitucional da separação dos poderes”; 2. e no [...] que tange ao valor da segurança jurídica num estado de direito”.<sup>65</sup> Como se verificou ao longo deste artigo, estes dois elementos estruturantes estão sofrendo um gradativo processo de fragilização, justamente a cada momento em que o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais e juízes do Sistema Judiciário brasileiro, na tenta-

---

<sup>62</sup> Sobre a proposta de funcionamento do círculo hermenêutico, consultar: ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

<sup>63</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamaca: Sígueme, 1984.

<sup>64</sup> HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012.

<sup>65</sup> LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do Direito: um percurso no Direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3. p. 80.



tiva de decidir de acordo com a “consciência do julgador”, esquecem o horizonte de sentido, expresso pelas regras e princípios inseridos na Constituição do Brasil. Neste cenário, se deve prestar atenção e buscar a contenção dos “[...] riscos de a interpretação extrapolar a desejável congruência normativa de uma Constituição, como expressão axiológica do mérito do ‘governo das leis’ e das inconveniências do ‘governo dos homens’, inclusive o dos magistrados”.<sup>66</sup>

Cotidianamente decisões judiciais, desde as mais corriqueiras, como deixar de designar audiência de conciliação no âmbito dos juizados especiais, até legislar em jurisdição constitucional, tem evidenciado uma postura voluntarista do Poder Judiciário e em muitas situações além do Direito Constitucional vigente. Esse comportamento se assemelha com o movimento do Direito Livre que pregava a liberdade do julgador para além do Direito legislado com a finalidade de buscar justiça. De qualquer modo, este movimento integra a tradição jurídica, podendo dizer-se que foi necessária para promover a evolução do Direito, exatamente na direção que o encontramos hoje: em condições de fazer frente aos desafios e inovações da vida na sociedade globalizada do Século XXI.

Todavia, esse movimento teve origem na Alemanha no início do século XX e em um contexto social diferente do atual vigente no Brasil e em contraposição ao positivismo clássico. Portanto, tinha um contexto que “justificava” o seu desenvolvimento. O que não é o caso do Brasil, neste momento histórico.

Desde 1988, o Sistema Jurídico brasileiro é estruturado a partir de uma Constituição Democrática, que dá validade ao sistema e aos Poderes constituídos, sendo a legislação produzida democraticamente na estrutura procedimental do processo legislativo previsto constitucionalmente. Não há justificativa, nem legitimidade, para se invocar o Direito Livre no Brasil pós Constituição de 1988 e as decisões judiciais que extrapolam os limites estabelecidos pelo Direito são abusivos e inconstitucionais. Aqui caberia a operação trazida no *Terceiro minuto de Filosofia de Direito* de Gustav Radbruch. O Poder Judiciário que “decide conforme sua consciência”, com base em uma linguagem privada, em busca de justiça ou do sentimento social, não respeitando os vetores constitucionalmente instituídos na Constituição do Brasil, a partir do trabalho do legislador constituinte. Este proceder gera o descaminho proposto para o Estado Democrático de Direito vigente.

Atualmente, no Brasil, há parcela significativa de juízes que decidem como querem. Cada Comarca (juiz) tem sua Lei n. 9099/95 (Lei dos Juizados Especiais); tem seu próprio Código de Processo Civil, em algumas situações, seu próprio Código Civil, sem contar a infinidade de princípios que aparecem todo dia nas

---

<sup>66</sup> LAFER, Celso. op. cit., p. 80-81.

fundamentações (justificativas) das decisões. Cada juiz decide com sua consciência e de forma solipsista, sem problematizar o caso concreto e decidir conforme a Constituição, sem a decisão adequada à Constituição. Pelo contrário, decide de acordo com sua “experiência” e a partir daí busca a fundamentação que quiser para justificar algo que já estava “decidido”.

O comportamento inspirado no Direito Livre, por melhores que sejam os interesses, são devastadores para o Estado Democrático de Direito e para democracia brasileira, haja vista que a decisão solipsista, discricionária, na verdade, é arbitrária e, um passo para uma ditadura judicial. Vale dizer, para um “governo dos homens”, onde Celso Lafer incluiu o “governo dos magistrados”. Portanto, com a reunião destes fragmentos, se tem como respondido o problema formulado na Introdução, assinalando um grande desafio para o Direito: considerando que qualquer decisão judicial precisa ser projetada no âmbito do “círculo hermenêutico”, onde a pré-compreensão se liga à compressão, dela para a interpretação e daí para a aplicação, sem o fracionamento, mas em um movimento crescente de atribuição de sentido.

O aprofundamento dos postulados da Escola de Direito Livre, embora seja uma reação a um Direito preso à produção legislativa, traz, por outro lado, que também é excessivo, pois se poderia instaurar um arbítrio judicial, como alertava Francesco Ferrara<sup>67</sup>. De qualquer modo, no caso do Brasil, sem destacar uma viabilidade de se seguir as estruturas interpretativas pretendidas pela Escola, se verifica que a sua consideração gera uma alternativa renovatória, especialmente a partir de um contexto de pluralidade de fontes do Direito.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. CARNIO, Henrique Garbellini. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. *Introdução à teoria e à filosofia do Direito*. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1993.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico: Lições de filosofia do Direito; compiladas por Nello Morra; tradução e notas Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues*. São Paulo: Ícone, 2006.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito constitucional*. 25. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BONNECASE, J. *Escuela de la exegesis en derecho civil*. Puebla: Cajica, 1944.

---

<sup>67</sup> FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Armênio Amado, Editor, Sucessor, 1987, p. 172.

- CABANILLAS, Renato Rabbi-Baldi. *Teoría del derecho*. 3. edición, corregida, aumentada y actualizada con el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, Decreto 191/2011. Ciudad de Buenos Aires: Editoreal Ábaco, 2013.
- CASTANHEIRA NEVES, Antônio. *Digesta: escritos acerca do Direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, v. 2.
- ENGELMANN, Wilson. *Crítica ao positivismo jurídico: princípios, regras e o conceito de Direito*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2001.
- ENGELMANN, Wilson. *Direito natural, ética e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- ENGELMANN, Wilson. Direitos bio-humano-éticos: os humanos buscando ‘direitos’ para proteger-se dos avanços e riscos (desconhecidos) das nanotecnologias. In: *Anais eletrônicos...* CONPEDI, 2010, Fortaleza, CE. Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3400.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2019.
- FERRARA, Francesco. *Interpretação e aplicação das leis*. Tradução de Manuel A. Domingues de Andrade. 4. ed. Coimbra: Arménio Amado, Editor, Sucessor, 1987.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdad y método*. Salamaca: Sígueme, 1984.
- GÉNY, François. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*. 2. ed. Madrid: Reus, 1925.
- GUIBOURG, Ricardo A. *Derecho, sistema y realidad*. Ciudad de Buenos Aires: Astrea, 2010.
- HÄBERLE, Peter. *Nove ensaios constitucionais e uma aula de jubileu*. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva, 2012.
- LAFER, Celso. *Filosofia e teoria geral do Direito: um percurso no Direito no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015, v. 3.
- KRETSCHMANN, Ângela. *História crítica do sistema jurídico: da prudência antiga à ciência moderna*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- LOSANO, Mario G. O Direito Público da Europa Continental. In: LOSANO, Mario G. *Os grandes sistemas jurídicos*. Tradução de Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 73-91.
- MORAES, Maria Amália Dias de. A Escola da Exegese – Esboço de uma justificação Histórica. In: *Revista Estudos Jurídicos*, São Leopoldo: Unisinos, v. 22, n. 56, p. 43-52, set./dez. 1989.
- MORBACH, Gilberto. DIAS, Giovanna. Em uma democracia, o Poder Judiciário deve assumir um papel representativo? In: *Consultor Jurídico*, 04 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-04/diario-classe-numa-democracia-judiciario-assumir-papel-representativo>> Acesso em: 04 out. 2019.
- MÜLLER, Ingo. *Los Juristas del Horror. La “Justicia” de Hitler: el pasado que Alemania no puede dejar atrás*. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo. Caracas, Venezuela: Editorial ACTUM, 2007.
- OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. Escola de Direito Livre. In: BARRETTO, Vicente de Paulo (Coord.). *Dicionário de filosofia do Direito*. São Leopoldo: Editora UNISINOS; Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 272-275.

RADBRUCH, Gustav. Cinco minutos de Filosofia do Direito. In: RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado, 1997, p. 415-418.

REGINATO, Andréa Depieri de A. Uma introdução à pesquisa documental. In: MACHADO, Máira Rocha (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017. p. 189-224.

STRECK, Lenio. *Hermenêutica e Jurisdição: diálogos com Lenio Streck*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a letra da lei é uma atitude positivista? *Revista Novos Estudos Jurídicos*. v. 15, n. 1. p. 158-173. Itajaí: Univali, jan.-abr. 2010.

STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte (MG): Letramento, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 6. ed. rev. e atual. de acordo com as alterações hermenêuticas dos Códigos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017.

STRECK, Lenio Luiz. O Brasil revive a Escola do Direito Livre! E dá-lhe pedalada na lei! In: *Consultor Jurídico*, 25 jun. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-25/senso-incomum-brasil-revive-escola-direito-livre-lhe-pedalada-lei>>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. Para juiz, vovó pode testar para Lenio, mas não para netos queridos. In: *Consultor Jurídico*, 02 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-ago-02/senso-incomum-juiz-vovo-testar-lenio-nao-netos-queridos>>. Acesso em: 02 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. O indulto e a Escola do Direito Livre: o STF que vai de zero a cem! In: *Consultor Jurídico*, 15 mar. 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mar-15/senso-incomum-indulto-escola-direito-livre-stf-zero-cem>>. Acesso em: 11 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz, OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Algumas indicações sobre o método fenomenológico-hermenêutico. In: *Consultor Jurídico*, 26 dez. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-dez-26/diario-classe-indicacoes-metodo-fenomenologico-hermeneutico>>. Acesso em: 15 out. 2019.

VILATTORO, Manuel P. *ABC actualidades*. Disponível em: <<https://www.abc.es/archivo/20140306/abci-entrevista-hitler-201403051643.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

Data de recebimento: 14/03/2019

Data de aprovação: 11/04/2019

# O INCIDENTE DE DEMANDAS REPETITIVAS E O DIREITO COMO INTEGRIDADE: UM DIÁLOGO ENTRE O CIVIL LAW E O COMMON LAW

## MASS LITIGATION JUDGEMANT INCIDENT AND THE LAW AS INTEGRITY: A DIALOGUE BETWEEN CIVIL LAW AND COMMON LAW

*Eloy Pereira Lemos Junior\**  
*André Geraldo Santos Cardoso de Mesquita\*\**

### RESUMO

O artigo busca analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e as novas técnicas de julgamento oriundas do *common law* como *overruling* e *distinguishing*, que possuem o nítido objetivo de fortalecer as decisões judiciais e criar uma jurisprudência íntegra, coerente e racional, além de conter a litigiosidade excessiva para minimizar o abarrotamento nos tribunais, sendo assim, a reflexão central deste estudo tem como foco principal a questão envolvendo a padronização das decisões judiciais e seus reflexos no contexto do Estado Democrático de Direito. A metodologia de estudo será com ênfase na pesquisa bibliográfica com utilização do método dedutivo e indutivo.

**Palavras-chave:** Incidente de resolução de demandas repetitivas; Litigiosidade; Padronização das decisões judiciais.

### ABSTRACT

The article seeks to analyze the Mass Litigation Judgment Incident and the new techniques of judgment coming from the *common law* as *overruling*

---

\* Doutor em Direito pela UFMG com pós-doutorado em Direito Empresarial (PUC-MG) e Administração de Empresas (Fumec). Mestre. Especialista pela Universidade de Lisboa. Avaliador INEP/MEC. Pesquisador e advogado. Professor do mestrado e graduação da Universidade de Itaúna-MG. Vinculado à Fundação Universidade de Itaúna – MG. E-mail: eloy.junior@uol.com.br.

\*\* Servidor do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Pós-graduado em Direito Processual PUC Minas. Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade de Itaúna – MG. Vinculado à Fundação Universidade de Itaúna – MG, Pós-graduando em Filosofia e Teoria do Direito PUC Minas. E-mail: andregscmesquita@hotmail.com.

and *distinguishing*, that have the clear objective to strengthen the judicial decisions and to create an integral, coherent and rational jurisprudence, besides containing the excessive litigation to minimize overcrowding in the courts, so the main reflection of this study is the question of standardizing judicial decisions and their consequences in the context of the Democratic State of Law. The methodology of the study will be based on the bibliographical research using the deductive and inductive method.

**Keywords:** Mass litigation judgement incident; Litigiousness; Standardization of judicial decisions.

## INTRODUÇÃO

O estudo que se inicia tem o objetivo de analisar o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas – IRDR e algumas técnicas oriundas do *common law* no tocante ao sistema de precedentes. Como é sabido, o IRDR é um novo instituto introduzido no ordenamento jurídico pelo Código de Processo Civil Brasileiro – Lei n. 13.105/15, possuindo o nítido viés de padronizar as decisões judiciais e diminuir o número excessivo de litígios para conferir segurança jurídica e economia processual.

Neste sentido, ficou bastante claro a intenção do legislador em racionalizar as decisões, sejam elas individuais e coletivas, no escopo de desafogar a máquina judiciária, evitando assim, decisões judiciais díspares em casos idênticos.

A padronização das decisões reflexamente introduz a aproximação das regras do *civil law* com o sistema do *common law*, contudo, pela tradição do direito pátrio de nítida formação romano-germânica a questão afigura-se preocupante pelo risco eventual de se engessar as decisões judiciais.

A par destas proposições, a reflexão que se propõe a fazer é investigar o uso dos precedentes e sua fusão ao IRDR, cuja imposição legislativa poderá acarretar o seu casual desvirtuamento e incongruências ainda maiores.

Assim, serão abordadas algumas questões históricas do *common law* suas origens, os sistemas inglês e norte-americano, também serão realizados alguns apontamentos sobre o uso dos precedentes no Brasil. O marco teórico tem como inspiração a teoria da integridade de Ronald Dworkin. O estudo metodológico partirá de uma análise dedutiva e indutiva com aporte histórico, doutrinário, legal, jurisprudencial e no direito comparado.

## ORIGENS HISTÓRICAS DO COMMON LAW

Neste tópico será realizada uma pequena abordagem no aspecto histórico do direito inglês e norte-americano, mormente no que tange às suas origens, desenvolvimento e sedimentação como sistema jurídico, sem, contudo, adentrar

em questões pontuais vez que o objetivo principal deste ensaio é apenas a compreensão racional do sistema de precedentes.

### *Common law* no sistema Inglês

Inicialmente cabe destacar que a Inglaterra no século I ao V depois de Cristo, integrou o Império Romano cujo domínio não desnaturou as origens e tradições dos anglo-saxões que continuaram a falar o mesmo idioma e a praticar os mesmos costumes.

Contudo, não se sabe ao certo como se estabeleceu o *common law*, conforme ensina Victor (2015, p. 31):

Para alguns estudiosos do *common law*, sua caracterização deveria ser precisa, apesar de a sua compreensão minimamente adequada do assunto constituir-se verdadeiro quebra-cabeça. Fazia-se então, a distinção entre costumes que poderiam ser considerados, de modo geral, como compartilhados pelo povo inglês desde tempos imemoriais – cuja origem nem sequer poderia ser encontrada com segurança – e aqueles outros que somente representariam costumes locais, não generalizáveis e, assim, não formadores do *common law*. A antiguidade do costume e seu enraizamento na comunidade seriam determinantes de sua razoabilidade e adequação, até porque sua aplicação e aceitação teriam passado pelo teste do tempo.

Basicamente, o *common law* é a fusão do direito e dos costumes. Assim, a história do período inglês pode ser dividida em quatro períodos, conforme adverte Nunes e Viana (2018, p. 41-42):

a) O período anterior à conquista da normanda de 1066, no qual o direito inglês é conhecido como anglo-saxônico, b) o segundo período, de efetiva formação do *common law*, que abrange o ano da conquista da normanda de 1066 e se estende até 1485; c) o terceiro período, correspondente à convivência simultânea do *common law* e as ‘regras da equidade’, fase ocorrida entre 1485 e 1832; d) o quarto e último período denominado moderno, iniciado em 1832 e vigente até os dias atuais.

Ao lado do *common law* (direito comum ou geral) aparece outra importante figura jurídica conhecida como *equity* (equidade), espécie de jurisdição especial decidida com base na moral que surgiu no escopo de corrigir as falhas do *common law*, contudo, a *equity* apenas o aperfeiçoou.

O *common law* nos dias atuais é vulgarmente conhecido como sendo o direito meramente consuetudinário, todavia muitos desavisados são surpreendidos quando informados que ao lado das decisões há o direito positivado, sendo que a fonte primária é a jurisprudência seguida pela lei.

Outrossim, não se deve confundir o *common law* com o *stare decisis* (precedentes), embora muitos usem indiscriminadamente como palavras sinônimas, é oportuno salientar que o *common law* compreende os costumes determinantes na vida do homem inglês, já *stare decisis*, traduz-se na figura do precedente que somente teve força vinculante no século XIX.

## COMMON LAW NO SISTEMA AMERICANO

Os Estados Unidos da América principal colônia Inglesa, após a guerra da independência promulgou no ano de 1787 a sua Constituição com a formação de um estado federal – União e Estados, inclusive com a criação da Suprema Corte e cortes inferiores. A constituição americana possui sete artigos e apenas vinte e sete emendas.

Muito embora o direito americano seja fragmentário onde cada estado membro possui um sistema jurídico autônomo espalhados pelos cinquenta e um estados dentro do território, destaca-se a Suprema Corte com um papel fundamental que ao longo da sua história possui importantes decisões nos vários períodos históricos entre guerras, abolição da escravatura, emendas às Constituições. Não se pretende aqui fazer um estudo pormenorizado da história constitucional norte-americana, contudo, alguns casos são importantes para compreensão do uso dos precedentes.

O caso *Dred Scott v. Sandfort*, de 1857, por ser negro e escravo *Dred Scott* ajuizou uma ação junto à Corte Federal contra o seu proprietário alegando que tinha adquirido a liberdade por ter trabalhado em território onde era proibido a escravização. A corte decidiu que *Dred Scott* não era um homem livre nem tão pouco reconhecido como cidadão americano.

O período denominado como Era *Lochner*, tem o *leading case* *Lochner v. New York*, de 1905, neste caso a corte invalidou a lei do Estado de Nova York que fixava a jornada máxima de trabalho para empregados de padaria. A suprema corte influenciada pelo liberalismo econômico, invalidou a lei, sob o argumento de que seria indevida qualquer intervenção no domínio econômico vez que não caberia qualquer interferência em contratos celebrados por pessoas iguais e capazes.

A denominada corte *Warren* de 1953 a 1969, destaca-se o caso *Brown v. Board of Education* de 1954, onde foi sepultada a segregação racial nas escolas públicas dos Estados Unidos, fulminando a doutrina “separados”, mas “iguais”. Cabe aqui destacar a postura proativa da suprema corte como sendo o grande divisor de águas para o nascimento do Ativismo Judicial.

Diante deste pequeno esboço histórico fica bastante evidente que o desenvolvimento da figura dos precedentes em países de origem anglo-saxão, teve sua evolução lenta ao longo dos anos, onde os operadores do Direito herdaram por



tradição um sistema jurídico estruturado na figura dos precedentes judiciais e na sua força vinculante.

Contrariamente, o *civil law* tradicionalmente fundamenta-se em leis escritas, abstratas e gerais com predominância do Direito positivado de forte matiz iluminista herdada pela escola da exegese francesa. Assim, a interpretação, via de regra, está atrelada à legislação em que cabe ao juiz conhecer o Direito através uma interpretação dedutiva ao caso concreto, ou seja, o Direito é algo posto.

Portanto, há uma sensível diferença entre as famílias jurídicas do *civil law* e do *common law*, neste sentido, apontam Nunes e Viana que a importação de técnicas estrangeiras seria arriscado:

O aproveitamento de fragmentos do sistema processual estrangeiro torna-se bastante arriscado a partir da percepção dos elementos conjunturais que o formaram. Portanto, a implementação de um sistema de precedentes por meio de lei, embora justificável – em razão da própria exigência constitucional (artigo 5º, II) – representa um modo bastante peculiar de sua inauguração cuja estrutura deve ser visualizada de modo experimental e por isso mesmo analisada com toda cautela (NUNES, VIANA, 2017, p. 120).

Em que pesem as ressalvas, o uso dos precedentes dependerá muito do esforço argumentativo dos operadores do direito, sobretudo, da postura de juízes e Tribunais que deverão ser pautar com afinco na construção de uma jurisprudência coerente sedimentada em sua história institucional.

## ALGUNS APONTAMENTOS SOBRE O PRECEDENTE JUDICIAL NO BRASIL

Desde a Constituição de 1891 sob a influência de Rui Barbosa foi importado o instituto do *judicial review* com adoção do sistema difuso de controle de constitucionalidade. Inclusive já existia no Brasil o Decreto n. 848 de 1890, com previsão expressa de aplicação de regras do *common law* e *equity*<sup>1</sup>.

Recentemente, a Emenda Constitucional n. 45, (Reforma do Judiciário), trouxe a súmula vinculante do artigo 103-A da CF/88, bem como foram realizadas microrreformas no Código de Processo Civil tais como: o julgamento liminar de improcedência no artigo 285-A, bem como os casos de repercussão geral e

---

<sup>1</sup> **Artigo 386.** Constituirão legislação subsidiária em caso omissos as antigas leis do processo criminal, civil e comercial, não sendo contrárias às disposições espírito do presente decreto. Os estatutos dos povos cultos e especialmente os que regem as relações jurídicas na República dos Estados Unidos da América do Norte, os casos de *common law* e *equity*, serão também subsidiários da jurisprudência e processo federal.

juízo de julgamento por amostragem do artigo 543 A C, dentre outras, sempre em busca de diminuir a litigiosidade, conferindo racionalização às decisões judiciais em sede jurisprudencial.

## O Novo Código de Processo Civil Brasileiro

Com o novo Código de Processo Civil foi inserido o sistema de precedentes inspirado na *common law*, com caráter vinculativo em oposição a ideia que figurava no antigo CPC/73, onde a jurisprudência tinha um caráter apenas persuasivo, dentre outras mudanças, destaca-se o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, conforme se infere na exposição de motivos:

Criaram-se figuras, no novo CPC, para evitar a dispersão excessiva da jurisprudência. Com isso, haverá condições de se atenuar o asseveramento de trabalho no Poder Judiciário, sem comprometer a qualidade da prestação jurisdicional. Dentre esses instrumentos, está a complementação e o reforço da eficiência do regime de julgamento de recursos repetitivos, que agora abrange a possibilidade de suspensão do procedimento das demais ações, tanto no juízo de primeiro grau, quanto dos demais recursos extraordinários ou especiais, que estejam tramitando nos tribunais superiores, aguardando julgamento, desatreladamente dos afetados. Com os mesmos objetivos, criou-se, com inspiração no direito alemão, o já referido incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, que consiste na identificação de processos que contenham a mesma questão de direito, que estejam ainda no primeiro grau de jurisdição, para decisão conjunta. O incidente de resolução de demandas repetitivas é admissível quando identificada, em primeiro grau, controvérsia com potencial de gerar multiplicação expressiva de demandas e o correlato risco da coexistência de decisões conflitantes (SENADO FEDERAL, 2015, p. 29-30).

Basicamente o espírito do código pode ser traduzido de maneira geral pela simplificação procedimental, enaltecendo o princípio do contraditório, uniformização dos precedentes com a positivação das orientações doutrinárias e jurisprudenciais.

Em contrapartida, os tribunais deverão uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente, com ampla divulgação e publicidade de seus precedentes, organizando-os por questão jurídica, especialmente o julgamento de casos repetitivos em decisões proferidas em incidente de resolução de demandas repetitivas, recursos especial e extraordinário repetitivos.

Indubitavelmente o novo estatuto processual ao prever vários instrumentos aptos a conferir padronização das decisões judiciais, como por exemplo: artigos 311, II, 489, § 4º, 926, 927, não há como negar a influência do sistema do *common*

*law*, por conseguinte, encontra-se umbilicalmente atrelado à teoria do direito como integridade de Dworkin, que prega a ideia de coerência no direito e nas decisões judiciais sempre em busca da decantada segurança jurídica.

Dworkin, dedicou grande parte de sua obra ao estudo da teoria da decisão judicial, desta feita, resta evidente que o direito como integridade ganha vida ao se converter numa verdadeira comunidade de princípios como mecanismo de fomentar a aplicação do direito além do texto escrito, para Dworkin, cada juiz seria uma espécie de romancista, pois a cada decisão deve-se realizar um esforço hermenêutico ao se reinterpretar o direito como um romance em cadeia, por isso, tais ilações ganham vida e importância no cenário atual em razão do forte entrelaçamento das regras do *common law* infiltradas no código de processo civil.

Como o próprio Dworkin (2007, p. 272) explica:

O direito como integridade nega que as manifestações do direito sejam relatos factuais do convencionalismo, voltado para o passado, ou programas instrumentais do pragmatismo jurídico, voltados para o futuro. Insiste em que as afirmações jurídicas são opiniões interpretativas que por esse motivo, combinam elementos que se voltam tanto para o passado quanto para o futuro; interpretam prática jurídica contemporânea como uma política em processo de desenvolvimento. Assim, o direito como integridade rejeita por considerar inútil, a questão de se os juízes descobrem ou inventem o direito; sugere que só entendemos o raciocínio tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas.

O direito como integridade não se volta para o passado nem para o futuro, não se contenta com as convenções sociais nem tão pouco deixa de buscar uma resposta possível, pelo contrário, o direito deve ser revestido de historicidade e o juiz como integrante do corpo social deve se comportar como elemento deste corpo buscando em suas decisões a melhor que se adequa àquele determinado momento.

### O uso dos precedentes judiciais

Visando dar mais sustentação democrática no uso das decisões judiciais, a figura dos precedentes hodiernamente é a principal ferramenta para sedimentação dos julgamentos, com evidente objetivo de propiciar uma melhor qualidade nas decisões, arrefecendo o uso desmedido da discricionariedade, tornando o arcabouço decisório mais íntegro e racional.

Conforme lembra Barboza (2016, p. 203):

O novo código de Processo Civil tentará reverter esse quadro, prevendo em diversos dispositivos mecanismos de precedentes ou instrumentos que trazem a ideia de uniformização de jurisprudência, buscando ga-

rantir uma maior coerência entre as decisões dos Tribunais inferiores em relação aos precedentes dos Tribunais superiores, bem como uma maior coerência entre as decisões do mesmo tribunal, como estabelecem os artigos 311, II, 489, 496, § 4º; 926; 927; 988; 1.042, aproximando o processo civil ao sistema do *common law*.

Tradicionalmente as súmulas sempre tiveram força persuasiva, em geral as cortes e juízes inferiores não eram obrigados a seguir o entendimento dos tribunais superiores, este era o modelo seguido pelo Brasil, contudo após as reformas legislativas a partir da década de 1990 do século passado culminando na adoção da súmula vinculante introduzida pela Emenda Constitucional n. 45 de 2004, dentre outras alterações, remodelaram a sistemática existente no direito pátrio.

### **A DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS PRECEDENTES**

Muito se discute a respeito da questão envolvendo o uso dos precedentes judiciais e o livre convencimento motivado, sobretudo o temor de engessamento das decisões dos juízes de primeira instância que com a nova diretriz deverão seguir o posicionamento dos tribunais superiores.

A tessitura aberta da constituição e o casuísmo judiciário aumenta a instabilidade do sistema jurídico, acarretando diversos posicionamentos judiciais em casos análogos com julgamentos ao alvedrio da consciência do julgador, prejudicando o caráter geral e universal do direito, como bem adverte Streck (2016, p. 337):

O livre convencimento significa o total afastamento do julgador dos elementos de coerência e integridade, pois autoriza a inexistência de critérios públicos de decisão. Livre convencimento e discricionariedade são coisas similares. Livre convencimento já sabemos o que é. A palavra 'livre' é autoexplicativa. Está na raiz do solipsismo. Já a discricionariedade seria algo com menor impacto, porque seria o espaço em que o juiz faria escolhas no lugar em que o legislador não estabeleceu os pontos de limite.

O uso da discricionariedade judicial da maneira como estava sendo utilizada pelos juízes e órgãos judiciais, possuía o revés de impulsionar uma verdadeira loteria judiciária retirando do ordenamento jurídico um pensamento coerente, cedendo margem à subjetividade nas decisões.

### **A DEMANDA COLETIVA E SEUS PONTOS DE CONTATO COM O IRDR**

Cabe aqui neste tópico tecer breves comentários acerca da aplicação do IRDR em sede de processo coletivo. Apesar do novo código não tratar especificamente do processo coletivo, haja vista o veto do artigo 333, que previa a conversão da ação individual em coletiva, alguns dispositivos como por exemplo o IRDR,

irradiam seus reflexos em sede de demandas coletivas, propiciando a denominada “coletivização às avessas”, conforme explica Durço (2016, p. 532):

Nesse sentido, o julgamento de recursos repetitivos e o incidente de resolução de demandas repetitivas representa o que poderíamos denominar de coletivização às avessas, ou seja, por esses instrumentos o legislador opta por coletivizar o julgamento a decisão judicial, e não a ação. Por outras palavras, não se trata de forma coletiva de acesso à justiça, no sentido de ingresso ao Poder Judiciário. Faz-se uma coletivização do julgamento das diversas ações propostas que é reunido em uma única decisão do Tribunal.

As ações coletivas possuem um importante papel no tocante ao acesso à justiça, pois os danos resultantes de lesões de massa são frequentemente de pequena monta individualmente, contudo, coletivamente de grande relevância econômica e social, como no caso da massificação das relações consumeristas.

Portanto, o fenômeno da litigiosidade não abrange apenas a dimensão jurídica, mas também aspectos sociais, econômicos e políticos, neste sentido o IRDR, foi uma forma de mitigar a multiplicação de demandas.

O incidente de Resolução de Demandas Coletivas tem sua tessitura derivada a partir de uma decisão onde os seus efeitos irradiarão coletivamente, por sua vez, o processo coletivo contrariamente, parte de uma coletivização derivada da confluência de microlesões insignificantes do ponto de vista individual, mas relevantes do ponto de vista coletivo. Nesse sentido conforme salienta Durço (2016, p. 532):

Conforme destacado na parte inicial do presente estudo, o processo coletivo, assim como os mecanismos de solução de demandas repetitivas possuem pontos em comum, quais seja: terem como objetivos buscar resolver a pulverização de demandas idênticas, independentemente de serem provenientes de conflitos envolvendo direito coletivo ou individual. Porém, resta nítido o ponto de contato entre o microsistema coletivo e os mecanismos de coletivização de julgamento, tendo em vista que, ainda que de forma parcial, cuidam do mesmo horizonte de conflitos.

Obviamente o IRDR, dificilmente abarcará toda a sistemática do processo coletivo, mormente no que tange aos direitos difusos cuja viabilidade para o seu ajuizamento requerer legitimidade, contrariamente, se comparados com as ações envolvendo direitos individuais homogêneos que possuem um espectro de abrangência muito maior, sobretudo no que tange ao ajuizamento e a multiplicidade de inúmeras ações, para tanto poderá se tornar uma importante ferramenta complementar ao processo coletivo com a aferição de teses jurídicas diante das várias demandas coletivas repetitivas.

## O INCIDENTE DE RESOLUÇÃO DE DEMANDAS REPETITIVAS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas foi tratado nos artigos 976 a 987 do novo Código de Processo Civil, inspirado no instituto alemão *Musterverfahren*<sup>2</sup>. Oportuno destacar novamente, trata-se de instituto inédito no ordenamento jurídico brasileiro, com nítido objetivo de diminuir o excessivo número de demandas judiciais consubstanciadas pela litigiosidade repetitiva.

### Generalidades

O IRDR tem natureza jurídica de incidente processual, tendo por requisito decisões conflitantes; onde deve haver pelo menos um processo no Tribunal e várias decisões no primeiro grau sobre a controvérsia. Não possui caráter preventivo e a matéria a ser tratada deve ser unicamente de direito, sendo inadmissível a discussão de matéria fática. Seu cabimento em regra circunscreve-se no âmbito dos Tribunais de Justiça e nos Tribunais Regionais Federais, excepcionalmente, poderá ser manejado perante o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, em sede de Recurso Especial e Extraordinário.

São legitimados para requerê-lo: o juiz, as partes, o Ministério Público e Defensoria Pública, em sendo admitido haverá suspensão de todos os processos, seja a ação individual ou coletiva, no âmbito de competência do Tribunal.

É incabível o incidente de resolução de demandas repetitivas quando um dos tribunais superiores, no âmbito de sua respectiva competência, já tiver afetado recurso para definição de tese sobre questão de direito material ou processual repetitiva.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada a todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitarem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que processos afetos aos juizados especiais do respectivo Estado ou região. Inclusive, a tese jurídica fixada no julgamento do IRDR será aplicável a todos os processos futuros que versarem sobre idêntica questão de direito.

### Fundamentação da tese jurídica em sede de IRDR

O primeiro questionamento a ser realizado seria no tocante ao método de escolha do caso padrão/piloto, para ser analisado e servir de referência para os demais. O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, por exemplo, para equacionar tal questão, possui o Núcleo de Gerenciamento de Precedentes (Nugep), que foi criado para melhorar a gestão processual através do incentivo à unifor-

---

<sup>2</sup> Tradução livre: processo padrão.

mização dos procedimentos decorrentes da aplicação de repercussão geral e do julgamento de casos repetitivos.

Julgado o incidente, a tese jurídica será aplicada com ampla divulgação e publicidade para toda comunidade, assim, todos os processos individuais ou coletivos que versarem sobre idêntica questão de direito e que tramitem na área de jurisdição do respectivo tribunal, inclusive àqueles que tramitem nos juizados especiais do respectivo Estado ou região; aos casos futuros que versem idêntica questão de direito e que venham a tramitar no território de competência do tribunal.

### Revisão da tese jurídica

O legislador também importou técnicas estrangeiras para impugnar a tese jurídica, o *overruling* (superação de entendimento) e pelo *distinguishing* (distinção), mecanismos indispensáveis, para manter o direito atualizado com as novas modificações sociais ao longo do tempo.

Como bem explica Ramos, há pontos de aproximação no processo de interpretação das normas entre a *common law* e o *civil law*.

Diante de um precedente, os órgãos incumbidos do exercício da função jurisdicional se comportam como o fazem dos nossos sistemas romano-germânicos diante da Constituição ou da lei primeiro verificam a pertinência do julgado diante do caso que lhes é trazido a julgamento, pois podem entender que a norma dele inferida não é aplicável à controvérsia atual, em razão de diferenças relevantes no respectivo material fático (a técnica do *distinguishing*); em segundo lugar procede-se ao refinamento da interpretação do texto da decisão precedente, do que poderá resultar a restrição ou ampliação dos efeitos da norma a ele acoplada ou até mesmo o reconhecimento da revogação, total ou parcial, do precedente (técnica do *overruling*); finalmente na hipótese de se assentar a imprestabilidade do precedente para o caso sub judice, o juiz ou tribunal produzirão a norma da decisão com base nos princípios do *common law*, no raciocínio analógico ou na equidade, de forma ao similar ao procedimento da integração de lacunas nos sistemas de civil law, mas com relevante diferente de que essa decisão inovadora, se adotada pelo tribunal de apelação ou superior, passará a constituir um precedente vinculativo (RAMOS, 2015, p. 108).

Cabe ressaltar que nos termos do artigos 489, §§ 1º ao 6º, toda e qualquer decisão judicial exige uma fundamentação, especificamente, no uso dos precedentes, exige-se ainda a identificação dos elementos determinantes do convencimento do julgador, bem como, se o caso sob julgamento se ajusta aos fundamentos contidos na decisão, além do mais, no caso de não aplicação de algum precedente, deverá o juiz demonstrar a distinção ou superação do entendimento,

não se admitindo o emprego de conceitos jurídicos indeterminados, por conseguinte, deverá ocorrer um nexo de causalidade entre a causa a ser decidida e as razões que levaram o julgador a chegar àquela decisão.

A revisão da tese jurídica firmada no incidente far-se-á pelo mesmo tribunal, de ofício ou mediante requerimento dos legitimados mencionados no artigo 977, inciso III, (inclusive do *amicus curiae*, artigo 138 § 3º).

Assim nos termos do artigo 926 do NCPC/2015, “os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Portanto, os tribunais e juízes deverão observar as circunstâncias fáticas que ensejaram a edição de súmulas, bem como no caso de mudança de entendimento na tese adotada, ou seja, as decisões judiciais devem ser fundamentadas e construídas com racionalidade crítica.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo novo Código de Processo Civil, visa assegurar uma maior segurança jurídica, evitando uma multiplicação de demandas idênticas com decisões conflitantes, com o viés de evitar a dispersão da jurisprudência e impedir o abarrotamento do Poder Judiciário.

De outra banda, ficou evidente a influência de algumas técnicas de julgamento oriundas do *common law*, no caso de superação ou distinção da tese jurídica com utilização do *overruling* e *distinguishing*, traduzindo-se num verdadeiro caminho sem volta, por isso, a teoria da decisão judicial ganha subsídios no sentido de se racionalizar a jurisprudência tornando-a íntegra e coerente.

Obviamente o processo é, em última análise, o caminho que deve ser percorrido àqueles que buscam uma tutela em juízo, contudo, o excesso de demandas e multiplicação de litígios sejam, individuais ou coletivos, estagnam a celeridade processual.

Resta evidente, que o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas é uma ferramenta à disposição dos operadores do direito que servirá para racionalizar as decisões de casos idênticos, evitando o famigerado decisionismo judicial.

## REFERÊNCIAS

ATAÍDE JR, Jaldemiro Rodrigues de. *Precedentes e fundamentação no NCPC*. Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; ANDRADE NETO, José de. Campo Grande/MS: Contemplar, 2016.

BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *O Direito como Integridade e os Precedentes Judiciais*. Coordenação José Emilio Medaur Ommati. Coleção Teoria Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.



CAMBI, Eduardo; MARGRAF, Alencar Frederico. *Casuísmos judiciais e Precedentes Judiciais*. Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; NETO, José de Andrade, Campo Grande/MS: Contemplar, 2016.

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL BRASILEIRO. Lei 13.105 de 16 de março de 2015. 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 10 out. 2019.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL. Disponível em: [https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988\\_14.12.2017/CON1988.pdf](https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/CON1988.pdf). Acesso em 24 fev. 2019.

DECRETO n. 848, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-848-11-outubro-1890-499488-publicacaooriginal-1-pe.html> Acesso em 29 jan. 2018.

DURÇO, Karol Araújo. *As soluções para as demandas coletivas repetitivas no novo Código de Processo civil e suas implicações para o processo coletivo*. In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR. Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium, 2016.

DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jeferson Luiz Camargo, São Paulo: Marins Fontes, 2007.

GOUVEIA, Bruno Paiva. *Ações Coletivas e Mecanismos de Julgamento de Demandas Repetitivas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; Larissa Clare Pochmann. *Ações Coletivas e incidente de resolução de demandas repetitivas: algumas considerações sobre a solução coletiva de conflitos*. In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR., Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium, 2016.

PEIXOTO, Ravi. *A Recepção Legislativa e o Stare Decisis – Um breve estudo dos desafios rumo ao desenvolvimento de uma teoria brasileira dos precedentes a partir do CPC/2015*. Novo CPC. Análise Doutrinária sobre o novo direito processual brasileiro, v. 3. In: SANTANA, Alexandre Ávalo; NETO, José de Andrade. Campo Grande/MS: Contemplar, 2016.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial parâmetros dogmáticos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ROQUE, André Vasconcelos. *As ações coletivas após o novo Código de Processo Civil: para onde vamos?* In: DIDIER, Fredie; ZANETI JR, Hermes (Coord.). *Processo Coletivo*. Coleção Repercussões do Novo CPC, v. 8. Salvador: Juspodvium, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Coerência e integridade de Ronald Dworkin: uma análise de sua aplicação no contexto brasileiro*. Coordenação José Emilio Medaur Ommati. Coleção Teoria Crítica do Direito. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Disponível em: <http://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-admitiu-33-irdrsem2017.htm>. Wzohi. Acesso em 02 jul. 2018.

VIANA, Aurélio; NUNES Dierle. *Precedentes a mutação no ônus argumentativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo Institucional e controle de Constitucionalidade: Debate entre o STF e o Congresso Nacional*. São Paulo: Saraiva 2015.

Data de recebimento: 03/01/2019

Data de aprovação: 12/02/2019

# REFLEXÕES SOBRE A DESIGUALDADE NO CONTEXTO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: DA EXCLUSÃO POLÍTICO-SOCIAL AO DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE HUMANA

## REFLECTIONS ON INEQUALITY IN THE CONTEXT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT: FROM SOCIAL-POLITICAL EXCLUSION TO THE DEVELOPMENT OF HUMAN PERSONALITY

*Anna Carolina Kähler de Moraes Barros\**

*Pedro Ivo Ribeiro Diniz\*\**

### RESUMO

O presente trabalho pretende demonstrar de que forma a desigualdade na divisão de bens e saberes impacta no desenvolvimento da personalidade humana – a partir da teoria do reconhecimento e da hierarquia de necessidades – e na participação dos indivíduos na esfera política de formação de vontade. Nesse contexto, intenta-se discutir a desigualdade enquanto problema estrutural da sociedade e fenômeno responsável por mitigar direitos humanos. Objetiva-se, a partir de análises bibliográficas e documentais, evidenciar a necessidade de concretização de condições materiais mínimas como forma de capacitar os sujeitos a reivindicarem ativamente, e em pé de igualdade, seus direitos e pretensões. A pesquisa pretende sugerir uma revisão crítica da abordagem integrada adotada pela Agenda 2030 das Nações Unidas. Por meio dessa revisão, constata-se a indispensabilidade de concretização, em primeiro plano, do pilar social do desenvolvimento sustentável como forma de libertar os indivíduos de condições de vida degradantes e garantir a organização popular.

---

\* Graduada em Direito. Pesquisadora pelo Programa Institucional Voluntário de Iniciação Científica – PIVIC. Universidade Federal de Lavras – UFLA Departamento de Direito. Departamento de Direito – DIR. Direitos Humanos e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: anakahler@hotmail.com.

\*\* Doutor em Direito. Professor Adjunto da Universidade Federal de Lavras – UFLA. Departamento de Direito. Direito Internacional e Desenvolvimento Sustentável. E-mail: pedrodiniz@ufla.br.

**Palavras-chave:** Desigualdade; Exclusão político-social; Processo de reconhecimento; Hierarquia de necessidades; Agenda 2030.

#### ABSTRACT

This paper aims to demonstrate how inequality impacts on the development of the human personality – from the perspective of the theory of recognition and the hierarchy of needs – and on the participation of individuals in the political field of will-formation. In this context, the research aims to discuss inequality as a structural problem of the society and phenomenon responsible for mitigating human rights. It is intended, based on bibliographical and documentary analyzes, to highlight the need to achieve minimum material conditions as a way to enable individuals to actively and equitably claim their rights. The paper aims to suggest a critical revision of the integrated approach of the United Nations 2030 Agenda. Through this revision, it's aspired to prove the indispensability of prioritizing the materialization of the social dimension of sustainable development as a way of freeing individuals from degrading life conditions and guaranteeing popular organization around human rights claims.

**Keywords:** Inequality; Social and political exclusion; Recognition process; Hierarchy of needs; 2030 Agenda.

#### INTRODUÇÃO

A partir da observação da realidade socioeconômica atual, é possível notar o enorme contingente de pessoas que tem, diariamente, seus direitos fundamentais violados. Essa parcela da população carece de condições mínimas que permitam sua luta pela sobrevivência e de oportunidades que possibilitem o exercício pleno de sua cidadania.

Tais fenômenos de privação de condições materiais e imateriais surgem como fruto dos padrões desiguais enraizados na sociedade atual. Padrões estes que impactam diretamente no desenvolvimento pessoal dos indivíduos excluídos dos processos de divisão de bens e saberes e que, por tal motivo, os faz carecer de atributos essenciais que possibilitem sua devida participação na esfera política de formação de vontade.

Dentro desse contexto, a presente pesquisa surge com o intuito de delinear os impactos da realidade desigual no desenvolvimento humano. Nesse sentido, parte-se do pressuposto de que é necessário, primeiramente, que o indivíduo tenha acesso a condições materiais mínimas de sobrevivência para que possa agir pela efetivação de seus próprios direitos e, assim, fazer valer suas pretensões.

Por tais razões, o trabalho encontra-se subdividido em três seções. Na primeira delas, objetiva-se demonstrar os impactos da desigualdade no desenvolvimento psicológico do ser humano. Para tal, serão abordadas as teorias de Abraham H. Maslow e Axel Honneth – o primeiro autor será estudado a fim de evidenciar

a indispensabilidade de satisfação de necessidades básicas para o pleno desenvolvimento da personalidade humana; já o segundo será examinado como meio de se demonstrar de que forma as disparidades de condições fáticas podem resultar em frustrações normativas e identitárias.

Na segunda seção do presente trabalho, intenta-se investigar a desigualdade enquanto opção estrutural e fenômeno consciente presente na sociedade. Nesse âmbito, serão analisadas as consequências de tal fenômeno na participação sociopolítica e na possibilidade individual de reivindicação e materialização de direitos. Ainda nesse plano, a terceira seção da pesquisa pretende encontrar vazão para as problemáticas elencadas nos tópicos antecedentes. Para tal, pretende-se realizar uma abordagem crítica de um instrumento das Nações Unidas utilizado para a proteção dos direitos humanos: a Agenda 2030.

## DESIGUALDADE COMO ELEMENTO DETERMINANTE DA EXCLUSÃO POLÍTICO-SOCIAL

Por ser recorrentemente discutida, a desigualdade parece ser um tópico de debate já esgotado.<sup>1</sup> Permanece infrequente e, portanto, necessário que se aborde a desigualdade a partir de uma perspectiva crítica, que transcenda sua conceituação como a mera ausência de igualdade.

Para esse propósito, é indispensável que se compreenda a desigualdade como fruto da divisão de bens – materiais e imateriais. Enquanto bens materiais incluem-se os tradicionalmente vistos como a maior causa da desigualdade, quais sejam, as quantias monetárias e a propriedade privada. Já os bens imateriais, representam outra categoria de distribuição de bens que impactam diretamente na repartição de papéis sociais. Dentro desta última categoria enquadram-se, por exemplo, os saberes formais e informais e a parcela individual de participação social e política.<sup>2</sup>

A desigualdade, nessa perspectiva, é responsável por gerar um desequilíbrio das condições “normais” de vivência humana, ou seja, conduz determinados grupos de indivíduos a posições de prestígio ou desprestígio tendo como base sua oportunidade de deter os bens necessários ao desenvolvimento pessoal de suas capacidades.

---

<sup>1</sup> Para mais sobre ascensão da desigualdade enquanto tópico premente da agenda internacional no final do século XX, ver HURRELL, A.; WOODS, N. (Eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

<sup>2</sup> CARBONARI, Paulo Cesar. *Direitos humanos e desigualdades: Uma leitura enfocada e em perspectiva da situação*. SEMINÁRIO PENSANDO UMA AGENDA PARA O BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. Brasília: Instituto de Estudos Sócio-econômicos (Inesc), 2007. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari\\_dh\\_desigualdades.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari_dh_desigualdades.pdf)>. Acesso em: 09/05/2018.

Sendo assim, aqueles que possuem a titularidade de tais bens – além de obviamente deterem maior capital econômico – localizam-se em patamares de maior valorização social e, na maioria das vezes, monopolizam o espaço político de atuação. Em sentido contrário, aqueles que não têm o devido acesso aos bens, vêem seu potencial limitado. Isto porque, não possuem as mesmas chances de acesso às oportunidades mais básicas necessárias para a garantia de um padrão de vida minimamente digno.

### Satisfação de necessidades básicas como requisito para exercício pleno da cidadania

A desigualdade é, com efeito, fenômeno responsável por gerar disparidade entre os diversos grupos de pessoas e – em razão da desproporção de condições materiais e imateriais – hierarquizar cruelmente os indivíduos. Nesse sentido, torna-se imperiosa a garantia da igualdade enquanto condição da dignidade humana. Para tal, é indispensável que todos os indivíduos tenham satisfeitos seus direitos fundamentais à garantia do pleno desenvolvimento pessoal.

Dentro dessa perspectiva, o presente trabalho recorrerá à teoria de Abraham H. Maslow acerca da formação da personalidade individual, para demonstrar a imperiosidade de se resguardar – em primeiro lugar – os direitos mais básicos necessários à sobrevivência humana como forma de garantir o desenvolvimento sadio e materializar a justiça social.

De acordo com Maslow, a formação da personalidade é altamente influenciada pela suscetibilidade da satisfação das necessidades que se impõe no decorrer da vida. Sua teoria parte do pressuposto de que a personalidade humana é formada a partir do manejo do organismo ao redor das necessidades. Necessidades essas, que se estabelecem das mais básicas até as mais complexas e demandantes.<sup>3</sup>

A partir desse entendimento, o autor determina uma divisão das necessidades em níveis que se organizam de maneira hierárquica e que formam a personalidade a partir de duas movimentações: se capazes de serem satisfeitas, as necessidades de um nível se submergem e dão lugar a novo nível de necessidades superior. Mas, se por acaso o ser humano estiver sob condições adversas que não possibilitem a satisfação das necessidades de nível mais baixo, tais necessidades permanecem como dominantes da personalidade até que sejam devidamente satisfeitas.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper &Row, Publishers, Inc., 1954, cap. 4-7, p. 35-105. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

<sup>4</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper &Row, Publishers, Inc., 1954, cap. 4-7, p. 35-105. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

Nesse âmbito, compreende-se que a superação das necessidades de níveis mais básicos, faz surgir novos valores capazes de guiar o indivíduo para caminhos antes inexplorados devido à privação de condições propiciada pela demanda de atendimento das necessidades.

Como delineado no tópico anterior, a desigualdade é fenômeno que legitima a exclusão de determinados grupos de pessoas da narrativa social e do processo de repartição dos bens e saberes. A partir da teoria de Maslow, é possível compreender por qual razão esses indivíduos vítimas da desigualdade muitas vezes possuem menores capacidades de se envolverem com questões de ordem político-jurídica.

Nota-se que indivíduos com condições e oportunidades para satisfazerem suas necessidades se tornam mais desenvolvidos mental e fisicamente. Isso porque, quanto mais avançam na hierarquia de necessidades, mais podem aumentar suas capacidades e se possibilitar experimentar as diferentes esferas da vida. Logo se tornam seres humanos que não apenas sobrevivem, e sim, vivem. Vivem inseridos em um contexto sócio-político que compreendem e dentro do qual tem a capacidade de influir. Assim reitera o autor: “Satisfazer as necessidades básicas do indivíduo, melhora não apenas seus traços estruturais, mas também, sua colocação no papel de cidadão no cenário nacional e internacional”<sup>5</sup>.

De acordo com o exposto – no caso de indivíduos que vivem na miséria – é perceptível que os altos níveis de desigualdades e a carência de condições materiais que possibilitam sua luta por sobrevivência, são impeditivos tamanhos para satisfação das necessidades de primeira ordem. A partir dessa compreensão, nota-se que esses grupos vulnerabilizados pelas disparidades socioeconômicas têm sua personalidade organizada de modo a focar-se na satisfação – diga-se penosa – das necessidades fisiológicas e de segurança, ou seja, de primeira e segunda ordem.

Em outros termos, indivíduos que têm seus direitos violados diariamente e que possuem grandes dificuldades em se manterem vivos de maneira digna, não possuem como uma de suas prioridades – e nem possuem a plena capacidade – de garantir seu espaço de fala e protagonismo na esfera jurídico-política. Haja vista que um ser humano na luta pela subsistência – que na maioria das vezes carece de direitos mais básicos como o direito à alimentação, à moradia digna, à segurança de sua família –, não se ocupa em pensar sobre questões como, por exemplo, a corrupção na política, o acesso ao estudo de qualidade e a construção dos dispositivos normativos. Nas palavras de Maslow, “é necessário que ele tenha

---

<sup>5</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper & Row, Publishers, Inc., 1954, p. 70. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

satisfeito uma determinada quantidade de necessidades mais elementares, para que ele seja elevado ao ponto em que seja civilizado o bastante para se sentir frustrado com os problemas sociais, morais e políticos”<sup>6</sup>.

### Comprometimento na participação em razão do vício no processo de reconhecimento

Após a construção teórica delineada anteriormente, o objetivo do presente tópico é demonstrar mais uma forma de impacto que a desigualdade possui no desenvolvimento da personalidade humana. Para isso, a Teoria do Reconhecimento de Axel Honneth será utilizada com o intuito de evidenciar os prejuízos das disparidades socioeconômicas nas mais diversas facetas da vida humana: desde os relacionamentos pessoais até a capacidade individual de exercer a cidadania.

Em sua Teoria do Reconhecimento, Axel Honneth busca compreender a formação da identidade pessoal a partir do reconhecimento social. Entende-se como reconhecimento aquele processo de identificação de um indivíduo com os demais membros da sociedade. Tal processo resulta no desenvolvimento de capacidades individuais, tais como autoconfiança, auto-respeito e auto-estima, que definem a subjetividade e a medida de participação do indivíduo no cenário sócio-político.<sup>7</sup>

Nesse sentido, como bem elucidado por Fuhrmann, “os indivíduos e grupos só formam suas identidades e são reconhecidos quando aceitos nas relações com o próximo (amor), na prática institucional (justiça/direito) e na convivência em comunidade (solidariedade).”<sup>8</sup> Sendo assim, observa-se que a perspectiva do reconhecimento gera nos indivíduos uma expectativa de serem devidamente reconhecidos em três esferas: amor, direito e solidariedade. Nesse sentido, o respeito mútuo das pretensões legítimas dos indivíduos se põe como pressuposto fundamental para que a vida em sociedade transcorra sem conflitos e para que as atividades sociais sejam realizadas segundo parâmetros de justiça e cooperação.

Partindo desse ponto de vista, entende-se que a experiência do reconhecimento é pautada na perspectiva do outro generalizado. De acordo com os entendimentos de Mead, o outro generalizado é a figura assumida pela coletividade

---

<sup>6</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper & Row, Publishers, Inc., 1954, p. 70. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018. p. 70.

<sup>7</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

<sup>8</sup> FUHRMANN, Nadia. *Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais*. Barbaroi, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 79-96, jun. 2013, p. 87. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-65782013000100006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65782013000100006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 05/09/2018.



social que influencia na formação das referências pessoais. Nesse ponto, percebe-se que a identidade individual toma como referência as ações e reações do outro generalizado frente às pretensões do “eu” e às dinâmicas sociais.<sup>9</sup>

A partir desse entendimento e da Teoria do Reconhecimento de Honneth, é possível notar que, através da perspectiva desse outro generalizado, o ser humano consegue se compreender enquanto membro de uma coletividade detentor de direitos e deveres. É nesse contexto que um indivíduo faz refletir no outro uma expectativa normativa de ver suas pretensões devidamente resguardadas. Assim estabelece o autor: “Obedecendo a mesma lei, os sujeitos de direito se reconhecem reciprocamente como pessoas capazes de decidir com autonomia individual sobre normas morais”.<sup>10</sup>

É importante destacar que o processo de reconhecimento supracitado pode ser passível de falhas e ver-se corrompido em determinadas circunstâncias. Nesse âmbito, caso o indivíduo perceba que não é levado em consideração pelos demais membros da sociedade e que suas pretensões não são respeitadas, sua expectativa normativa é rompida, resultando em uma frustração normativa e identitária. Haja vista que, assim como elucidado anteriormente, os indivíduos esperam ser reconhecidos pelos demais como ser detentor de pretensões legítimas e deveres exigíveis. No entanto, na medida em que tal reconhecimento é negado experimentam sentimentos de negligência e desprezo e são levadas a crer que a experiência de reconhecimento não é efetiva.<sup>11</sup>

Nessa perspectiva, compreende-se que a negligência enfraquece o processo de reconhecimento e faz com que os indivíduos menosprezados careçam de atributos necessários à capacitá-los para participação no processo de formação de vontade. Isto porque, os vícios no processo de reconhecimento resultam em lapsos na própria formação da personalidade individual.<sup>12</sup>

Nota-se, então, que em uma realidade permeada pela desigualdade na distribuição de bens e saberes, os fenômenos de frustração normativa e identitária são demasiadamente frequentes. É possível compreender que os indivíduos vítimas dessas disparidades são sistematicamente deixados de fora dos processos políticos de formação de vontade. Isso ocorre em razão, primeiro, de não terem

---

<sup>9</sup> SOUZA, Renato Ferreira de. *George Herbert Mead: contribuições para a história da psicologia social*. Psicologia & Sociedade, São Paulo, v. 23, n. 2, p.369-378, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3990983>>. Acesso em: 25/02/2019.

<sup>10</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 182.

<sup>11</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

<sup>12</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

a devida preparação e condição material de integrarem de maneira participativa os ambientes discursivos – realidade já explicitada no tópico anterior pela hierarquia das necessidades de Maslow; e, segundo, de estarem incluídos em um sistema onde predomina a desigualdade estrutural, ou seja, onde grandes processos de marginalização social são legitimados a todo o momento.

Nesse sentido, as classes sociais relegadas a posições de menor valorização e prestígio, se veem privadas de oportunidades de se fazerem presente naqueles momentos de construção da opinião pública e dos direitos vigentes. Tal perspectiva se torna extremamente problemática, uma vez que os indivíduos – por serem formalmente parte da sociedade – serão submetidos às normativas do Estado de Direito. Ou seja, serão destinatários das normas e expectativas sociais sem poderem ter sido parte da própria construção dialética e, em tese, democrática de tais institutos sócio-jurídicos. Nesse mesmo sentido, estabelece Axel Honneth:

Para poder agir como uma pessoa moralmente imputável, o indivíduo não precisa somente da proteção jurídica contra interferências em sua esfera de liberdade, mas também da possibilidade juridicamente assegurada de participação no processo político de formação de vontade.<sup>13</sup>

Ainda nessa linha de raciocínio, faz-se pertinente recordar as possibilidades de frustração do processo de reconhecimento. De acordo com Axel Honneth, a experiência de reconhecimento pode ser rompida em três esferas. Em primeiro lugar, o indivíduo pode carecer de auto-respeito quando não tem seu valor reconhecido pelo restante da coletividade, ou seja, quando não é capaz de se ver como pessoa merecedora de estima e como membro autônomo da comunidade e titular de direitos.<sup>14</sup>

Em segundo lugar, vícios no processo de reconhecimento podem levar à carência do atributo da autoestima, no momento em que o indivíduo não consegue apreciar a si mesmo enquanto portador de conquistas e pretensões e enquanto ser humano valioso para o conjunto social.<sup>15</sup>

Por fim, as falhas no reconhecimento são responsáveis por impossibilitar que o indivíduo possua determinada medida de autoconfiança capaz de torná-lo apto a atuar e influir no processo de formação de vontade. Sendo assim, seres humanos que passam por processos de reconhecimento traumáticos e viciados tem sua possibilidade de ação pela garantia de direitos e pretensões limitada. Haja

---

<sup>13</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, p. 192.

<sup>14</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

<sup>15</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

vista que são sistematicamente menosprezados pelo conjunto social que opta por subjugar os membros de camadas sociais menos valorizadas, e conseqüentemente os torna incapazes de acessarem condições mínimas para a satisfação de suas necessidades.<sup>16</sup>

A partir desse panorama, nota-se que o significado da desigualdade vai muito além do entendimento que o traça como sendo ausência da igualdade. Por meio da linha de raciocínio construída nesse tópico, foi possível compreender que tal fenômeno gera impactos não só materiais, mas principalmente psicológicos. Impactos estes, que ultrapassam a esfera individual e geram problemas em toda a estrutura social. A desigualdade é capaz de fazer com que os seres humanos careçam dos elementos mais básicos para que vivam de maneira digna, retirando de seu acesso até a capacidade para integrarem de maneira ativa o campo político e jurídico.

### **DESIGUALDADE COMO PROBLEMA ESTRUTURAL E A MARGINALIZAÇÃO**

A primeira seção apresentou o argumento de que a desigualdade é fenômeno que impede o desenvolvimento pessoal, criando barreiras para a participação sociopolítica e para a conquista e materialização de direitos. No entanto, o que falta ser discutido é o fato de que a desigualdade não está presente na sociedade por acaso: ela é um fenômeno estrutural e consciente – ou seja, atinge os interesses daqueles que estão no poder.

Nesse contexto, é possível depreender que a desigualdade se coloca como fenômeno inerente à vida em sociedade nos moldes atuais. Haja vista, que a organização social atualmente empregada se baseia na própria divisão de bens para seu funcionamento, e assim, para a manutenção da hierarquização social indevida.

Segundo essa perspectiva, faz-se possível compreender que a garantia atual de igualdade, não passa de uma garantia limitada ao plano formal. Sendo assim, o princípio da igualdade, apesar de ser um grande referencial do Estado Democrático de Direito, ainda continua a ser aplicado como um privilégio de determinados grupos de pessoas. A partir disso é possível notar que a igualdade abstrata acaba por gerar uma desigualdade fática concreta. Desigualdade que teoricamente deveria ter sido mitigada a partir da transição histórica das sociedades tradicionais para o Estado Moderno.

Assim como elucida Axel Honneth, a passagem para a Modernidade foi acompanhada pela influência das categorias pós-convencionais na formação do

---

<sup>16</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

direito. Isto porque, esse novo paradigma fez com que as pretensões jurídicas individuais deixassem de serem consideradas em razão da estima social, para passarem a ser compreendidas dentro de uma perspectiva de subjetividade e acordo racional.<sup>17</sup>

No entanto, a realidade atual expõe cada dia mais a arbitrariedade que permeia a aplicação do direito – que se põe muitas vezes como instrumento de domínio na mão de minorias privilegiadas. Nesse contexto, a partir do entendimento de Cattoni de Oliveira acerca do desenvolvimento do direito através da história, é possível compreender que o Direito Moderno – que era para ter se tornado autônomo frente às outras esferas institucionais (religião, moral, economia etc.) – continua a refletir determinados interesses de grupos no poder e, assim, consegue cumprir cada vez menos com seu papel de instrumento público contra majoritário.<sup>18</sup>

Isto porque, quanto mais se restringe à tutela de grupos ou papéis sociais específicos, menos se torna capaz manter um nível de abstração necessário para a manutenção de um ambiente discursivo com a coexistência de diferentes pretensões individuais. Como resultado disso, tem-se na desigualdade um reflexo da aplicação do direito atual, que opera na grande maioria dos casos em favor de uma minoria elitizada e detentora de poder e prestígio social.

Ainda em se tratando da desigualdade consciente, é possível notar que no Brasil, assim como defendido por Carbonari, a desigualdade não se apresenta como fenômeno de exceção. O país é correntemente caracterizado por sua desigualdade, que se coloca não como algo circunstancial, mas como opção estruturante. Isso porque, a desigualdade não atinge apenas pequenos contingentes populacionais desprivilegiados, mas é inerente à vida em sociedade em todas as suas esferas: abrange desde os grupos tradicionalmente marginalizados (como por exemplo, os negros e as mulheres), até classes socioeconômicas inteiras.<sup>19</sup>

Nessa perspectiva, compreende-se que esse modelo organizacional brasileiro é fruto de uma história de dominação que teve início nas épocas coloniais e que se estende até os dias atuais. O Brasil, enquanto país historicamente negligenciado passou por um processo de desapropriação cultural: com a mitigação dos saberes tradicionais e influência dos padrões internacionais, deu-se lugar a uma cultura excludente e aos modelos assimétricos de produção.

---

<sup>17</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

<sup>18</sup> OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. 268p.

<sup>19</sup> CARBONARI, Paulo César. A construção dos Direitos Humanos: uma breve leitura histórica de elementos para a compreensão da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. *Rev. Eletrônica Portas*, [s. L.], p. 5-14, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.acicate.com.br/portas/artigo1.pdf>>. Acesso em: 09/05/2018.

Nesse sentido, nota-se que a desigualdade assume padrões de complexidade que vão muito além de sua correspondência com a ausência de igualdade (assim entendida como aquela detida a padrões meramente formais). O fenômeno da desigualdade reflete padrões culturais enraizados que se reproduzem em todas as escalas sociais, se tornando – como já elucidado anteriormente – um problema estrutural e altamente prejudicial para o pleno desenvolvimento dos indivíduos.

De acordo com Carbonari, tais padrões culturais assumem papéis tão consolidados na organização social que são capazes de justificar a eliminação “legítima” de grupos inteiros da narrativa social. Grupos estes que, inacreditavelmente, representam a maioria da população e são considerados como um empecilho e um inconveniente ao progresso social.<sup>20</sup>

### Efeito da desigualdade na capacidade para reivindicação de direitos.

A partir do panorama delineado nos tópicos anteriores buscou-se identificar alguns impactos da desigualdade: em primeiro lugar é possível elencar o efeito estrutural da desigualdade, que resulta em sua análise enquanto opção estruturante e, ainda, justificativa para a marginalização de grupos sociais inteiros. Nesse contexto, o fenômeno da desigualdade é legitimado pelas minorias que se encontram no poder. Já em segundo lugar, é possível perceber o impacto psicossocial da desigualdade. Assim entendido como a influência desse fenômeno na formação da personalidade humana e no desenvolvimento de um processo de reconhecimento válido e sadio.

De acordo com essa perspectiva, nota-se que a má distribuição de recursos e a falta de condições de acesso à divisão de bens e de saberes, resultam em um ciclo vicioso de perpetuação das condições de miséria. Isso porque, assim como delineado anteriormente, indivíduos com alta vulnerabilidade socioeconômica acabam suprimidos de capacidade para empreender lutas de conquistas de direitos. Tais grupos de pessoas são compelidos a focar suas energias e atenção na busca pela subsistência em uma realidade dominada pela lógica individualista de mercado.

Logo, vê-se que a falta de condições materiais que possibilitam a participação individual nos ambientes de tomada de decisão, faz com que as vítimas da desigualdade não se vejam como sujeitos de direitos. Isso porque, assim como explicita Honneth, o reconhecimento jurídico é pautado na perspectiva do outro,

---

<sup>20</sup> CARBONARI, Paulo César. A construção dos Direitos Humanos: uma breve leitura histórica de elementos para a compreensão da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. *Rev. Eletrônica Portas*, [s. L.], p. 6-7, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.acicate.com.br/portas/artigo1.pdf>>. Acesso em: 09 maio 2018.

uma vez que, sob a égide de um Estado Democrático de Direito, cria-se a expectativa normativa de que todos os indivíduos são iguais perante a lei e merecedores do mesmo respeito.<sup>21</sup>

Na situação de ausência de aplicação dos direitos formalmente garantidos – que, teoricamente, deveriam garantir iguais oportunidades e acessos – os cidadãos não conseguem se enquadrar na qualidade de seres moralmente imputáveis, que merecem um espaço de fala e intervenção na sociedade. Nesse contexto, a igualdade deixa de atingir patamares materiais e proporcionais, limitando-se tão somente às normativas positivadas nos mais diversos níveis do direito. A realidade desigual surge aí como uma prova da ineficácia da igualdade formalmente garantida.

Percebe-se, então, que sem condições reais de participação, os indivíduos menosprezados não são capazes de exigir o amadurecimento da ordem jurídica: não há participação popular, uma vez que um contingente populacional é sistematicamente violado e se vê impedido de se manifestar e contribuir com as normas criadas.

### **AGENDA 2030 E O OBJETIVO DE COMBATE À DESIGUALDADE**

Após a leitura dos tópicos previamente expostos, é possível compreender que a presente pesquisa foi construída de modo a estruturar-se em torno de um paradoxo. Isto porque a linha teórica induz a constatar-se que a ausência de materialização de direitos humanos relativos à subsistência de determinados grupos, faz com que os mesmos careçam do indispensável para suprir suas necessidades primárias e secundárias. A partir dessa realidade, pessoas veem-se privadas da possibilidade de gozarem de um desenvolvimento psicossocial sadio e tornam-se incapazes de reivindicarem seus próprios direitos.

Conclui-se então que: a carência de concretização dos direitos humanos daqueles indivíduos atingidos pela desigualdade resulta, inexoravelmente, na impossibilidade de representatividade de tais grupos na narrativa social para a reivindicação da efetividade destes mesmos direitos.

Por tal motivo, é que faz sentido sustentar a implementação de uma teoria de materialização dos direitos humanos – aí entendidos enquanto processos de luta por acesso á repartição de bens e meio excepcional de redução das desigualdades.<sup>22</sup> É a partir da materialização dos direitos humanos que se espera que os indivíduos subjogados a posições de menor valorização social, se tornem capazes

---

<sup>21</sup> HONNETH, Axel. *Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

<sup>22</sup> FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, cap. 1-4, p. 23-113.

de promoverem seus próprios direitos e se libertem das condições degradantes em que vivem.

Como forma de se quebrar esse ciclo vicioso em torno do qual se estruturou a pesquisa, faz sentido apontar um instrumento de proteção dos direitos humanos adotado pela ONU: a Agenda 2030. Definida como um plano de ação para as pessoas, o planeta e a prosperidade, essa Agenda busca abarcar as três dimensões do desenvolvimento sustentável – social, ambiental e econômica. Para isso, estruturou-se em 2015, 17 Objetivos do Desenvolvimento Sustentável organizados de tal forma a serem cumpridos até o ano de 2030.<sup>23</sup>

A partir dessa perspectiva, resta-se esclarecer que a presente proposta de salvaguarda dos direitos humanos não enxerga a Agenda como um instrumento paradigmático, mas sim como meio de ação totalmente capaz de provocar mudanças de comportamento nos mais diversos níveis – alterando padrões de condutas estatais e individuais. Isto porque, tal agenda possui grande potencial para materialização de uma realidade permeada pela justiça social através da defesa do desenvolvimento sustentável.

Nesse âmbito, faz sentido ressaltar a abordagem adotada pela presente Agenda para o cumprimento de seus Objetivos. Com o ímpeto de garantir a efetividade na busca pelo desenvolvimento sustentável, o documento “Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” estabeleceu como estratégia, a abordagem integrada. Tal abordagem é fruto do entendimento firmado pelos Estados na confecção dos Objetivos e Metas, que assevera que: “Ao embarcarmos nesta grande jornada coletiva, comprometemo-nos que ninguém será deixado para trás.”<sup>24</sup>

Nesse contexto, percebe-se que a abordagem adotada é aquela segundo a qual o desenvolvimento deve ser sempre pautado pelos três pilares: social, ambiental e econômico, de maneira igualitária. Em outros termos, a Agenda 2030 foi construída de modo a, teoricamente, equiparar esses três vieses e dar voz às inúmeras problemáticas que deles decorriam. Assim se vê no artigo 2º da Declaração da Agenda: “Estamos empenhados em alcançar o desenvolvimento susten-

---

<sup>23</sup> *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Criada em setembro de 2015 pelos Chefes de Estado e de Governo e Altos Representantes, reunidos na sede das Nações Unidas. Publicada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 12/09/2018.

<sup>24</sup> *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Criada em setembro de 2015 pelos Chefes de Estado e de Governo e Altos Representantes, reunidos na sede das Nações Unidas. Publicada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). Tópico 4. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 12/09/2018.

tável nas suas três dimensões – econômica, social e ambiental – de forma equilibrada e integrada”.<sup>25</sup>

A partir da análise de tal perspectiva é necessário que se ressaltem algumas nuances da abordagem integrada. Nesse âmbito, é possível compreender que, por mais que a proposta de desenvolvimento integrado pareça atrativa em um primeiro momento – uma vez que é estruturada com base da equidade de valores – é inevitável que se estabeleça uma escala de prioridades. Isso porque, o ideário de promover o desenvolvimento simultâneo e totalmente equilibrado entre os três pilares se mostra como algo à priori quase inalcançável.

Por tal motivo, defende-se no presente trabalho uma necessidade de valorização do pilar social como meio indispensável para se concretizar o tão almejado ideário de que “ninguém será deixado para trás”, defendido no bojo da Agenda 2030.

Um dos motivos pelos quais se prioriza o desenvolvimento social recai na tendência atual de enaltecimento do pilar econômico. Como manifestações inevitavelmente políticas, os Objetivos da Agenda 2030 acabam muitas vezes sendo instrumentalizados. Nesse sentido, ressalta Dire Tladi que a conquista desenvolvimento sustentável exige que se façam trocas entre diferentes setores e que tais trocas requerem, na maioria dos casos, uma ordem de prioridades. Segundo o autor, quando confrontada com a perspectiva de integração, a realidade sócio-política atual demonstra certa preferência direcionada ao pilar econômico.<sup>26</sup>

Como fruto de uma estruturação capitalista, tal tendência atual de valorização do crescimento econômico acaba por instrumentalizar muitas das ambições do desenvolvimento sustentável. Haja vista que, assim como estabelece Tladi existe uma forte tendência a se usar de preocupações sociais como meio de avançar objetivos essencialmente econômicos. Nesse sentido, acaba-se por relevar a real conexão entre os pilares e mitigar a pretensão por uma abordagem integrada e justa.<sup>27</sup>

Ainda de acordo com o entendimento desenvolvido por Dire Tladi, reconhece-se que, apesar de correlacionados, o pilar econômico e social tende a se

---

<sup>25</sup> *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Criada em setembro de 2015 pelos Chefes de Estado e de Governo e Altos Representantes, reunidos na sede das Nações Unidas. Publicada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD). art. 2º. Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 12/09/2018.

<sup>26</sup> TLADI, Dire. *Sustainable Development, Integration and the Conflation of Values: the fuel retailers case*. In: FRENCH, Duncan. *Global justice and sustainable development*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 75-88.

<sup>27</sup> TLADI, Dire. *Sustainable Development, Integration and the Conflation of Values: the fuel retailers case*. In: FRENCH, Duncan. *Global justice and sustainable development*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 75-80.



direcionar para lados opostos. Por isso, não se pode tentar efetivar o desenvolvimento sustentável dando a mesma ênfase a esses dois critérios, sob pena de se mitigar o avanço de um deles – isso é o que normalmente ocorre na atualidade: a justaposição entre valores sociais e econômicos acaba legitimando a predominância dos interesses econômicos sob justificativas pouco fundadas.<sup>28</sup>

Nesse mesmo sentido, defende Joyeeta Gupta e Courtney Vegelin, que as trocas entre os pilares do desenvolvimento sustentável normalmente são estruturadas em favor das pretensões econômicas à custo de demandas sociais e ambientais. De acordo com as autoras, a utilização de termos como “crescimento sustentável” externa a visão equivocada de muitos economistas e políticos da atualidade, segundo os quais o crescimento – e não desenvolvimento – é passo necessário para a redução das desigualdades. Tal visão é uma das razões que resulta na maior valorização do pilar econômico no discurso do desenvolvimento sustentável.<sup>29</sup>

Por tais motivos, é que faz sentido se estruturar o desenvolvimento sustentável pela valorização do pilar social. Isto porque, é somente a partir da conquista de condições mínimas de sobrevivência para todos os seres humanos, que se faz possível a articulação dos indivíduos para a conquista dos Objetivos dos pilares ambiental e econômico. Ainda nesse contexto, relembra-se a análise da hierarquia de necessidades de Maslow, segundo a qual os indivíduos somente conseguem se preocupar com questões de relevância política quando saírem de um “estado de necessidade” – ou seja, quando conseguirem satisfazer as necessidades de primeiro nível, tais como as fisiológicas e de segurança, coisas que só conseguirão ser alcançadas com maiores investimentos ao redor do pilar social.<sup>30</sup>

Além disso, a estratégia da Agenda 2030 de conquista dos Objetivos “de baixo para cima” só pode ser efetivada a partir da adoção de outro ponto de partida: tal estratégia requer que se alcance um nível de empoderamento social que possibilite a organização da população e seu desenvolvimento ao redor dos Objetivos e Metas. Para isso, indispensável que se priorize o viés social do desenvolvimento sustentável, como forma de materialização dos direitos humanos e da justiça social.

---

<sup>28</sup> TLADI, Dire. *Sustainable Development, Integration and the Conflation of Values: The Fuel Retailers Case*. In: FRENCH, Duncan. *Global justice and sustainable development*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 75-80.

<sup>29</sup> GUPTA, Joyeeta; VEGELIN, Courtney. *Sustainable development goals and inclusive development*. Int Environ Agreements, Amsterdam. 18 abr. 2016, p.436-445. Disponível em: <[https://pure.uva.nl/ws/files/13797608/Sustainable\\_development\\_goals\\_and\\_inclusive\\_development.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/13797608/Sustainable_development_goals_and_inclusive_development.pdf)>. Acesso em: 10/10/2018.

<sup>30</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper &Row, Publishers, Inc., 1954, cap. 4-7, p. 35-105. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

Em outros termos, recordando-se a análise dos impactos da desigualdade na formação e desenvolvimento da personalidade humana – traçada nos tópicos anteriores – compreende-se a urgência de se alcançar a satisfação das necessidades de primeiro nível a partir da redução das desigualdades. Essa satisfação só será possível a partir da conquista dos Objetivos que são ligados diretamente ao pilar do desenvolvimento social, tais como os Objetivos de número 1 (erradicação da pobreza) e 10 (redução das desigualdades).

Por tais razões, faz sentido delinear uma revisão crítica da Agenda 2030 a partir da necessidade de compreensão das nuances da abordagem integrada. Nesse âmbito, compreende-se que a valorização do pilar social dentro do tripé do desenvolvimento sustentável se mostra como a melhor forma de efetivamente alcançar os Direitos Humanos a partir dos Objetivos de desenvolvimento sustentável.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com intuito de analisar os impactos psicossociais da desigualdade, a presente pesquisa foi desenvolvida de modo a abordar o fenômeno da desigualdade a partir de diversas perspectivas. Para isso, viu-se ser necessário ultrapassar aquele conceito correntemente aplicado – que a remete à simples ausência de igualdade – de tal modo a entendê-la como resultado de um processo consciente e estrutural enraizado nas organizações sociais dos dias de hoje.

A partir do desenvolvimento das seções, se torna possível compreender que a desigualdade não gera apenas impactos econômicos e não afeta exclusivamente um pequeno grupo de pessoas. Ela é um fenômeno responsável por excluir a maioria da população dos processos de tomada de decisão, mitigando suas reais pretensões. Isto ocorre, uma vez que tais indivíduos carecem de condições elementares para seu desenvolvimento pleno.

Nesse mesmo sentido, elucida Abraham H. Maslow<sup>31</sup> acerca da hierarquia das necessidades. Segundo o autor, a personalidade humana é organizada de modo a florescer conforme a capacidade do indivíduo de satisfazer suas necessidades. Ou seja, quando satisfeitas, as necessidades básicas (de primeiro nível) dão lugar a outro grupo de necessidades, possibilitando, assim, a evolução da personalidade. Dentro dessa perspectiva, a desigualdade apresenta-se como um obstáculo a satisfação das necessidades e, conseqüentemente, ao desenvolvimento psicológico do indivíduo.

---

<sup>31</sup> MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper & Row, Publishers, Inc., 1954, cap. 4-7, p. 35-105. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

Ainda nesse diapasão, de acordo com a teoria do reconhecimento de Axel Honneth<sup>32</sup>, o sentimento de ser reconhecido e aceito em sua própria natureza faz surgir no indivíduo a consciência de si mesmo e aflora sentimentos de autoconfiança, auto-respeito e auto-estima. Nesse contexto, quando deparados com situações de desigualdade, os seres humanos são confrontados com um vício no processo de reconhecimento, haja vista que presenciam uma frustração normativa e identitária, carecendo dos elementos essenciais que possibilitam sua participação ativa na esfera sócio-política.

Em razão de tal cenário, é que os direitos humanos assumem papel indispensável. É a partir da materialização dos direitos humanos que se espera que os indivíduos sujeitos a realidades desiguais sejam capazes de satisfazerem suas necessidades e, assim, de lutarem por seus próprios interesses.

Nesse mesmo sentido, conclui-se que é a partir da efetivação das normas que salvaguardam as bases elementares para a sobrevivência humana que os indivíduos tornar-se-iam capazes de ter uma experiência de reconhecimento válida, podendo assim, fazer ouvir sua voz no campo político e exigir que suas pretensões sejam abarcadas pela ordem jurídica vigente.

Por tais motivos, é que o presente trabalho optou por discutir a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável. Sabe-se que esse instrumento, se trabalhado por meio de uma abordagem diferenciada, pode ser capaz de valorizar o potencial humano de transformação. Isto porque, verificou-se que a abordagem integrada – atualmente empregada pela Agenda – não é suficiente para garantir, de forma mais eficaz, a proteção dos direitos humanos.

Acredita-se que ao se priorizar a consecução dos Objetivos da Agenda 2030 relacionados com o pilar social do desenvolvimento sustentável, consiga-se alcançar melhores resultados na materialização de direitos humanos. Isto ocorre, uma vez que tais objetivos se correlacionam diretamente com a redução das desigualdades e, conseqüentemente, com a garantia de um pleno desenvolvimento psicossocial dos indivíduos. Nesse sentido, defende-se que a igualdade na garantia de condições materiais e psicológicas mínimas – pilar social – seja a chave para a concretização das demais bases do processo de busca pela sustentabilidade e, assim, para a efetivação dos direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

*Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável*. Criada em setembro de 2015 pelos Chefes de Estado e de Governo e Altos Representantes, reunidos na sede das Nações Unidas. Publicada pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

---

<sup>32</sup> HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003, seção II, p. 117-227.

(PNUD). Disponível em: <<http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/agenda2030/undp-br-Agenda2030-completo-pt-br-2016.pdf>>. Acesso em: 12/09/2018

BARRAL, Virginie. *Sustainable Development in International Law: Nature and Operation of an Evolutive Legal Norm*. The European Journal of International Law. v. 23, n. 2, p. 377-400, julho 2012.

CARBONARI, Paulo César. A construção dos Direitos Humanos: uma breve leitura histórica de elementos para a compreensão da institucionalização dos direitos humanos no Brasil. *Rev. Eletrônica Portas*, [s. L.], p. 5-14, 14 jun. 2007. Disponível em: <<http://www.acicate.com.br/portas/artigo1.pdf>>. Acesso em: 09/05/2018.

CARBONARI, Paulo Cesar. *Direitos humanos e desigualdades: uma leitura enfocada e em perspectiva da situação*. SEMINÁRIO PENSANDO UMA AGENDA PARA O BRASIL: DESAFIOS E PERSPECTIVAS. Brasília: Instituto de Estudos Sócio-econômicos (inesc), 2007. Disponível em: <[http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari\\_dh\\_desigualdades.pdf](http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/carbonari/carbonari_dh_desigualdades.pdf)>. Acesso em: 09/05/2018.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *Environment and Development: Formulation and Implementation of the Right to Development as a Human Right*. In: TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Human Rights, Sustainable Development, and the Environment*. Brasília: IIDH/BID, 1992.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos Direitos Humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

FUENTES, Ximena. *International law-making in the field of sustainable development; the unequal competition between development and the environment*. In: SCHRIJVER, Nico; WEISS, Friedl. *International law and sustainable development – principles, and practice*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2004.

FUHRMANN, Nadia. *Luta por reconhecimento: reflexões sobre a teoria de Axel Honneth e as origens dos conflitos sociais*. Barbaroi, Santa Cruz do Sul, n. 38, p. 79-96, jun. 2013. Disponível em: <[http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-65782013000100006&lng=pt&nrm=iso](http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-65782013000100006&lng=pt&nrm=iso)>. Acesso em: 05/09/2018.

GUPTA, Joyeeta; VEGELIN, Courtney. *Sustainable development goals and inclusive development*. Int Environ Agreements, Amsterdam, p.433-448, 18 abr. 2016. Disponível em: <[https://pure.uva.nl/ws/files/13797608/Sustainable\\_development\\_goals\\_and\\_inclusive\\_development.pdf](https://pure.uva.nl/ws/files/13797608/Sustainable_development_goals_and_inclusive_development.pdf)>. Acesso em: 10/10/2018.

HONNETH, Axel. *Luta por Reconhecimento: A gramática moral dos conflitos sociais*. São Paulo: Editora 34, 2003. 296p.

HURRELL, A.; WOODS, N. (Eds.), *Inequality, Globalization, and World Politics*. Oxford: Oxford University Press, 1999.

MASLOW, Abraham H. *Motivation and Personality*. [s. L.]: Harper & Row, Publishers, Inc., 1954. Disponível em: <<http://www.peyc.eu/wp-content/uploads/2016/09/Motivation-and-Personality-A.H.Maslow.pdf>>. Acesso em: 29/08/2018.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *Teoria da constituição*. Belo Horizonte: Initia Via, 2012. 268 p.

ROTA, Demetrio Loperena. *Desarrollo Sostenible y Globalización*. Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003.

SEGGER, Marie-Claire Cordonier; KHALFAN, Ashfaq. *Sustainable Development, Law – Principles, Practices, & Prospects*. Oxford: Oxford University Press, 2006.

SMOUTS, Marie-Claude. *Le Développement Durable: Les Termes du Débat*. Paris: Armand Colin – Dalloz, 2005.

SOUZA, Renato Ferreira de. *George Herbert Mead: contribuições para a história da psicologia social*. *Psicologia & Sociedade*, São Paulo, v. 23, n. 2, p. 369-378, 2011.

Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3990983>>. Acesso em: 25/02/2019.

TLADI, Dire. *Sustainable Development, Integration and the Conflation of Values: The Fuel Retailers Case*. In: FRENCH, Duncan. *Global justice and sustainable development*. Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010. p. 75-88.

VEIGA, José Eli da. *Sustentabilidade: A Legitimação de um Novo Valor*. São, Paulo: Senac, 2010.

WEISS, Edith Brown. *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*. Nova York: Transnational, Publishers, 1989.

*Data de recebimento: 25/03/2019*

*Data de aprovação: 27/05/2019*

# REPENSANDO O CARÁTER SUBSIDIÁRIO DA ADPF

## RETHINKING THE SUBSIDIARY CHARACTER OF THE ADPF

*Emerson Ademir Borges de Oliveira\**

### RESUMO

---

O controle de constitucionalidade brasileiro mostrou-se bastante original na confecção de um instrumento que pudesse sanar ou evitar todas as lesões a preceitos da Constituição nos pontos em que os outros instrumentos não se mostrassem hábeis, por meio da criação da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Dada sua parca previsão constitucional, e sua tardia regulamentação, a ocorrer apenas em 1999, a jurisprudência precisou moldar o instrumento e dentre suas características trouxe a necessidade de se apresentar o mesmo com caráter subsidiário, isto é, cabimento apenas quando outros instrumentos não se mostrassem possíveis. Mas os novos delineamentos do direito pátrio nos convocam a rever a jurisprudência acerca da ADPF, mormente quanto ao seu papel de instrumento subsidiário, em face da repercussão geral e da abstrativização do recurso extraordinário. O presente ensaio possui como objetivo oferecer um recorte jurisprudencial-empírico acerca da utilização e desenvolvimento da arguição. O trabalho se desenvolve pelo método indutivo e a pesquisa é eminentemente bibliográfica e jurisprudencial.

**Palavras-chave:** Controle de constitucionalidade; Arguição de descumprimento de preceito fundamental; Repercussão geral no recurso extraordinário; Subsidiariedade.

### ABSTRACT

---

The control of Brazilian constitutionality was quite original in the preparation of an instrument that could heal or avoid all injuries to the provisions of the Constitution at the points where the other instruments were not shown to be skillful, through the creation of the Claims of Non-

---

\* Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Coordenador-Adjunto e Professor permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Marília. Advogado e parecerista. E-mail: borgesdeoliveira@usp.br.

-Compliance with a Fundamental Precept. Given its meager constitutional prediction, and its belated regulation, to occur only in 1999, the jurisprudence had to shape the instrument and among its characteristics brought the need to present the same in a subsidiary form, that is to say, only when other instruments were not shown Possible. However, the new design of national law calls on us to review the case law on the ADPF, in particular as regards its role as a subsidiary instrument, given the general repercussion and objectivity of the extraordinary appeal. This essay aims to offer a jurisprudencial-empirical approach about the development of the ADPF. The work is developed by the inductive method and the research is eminently bibliographical and jurisprudential.

**Keywords:** Control of constitutionality; Claims of non-compliance with fundamental precept; General repercussion in extraordinary appeal; Subsidiarity.

## INTRODUÇÃO

A Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental é fruto, no constitucionalismo pátrio, de uma maior preocupação edificada após a Constituição de 1988 com o controle de constitucionalidade dos atos do Poder Público.

Prevista no artigo 102, § 1º, CF, como um instrumento destinado à salvaguarda da Constituição, e regulamentada pela Lei 9.882/99, seu intuito denota-se evidente no sentido de remediar ou prevenir lesões a preceitos fundamentais ou extirpar controvérsias constitucionais.

Na construção da jurisprudência da Corte Maior brasileira, gradualmente, os contornos ao instrumento foram sendo conferidos, dentre eles, a característica da subsidiariedade, isto é, sua utilização decorre da “inexistência de outro meio eficaz de sanar a lesão”, “compreendido no contexto da ordem constitucional global”, isto é, um meio que possa resolver a controvérsia de “forma ampla, geral e imediata” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 1154).

No entanto, as recentes construções que aproximam o modelo brasileiro de um modelo de *stare decisis* e de formação do precedente, convocam-nos a repensar o instituto, como abaixo é delineado.

Cumpre frisar que, diante do fato da abstrativização do controle concreto de constitucionalidade, a partir das decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, que estendem os efeitos antes *inter partes* para todos, a ADPF perde certo espaço de atuação, mormente quanto a seu caráter subsidiário, que passa a ter em mente não apenas outras ações de controle concentrado, mas também recursos e ações que realizam controle concreto e cujas decisões se tornam vinculantes. Logo, o ajuizamento da ADPF dependerá não apenas da inexistência de ações de controle concentrado, como também de ações de controle concreto que possam produzir efeitos *erga omnes*.

Noutras palavras, o desenvolvimento da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, em especial a partir da formação da lógica de precedentes, tornou as ações antes demandas individualizadas *inter partes* em contextos coletivos *erga omnes*. Assim ocorrera com o recurso extraordinário, principalmente a partir da geração da repercussão geral.

Isso fez com que o recurso extraordinário – e outras ações julgadas no STF, em especial os remédios constitucionais – não mais limitassem seus efeitos, atuando, na prática, como ações de controle de constitucionalidade.

Ora, se a ADPF possui perfil subsidiário, esta condição se mantém a partir de novos parâmetros: não apenas em relação às típicas ações de controle concentrado, mas perante qualquer análise de constitucionalidade em ação perante o Supremo Tribunal Federal, em razão da extensão de seus efeitos.

O propósito deste artigo é justamente repensar esta subsidiariedade, tendo em vista a guinada jurisprudencial acerca do processo constitucional e os efeitos das ações – em geral – julgadas pela Corte.

Para tanto, perpassa, primeiramente, pela análise do controle de constitucionalidade pátrio e a formação do precedente. Em seguida, avança pela discussão teórica e prática do instituto, com os contornos que foram dados para a ADPF pela jurisprudência do STF. Ao cabo, propõe a rediscussão da subsidiariedade diante dos novos parâmetros processuais do Supremo Tribunal.

## **O CONTROLE ABSTRATO NO BRASIL E A ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL**

O modelo de controle abstrato teve origem na Áustria e foi criado por Hans Kelsen em 1920, quando da elaboração da Constituição do referido país. Kelsen cuidou de criar também uma Corte Constitucional que examinaria a constitucionalidade das leis. Assim, todas as leis supostamente inconstitucionais eram objeto de análise, passíveis de anulação.

Sua importância tem como fundamento o fato de a lei declarada inconstitucional ser excluída do ordenamento jurídico e, assim, os seus efeitos perfazem-se sobre todos. É uma via direta de combate ao texto inconstitucional. Observa a importância Bonavides (2002, p. 277-278):

Caracteriza-se esse processo por seu teor sumamente enérgico, pela sua agressividade e radicalismo, pela natureza fulminante da ação direta. Consente aos governados e com mais frequência a certas autoridades públicas a iniciativa de promover o ataque imediato e ofensivo ao texto eivado de inconstitucionalidade. Uma vez declarada inconstitucional, a lei é removida da ordem jurídica com a qual se apresenta incompatível. O órgão competente para julgar essa ação tanto poderá ser um tribunal ordinário como uma corte especial, a exemplo dos chamados tribunais constitucionais, dotados para esse fim de jurisdição específica.



Entre nós, o modelo kelseniano foi adotado, embrionariamente, em 1934, sob a forma de *representação interventiva*, o que não o fazia confundir com o modelo incidental de controle. Observa Mendes (1998, p. 61):

Em uma de suas primeiras decisões deixou assente o Supremo Tribunal Federal que, ao contrário do controle incidente de normas, o novo instituto destinava-se à aferição abstrata da constitucionalidade de uma lei estadual, ou, nas palavras de Castro Nunes, de “uma fórmula legislativa ou quase legislativa que vem a ser a não-vigência, virtualmente decretada, de uma dada lei”. Em outros termos, a inconstitucionalidade deveria ser superada mediante *ato legislativo* ou *quase legislativo* que constataste a invalidade com eficácia *erga omnes*.

Mas foi a Emenda n. 16, de 1965 que instituiu o modelo do controle abstrato pelo Supremo Tribunal Federal, ao lado da *representação interventiva*, sendo que a ação deveria ser instaurada pelo Procurador-Geral da República. Esse novo instituto objetivava “alcançar maior economia processual mediante decisão direta do Supremo Tribunal Federal, reduzindo a sobrecarga de trabalho dos Tribunais inferiores” (MENDES, 1998, p. 64), orientando-os em casos semelhantes. Ainda, conforme Clève (1995, p. 109), a “ação direta interventiva constituiu a via através da qual nosso país foi, paulatinamente, alcançando o território da fiscalização abstrata da constitucionalidade”.

A Constituição de 1988 tratou de dilatar a legitimidade para a propositora da ação, nos termos do atual artigo 103. Além disso, suprimiu-se o paradoxo antes havido segundo o qual o Procurador-Geral da República deveria propor a ação e agir em defesa da União ao mesmo tempo. No atual texto, é o Advogado-Geral da União o legitimado para defender a constitucionalidade da lei (§ 3º).

A nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1998, p. 20).

Como bem sabemos, o controle abstrato brasileiro pode ser exercido pela ação direta de inconstitucionalidade, pela ação direta de inconstitucionalidade por omissão, pela ação declaratória de constitucionalidade e pela arguição de descumprimento de preceito fundamental.

A ADI visa atacar incisivamente a norma que contraria o texto constitucional. Segundo Clève (1995, p. 113), “a ação direta de inconstitucionalidade presta-se para a defesa da Constituição (...) Por isso consiste em instrumento da fiscalização abstrata de normas, inaugurando ‘processo objetivo’ de defesa da Constituição”.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO), por sua vez, enfrenta a ausência de um “necessário agir”. Não basta que o legislador não tenha agido na formulação de determinada norma, mas sim que era esperado que ele agisse naquele caso. Cumpre ressaltar, sempre, a tendência de um papel cada vez mais concretista que o STF possa dar a tal instrumento, em vistas das decisões tomadas em sede de Mandado de Injunção com caráter concretista geral<sup>1</sup>.

A Ação Declaratória de Constitucionalidade, noutro ponto, tem como objetivo conferir à lei um carimbo de autenticidade judicial, antes que ela venha a ser atacada por ação direta de inconstitucionalidade. É de conhecimento que nesta, caso a decisão seja contrária à inconstitucionalidade, ou seja, a favor da constitucionalidade da lei, também estará estampado o “selo de qualidade” constitucional. A diferença é que a ADC visa dirimir as controvérsias resultantes da ADI, agindo preventivamente em favor da constitucionalidade da lei ou ato normativo.

Por fim, a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), que nos interessa por ora, conforme a redação do artigo 1º da Lei 9.882/1999, tem como objetivo “evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público” e refrear os ânimos decorrentes de controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo relevante, à exceção de questão já concretamente posta em juízo, nos termos da ADI 2.231.

A noção de preceito fundamental, entretanto, parece vaga no mundo jurídico, sendo que alguns doutrinadores o tem como elemento que engloba direitos, garantias, cláusulas pétreas, princípios fundamentais, organizacionais etc, expressos ou implícitos no texto constitucional<sup>2</sup>.

Bulos (2010, p. 324) afirma serem fundamentais os “preceitos que informam o sistema constitucional, que estabelecem comandos basilares e imprescindíveis à defesa dos pilares da manifestação constituinte originária”. Traz como exemplos, ainda, os valores sociais do trabalho, a separação de poderes, a inafastabilidade da jurisdição, os princípios da Administração Pública, a defesa do consumidor, dentre outros.

Sua finalidade, no intuito de “preservar as vigas-mestras que solidificam o edifício constitucional, buscando dar coerência, racionalidade e segurança ao ordenamento jurídico” (BULOS, 2007, p. 318), poderia fazer a ADPF se confundir com a ADI, inclusive já tendo o próprio STF admitido a conversão de ADPF ajuizada em ADI<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Vide Mandados de Injunção 283, 680, 708 e 712.

<sup>2</sup> “Há dissenso na doutrina ao se definir os *preceitos fundamentais*, porém é possível elencar alguns que estão explícitos na Constituição Federal, tais como: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, o pluralismo político, a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais” (LOBO; GALVÃO, 2007, p. 111).

<sup>3</sup> ADPF-QO 72/PA, rel. Min. Ellen Gracie, j. 01.06.2005.

Entretanto, é observável a natureza mais aberta no tocante aos atos do Poder Público. Além disso, cuidou a ADPF de suprimir uma lacuna da ADI, que não pode ser aplicada nem a leis anteriores a 1988 e nem a atos municipais.

Outrossim, no tocante ao espaço normativo também atacado por outros instrumentos abstratos, a admissão da ADPF somente se opera não havendo outro meio eficaz de sanar a lesão – subsidiariedade –, conforme a ampla jurisprudência da Corte.

No julgamento da ADPF 33, o Pretório Excelso deixou assente que a ADPF será cabível na inexistência de “meio apto para solver a controvérsia constitucional relevante de forma ampla, geral e imediata”.

Assim, a construção da jurisprudência formou-se no sentido de que cabe ao interessado demonstrar que as vias processuais são “incapazes, insuficientes ou ineficazes para sanar a controvérsia constitucional relevante” (BULOS, 2010, p. 323) ou havendo exaurimento das vias processuais para resolver a demanda.

E mesmo no tocante à possibilidade de se valer de outros meios processuais, é imprescindível que tais meios se mostrem eficazes de sanar globalmente a situação de lesividade.

Nessa linha é que se acreditava que a existência de processos ordinários e recursos extraordinários não poderiam, por si só, afastar a subsidiariedade e impedir a propositura da arguição.

Essa situação, todavia, merece ser revista.

### **A APROXIMAÇÃO DO MODELO DO STARE DECISIS AO CIVIL LAW E A REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

A nova configuração do controle de constitucionalidade permite visualizar o papel preponderante concedido ao controle abstrato e, conseqüentemente, ao STF, como órgão político decisivo acerca da constitucionalidade legislativa, já que, além de ser órgão de última instância no que concerne a questões constitucionais dos casos concretos, é competente “para aferir a constitucionalidade direta das leis estaduais e federais no processo de controle abstrato de normas” (MENDES, 1998, p. 20).

Nesse sentido, urge-lhe o poder-dever de declarar a inconstitucionalidade, seja por qual meio for, de lei ou ato normativo que, no presente caso, vá de encontro à necessidade de uma tutela efetiva da Constituição. A diferença, no entanto, neste caso, e que confere maiores valorações aos institutos do controle incidental – seja pelos juízes do território nacional ou mesmo pelo STF – e da súmula vinculante, é que, em tese, não lhe caberia suprir a omissão legislativa. Isto porque no controle concentrado, a declaração de inconstitucionalidade por omissão não teria o condão de criar a lei faltante, mas tão somente de declará-la

nesta condição ao Legislativo, para que este, sem qualquer punição, tome as devidas providências, embora, como já adiantamos, o STF cada vez mais tem se inclinado por posições mais concretistas.

Todavia, como uma alternativa às impossibilidades do controle por omissão, tema espinhoso tem ganhado bastante relevo. Trata-se da possibilidade dos efeitos vinculantes e *erga omnes* no controle incidental realizado pelo Pretório Excelso. Num primeiro momento, via de regra, tais efeitos não decorreriam, naturalmente, do acórdão pretoriano.

Contudo, uma lógica irrefutável nos inclina cada vez mais nesse sentido. Ocorre que o Supremo, sendo última instância nas discussões constitucionais, tem o condão de apaziguar as questões latentes que ali chegam. Constituir-se-ia uma abreviação ao caminho necessário da lide se o STF já se manifestasse sobre a questão por antecedência, em interpretação de caso análogo, impedindo que até lá se chegue para ouvir exatamente aquilo que já se disse anteriormente. É medida que viabiliza a tutela jurisdicional efetiva, impedindo o dispêndio desnecessário de tempo em instâncias judiciais inferiores.

Mendes (2007, p. 269-270) assim coloca a questão:

Esse entendimento marca uma evolução no sistema de controle de constitucionalidade brasileiro, que passa a equiparar, praticamente, os efeitos das decisões proferidas nos processos de controle abstrato e concreto. A decisão do Supremo Tribunal Federal, tal como colocada, antecipa o efeito vinculante de seus julgados em matéria de controle de constitucionalidade incidental, permitindo que o órgão fracionário se desvincule do dever de observância da decisão do Pleno ou do Órgão Especial do Tribunal a que se encontra vinculado. Decide-se autonomamente com fundamento na declaração de inconstitucionalidade (ou de constitucionalidade) do Supremo Tribunal Federal proferida *incidenter tantum*.

A lógica de se assegurar a eficácia contra todos e o efeito vinculante das decisões proferidas em sede abstrata pelo Supremo Tribunal Federal é a necessidade de se conferir *força normativa à Constituição*, conforme preleciona Hesse (1991, p. 16), e o entendimento de que o STF, sendo o guardião da Constituição, é também seu intérprete último, de forma a uniformizar o entendimento sobre a questão constitucional<sup>4</sup>.

Esse mesmo pensamento tem conduzido a uma interpretação no sentido de que as decisões proferidas pelo Supremo, no controle incidental, ou seja, questões

---

<sup>4</sup> Lembra-nos Diniz (1989, p. 119): “O sistema apresentará unidade, se as várias normas forem conformes à norma-origem (Constituição); conseqüentemente haverá uma coerência, ante a impossibilidade lógica de existirem preceitos infraconstitucionais antagônicos à Lei Maior”.

constitucionais que são levadas ao Pretório Excelso não por um processo em que a discussão seja a norma em si, mas sim quando tal discussão é caminho necessário para a adequada solução da lide, também merecem a mesma eficácia, irradiando-se para todo o Judiciário (MARINONI; ARENHART, 2007, p. 295)<sup>5</sup>. É o que Didier Jr (2006) alcinha de “objetização do recurso extraordinário”.

Essa tendência tem sido denominada no STF como “abstrativização do controle concreto”, que recebera especial referência no RE 197.917 (caso dos vereadores de Mira Estrela) e no HC 82.959 (progressão de regime nos crimes hediondos), tendo a Corte recebido e dado provimento a diversas Reclamações por descumprimento do entendimento conferido pelo Pretório.

Sensível a isso, o legislador infraconstitucional, na edição da Medida Provisória 2.180-35 de 2001<sup>6</sup>, previu a possibilidade de alegação de inexigibilidade da coisa julgada construída em entendimento que afronta a interpretação do Supremo Tribunal Federal, na seara do processo trabalhista (artigo 884, § 5º, CLT). Na mesma toada, a Lei 11.232/2005 estendeu o raciocínio para o processo civil (artigos 475-L, § 1º e 741, parágrafo único, do Código de Processo Civil anterior). A questão foi mantida pelo novo Código (artigos 526, § 12 e 535, § 5º, novo CPC).

O que o dispositivo em questão, basicamente, afirma é que toda vez em que uma decisão for construída sob um entendimento fundado em lei ou ato normativo que venha a ser declarado inconstitucional pelo Supremo ou em aplicação ou interpretação tida por incompatível com a Constituição, a coisa julgada pode ser desfeita e o título tornado inexigível (BORGES DE OLIVEIRA, 2012, p. 60).

Ainda, contornando tal premissa, a necessidade de repercussão geral ao recurso extraordinário nada mais é do que a busca por uma verticalização legislativa, de forma a solver com maior antecedência possível as interpretações dos casos concretos análogos. Trata-se, antes de mais nada, de um argumento de estabilização e justiça das decisões, de forma que casos semelhantes não recebam interpretação constitucional diversa.

Nesse aspecto, salutares as colocações de Mitidiero e Marinoni (2007, p. 19):

Esses mecanismos processuais visam a compatibilizar as decisões jurisdicionais, uniformizando-as, concretizando, dessa ordem, o valor constitucional da igualdade no formalismo processual. Acabam por velar, nesse azo, pela unidade do Direito no Estado Constitucional brasileiro, sobre racionalizar a atividade judiciária, importando em notável economia de atos processuais.

<sup>5</sup> Ver: REsp 819.850, rel. Min. Teori Zavascki.

<sup>6</sup> A referida Medida Provisória encontra-se em plena vigência por conta do artigo 2º da Emenda Constitucional 32, de 11 de setembro de 2001.

Além disso, têm por desiderato racionalizar a atividade judiciária, impedindo que recursos em confronto com a orientação dos Tribunais Superiores tenham seguimento, ocupando inutilmente a estrutura judiciária.

É nessa mesma quadra que se engasta, em determinada perspectiva, o instrumento da repercussão geral no direito brasileiro. Trata-se de salutar expediente que, ao mesmo tempo, visa a concretizar o valor da igualdade e patrocinar sensível economia processual, racionalizando a atividade judicial, sobre, constante já se destacou, contribuir para a realização da unidade do Direito em nosso Estado Constitucional.

Acontece que, em outros modelos de jurisdição constitucional, como o estadunidense, as decisões tomadas pela Suprema Corte servem de embasamento a todas as decisões pátrias, criando precedentes que assegurem os princípios fundamentais do Direito. Em outras palavras, existe uma certa expectativa das decisões, desde que lhes haja precedentes garantidos pela *Court of Law*.

A eleição dos precedentes, frise-se, embora possa vincular as decisões futuras com base em argumentos construídos no passado, não se mostra incompatível com o progresso do direito. É sempre atual a possibilidade de superação do precedente, sempre caminhando ao lado da sombra das necessidades sociais contemporâneas (OST, 2005, p. 106 e ss)<sup>7</sup>.

Como ressalta O'Brien (1991, p. 34), na realidade jurisdicional norte-americana, "the Court's rulings are usually considered controlling for other similar cases and the larger political controversy they represent"<sup>8</sup>.

Contudo, no direito supracitado não há o controle concentrado da constitucionalidade legislativa, sendo tal medida realizada no caso concreto. Mesmo assim, assegura a Suprema Corte que das suas decisões aferindo a constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis tenha aplicação a todos os casos, servindo de precedente jurídico. A vinculação do precedente por ela formado faz com que, na prática, a Corte ganhe *status* de jurisdição constitucional.

---

<sup>7</sup> Com maestria, Posner (2007, p. 481-482): "A existência de precedentes abundantes e extremamente informativos (em parte por serem recentes) vai permitir que as partes das disputas legais criem estimativas mais convergentes sobre o resultado provável de um julgamento e, como aqui já se observou em capítulos anteriores, se as duas partes têm a mesma ideia sobre o resultado do julgamento, entrarão em acordo antecipadamente, porque um julgamento é mais caro do que um acordo. Com menos ações em juízo, porém, será menor o número de novos precedentes criados, e os existentes vão tornar-se obsoletos à medida que as circunstâncias também os tornarem menos adequados e informativos. Assim, o índice de ações discutidas em juízo aumentará, produzindo mais precedentes e, desse modo, levando novamente a uma queda dos índices de litígios".

<sup>8</sup> No vernáculo: "As decisões da Corte são usualmente consideradas para fins de controle de casos semelhantes e para a maior controvérsia política que representam".

É importante que se tenha em mente que a interpretação constitucional realizada por um Tribunal Superior não possui o condão de desvirtuar o controle de constitucionalidade realizado pelos juízes e tribunais inferiores.

Em verdade, segundo nos parece, ambas medidas laboram, concomitantemente, na observância da constitucionalidade acima de qualquer outra medida. Seria desastroso que o ordenamento jurídico inferior à Carta Constitucional tivesse o poder de lhe contrariar, seja por uma questão de lógica hierárquica (formal), seja por uma questão de valoração dos direitos expostos na Constituição (material).

Desta feita, o papel do Tribunal Constitucional pátrio é de discutir questões de foro constitucional que possuem repercussão geral. E é exatamente esta repercussão que confere embasamento à sustentação da ideia de que as decisões constitucionais tomadas pelo Supremo, incidentalmente, devem ter seus efeitos expandidos a fim de abranger, interpretativamente, todos os casos análogos.

Noutra oportunidade, acerca do tema, já dissemos que

[...] a repercussão geral confere o selo de autenticidade da importância da questão constitucional discutida, razão pela qual careceria de sentido aplicar estes efeitos para apenas um caso. Tanto é que na repercussão geral, após a decisão concreta, surtem os efeitos para todos os casos análogos que aguardaram junto aos Tribunais aquela decisão (BORGES DE OLIVEIRA, 2009, p. 35).

Ao depois, esta medida fortalece o controle de constitucionalidade incidental, seja para as questões de repercussão geral junto ao Supremo, seja para as questões constitucionais de somenos importância nos Tribunais, como na cláusula de reserva de plenário, ou pelos juízes de primeira instância. Evidente que para estes as questões constitucionais discutidas não possuem a mesma repercussão do que aquelas que chegam ao Pretório Excelso, mas o poder-dever de controlar a constitucionalidade das leis subsiste sempre, seja para aplicar interpretação do STF, seja para realizar a própria análise no caso concreto.

Ainda nessa linha, a Emenda n. 45 trouxe novidade ao sistema jurídico pátrio ao instituir no artigo 103-A da Constituição Federal, a súmula vinculante, segundo a qual, após reiteradas decisões sobre a matéria constitucional, o STF pode por dois terços de seus membros aprovar súmula que vincula todos os órgãos do Judiciário e a Administração Pública direta e indireta. Vale dizer, instituiu-se a possibilidade do controle incidental no STF mediante a aprovação de súmula fazer gerar efeitos a todos.

Importante salientar que a súmula vinculante somente faz sentido “após reiteradas decisões” de casos análogos, o que nos permite, logo em primeiro plano, concluir que seu principal objetivo é apaziguar as tensões sociais decor-

rentes das diversas interpretações jurídicas sobre determinado tema de natureza constitucional.

Dessa forma, se alinha ao exposto anteriormente acerca do controle incidental realizado pelo Supremo. A diferença é que seus efeitos vinculantes não decorrem de uma construção doutrinária e sim de dispositivo claramente exposto na própria Constituição.

É evidente que direitos sem garantias não podem subsistir. E, mais do que isso, as garantias estão vinculadas diretamente à possibilidade de instrumentalização do Judiciário para garanti-los, independente de vontade política e legislativa. Se tal construção decorre de expressa disposição constitucional ou se decorre de construção doutrinária pouco importa, contanto que essa se poste frente à lupa constitucional para concluir a maneira de se instrumentalizar a garantia. Não se trata mera e simplesmente de sobrelevar-se ao texto legal, pois, acima deste e do jurista, deve estar sempre a Constituição, essa sim o parâmetro e o ponto de vista de todo o observador do ordenamento pátrio.

Ao depois, consoante extenso trabalho produzido por Marinoni (2010, p. 101), deve-se frisar que parece “no mínimo indesejável, para um Estado Democrático, dar decisões desiguais a casos iguais”, prática em relação a qual a doutrina brasileira pouco reage<sup>9</sup>.

Nesse sentido, também destaca Alexy (2001, p. 259): as “razões básicas para seguir os precedentes é o princípio de universalizabilidade, a exigência de que tratemos casos iguais de modo semelhante, o que está por trás da justiça como qualidade formal”.

Pois bem.

Na vertente do Supremo Tribunal Federal, embora a questão não seja tão inequívoca, é possível se notar diversos exemplos recentes acerca da aplicação da força de precedente a decisões de cunho incidental, ou melhor, à transcendência dos efeitos das decisões tomadas em ações concretas.

---

<sup>9</sup> Ainda, importantes observações: “Não há dúvida que o papel do atual juiz do *civil law* e especialmente o do juiz brasileiro, a quem é deferido o dever-poder de controlar a constitucionalidade da lei no caso concreto, muito se aproxima da função exercida pelo juiz do *common law*, especialmente a realizada pelo juiz americano. Acontece que, apesar da aproximação dos papéis dos magistrados de ambos os sistemas, apenas o *common law* devota respeito aos precedentes. A ausência de respeito aos precedentes está fundada na falsa suposição, própria ao *civil law*, de que a lei seria suficiente para garantir a certeza e a segurança jurídicas. Frise-se que essa tradição insistiu na tese de que a segurança jurídica apenas seria viável se a lei fosse estritamente aplicada. A segurança seria garantida mediante a certeza advinda da subordinação do juiz à lei. Contudo, é interessante perceber que a certeza jurídica adquiriu feições antagônicas no *civil law* e no *common law*. No *common law* fundamentou o *stare decisis*, enquanto no *civil law* foi utilizada para negar a importância dos tribunais e das suas decisões” (MARINONI, 2010, p. 100).



Na discussão acerca da fidelidade partidária, a virada de jurisprudência do Supremo decorreu do julgamento de três mandados de segurança (26.602, 26.603 e 26.604), impetrados em face da resposta de duas consultas no Tribunal Superior Eleitoral.

De se ver que o caráter emblemático criado às razões do julgamento fora tão grande que direcionara a análise conjunta dos *mandamus*. E, após a declaração de constitucionalidade ocorrida em sede incidental, o TSE houve por bem regular a questão por meio da Resolução 22.610, demonstrando-se, assim, que a decisão do Supremo acabara de formar o precedente acerca da necessidade de fidelidade partidária aos mandatários.

Assim, embora julgado em mandado de segurança, não se discute, atualmente, que a fidelidade valha apenas para os impetrantes dos referidos *mandamus* ou de outros que tenham tratado da mesma temática<sup>10</sup>.

No tocante à Lei de Ficha Limpa, o STF formou sua convicção quanto às questões discutidas no julgamento de dois recursos extraordinários.

No RE 633.703, diante das fundamentações, o Supremo firmou posição no sentido da inaplicabilidade da nova Lei para as eleições de 2010, por ofensa ao artigo 16 da Constituição Federal, sendo que tal precedente passa a valer para todos os casos, e não apenas para o recorrente.

É de se ressaltar que a decisão fora tomada em Plenário, após extensa discussão e profunda análise dos termos da Lei Complementar 35, e não apenas do direito que assistia ao recorrente.

Posteriormente, no Recurso Extraordinário 630.147, o Supremo chancelou a constitucionalidade da Lei de Ficha Limpa, o que, por evidente, vale não apenas para atingir o recorrente Joaquim Roriz, mas todos os políticos que se enquadram na situação delineada pela lei.

No mencionado RE 197.917 (Caso de Mira Estrela), o Supremo, interpretando o artigo 29, IV, CF, que estabelece a necessidade do número de vereadores ser proporcional à população do município, entendeu que deveria haver correspondência matemática entre as faixas indicadas e a população.

A decisão fora tomada em recurso que abrangia apenas o Município de Mira Estrela, mas o precedente formado atingia todos os municípios do país, inclusive norteando a Resolução 21.702 do TSE tratando da temática. Como consequência,

---

<sup>10</sup> Cumpre ressaltar que a infidelidade partidária foi inserida pela minirreforma eleitoral (Lei 13.165/2015) junto ao artigo 22-A da Lei 9.096/1995 como situação que conduz à perda do mandato, salvo existência de justa causa, considerada esta: I – mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; II – grave discriminação política pessoal; e III – mudança de partido efetuada durante o período de trinta dias que antecede o prazo de filiação exigido em lei para concorrer à eleição, majoritária ou proporcional, ao término do mandato vigente.

é cediço que o Congresso Nacional promulgou a Emenda 58/2009, estabelecendo exatamente os limites de vereadores dentro de cada uma das 24 faixas populacionais, com variação de 9 a 55 vereadores.

Nesses casos, é certo que a decisão superior, servindo como precedente, ajustou a justiça da decisão, além de analisar a constitucionalidade da questão de forma nitidamente abstrata, ainda que em meio a um caso concreto. Por essa razão, tais decisões não poderiam ficar restritas às partes do processo.

Tal vertente anuncia a formação de uma nova perspectiva do controle de constitucionalidade, alcançando, por evidente, as questões que envolvem a discussão sobre a aplicação do princípio democrático e os direitos daí decorrentes.

Dado o caráter não apenas da formação da convicção do Tribunal, mas do próprio direito discutido, é natural que sempre que se fale em princípio democrático, para o bem da democracia, seja a decisão levada a efeito perante todos.

Ora, se decisões proferidas em ações e recursos junto ao Supremo Tribunal Federal, incluindo recursos extraordinários, *habeas corpus*, mandados de segurança e de injunção, passam a ser tidas como produtoras de efeitos *erga omnes*, inclusive podendo justificar a criação de súmula vinculante, a questão que nos é remetida diz respeito à utilidade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e o manejo da ação.

É que, como adiantamos, a jurisprudência edificou o instituto sob a lógica de possuir caráter subsidiário em relação a outras ações de controle abstrato, mas ignorando, à época, a tendência abstrativista que se erguia em relação ao controle concreto realizado pelo próprio Supremo.

Melhor explicando, se as decisões em controle concreto passam a produzir efeitos para todos, logo elas se equiparam ao controle realizado em abstrato.

Isso significa que a subsidiariedade da ADPF passa a ter de levar em conta também a existência de controle concreto com possibilidade de efeitos abstratos, e não mais apenas as tradicionais ações de controle abstrato. Noutras palavras, a existência de um recurso extraordinário com repercussão geral passa a impedir o ajuizamento de ADPF para tratar da mesma temática, pois os efeitos da decisão serão os mesmos.

Assim, a nosso ver, a ADPF, de certa forma, cai na lista hierárquica das ações de controle, perdendo não apenas para as típicas ações de controle abstrato, mas para qualquer ação ou recurso em sede concreta a serem analisados pelo Supremo, considerando a abstrativização da decisão a ser tomada nos mesmos.

Logo, seu caráter subsidiário se amplia, não mais em relação ao controle concentrado, mas em relação a praticamente qualquer ação ou recurso a ser analisado pelo Supremo. De certa forma, a ação perde um pouco de sua importância.

## CONCLUSÃO

Diante dessa nova circunstância, em especial a partir da exigência de repercussão geral ao recurso extraordinário, bem como dos aspectos transcendentais dos motivos determinantes, parece-nos que a questão da subsidiariedade da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental merece ser aprimorada.

Se antes se afirmava que alguns meros recursos perante o Supremo não tinham o condão de produzir efeitos amplos em relação à questão controvertida, essa assertiva não pode mais ser tida como válida. Ao contrário, a produção de tais efeitos no controle concreto junto ao STF tornou-se uma regra não escrita.

Mais ainda se consideramos a própria repercussão geral como um norte “do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico”, que claramente ultrapassa os interesses subjetivos das partes para adentrar a uma esfera difusa, consoante a leitura do próprio artigo 543-A, § 1º, CPC, embasado no artigo 102, § 3º, CF, ressaltando-se que, como vimos, os efeitos para todos não têm decorrido apenas dos recursos extraordinários, mas de ações diversas perante a Corte, como *habeas corpus* e mandados de injunção e segurança.

Assim é que, há algum tempo não mais é possível dizer que a ADPF não possui relação de dependência com recursos ou outras ações – como o Mandado de Segurança – perante o Supremo Tribunal Federal, de forma que também a elas deve apresentar-se de forma subsidiária. Nesse tocante, por exemplo, a existência de um recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida tratando de um preceito tido por fundamental impede que se ajuíze arguição de descumprimento acerca da mesma temática.

Vale dizer, a nova perspectiva tornou a ADPF subsidiária não apenas em relação às tradicionais ações de controle abstrato, mas a praticamente todas as ações e recursos julgados pelo STF, considerando a possibilidade de produção dos mesmos efeitos.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BORGES DE OLIVEIRA, Emerson Ademir. A encruzilhada jurídica entre a “tradição” processual e a perspectiva fundamental dos direitos. *Revista de Direito Público*. Porto Alegre, n. 28, p. 19-40, 2009.
- \_\_\_\_\_. O processo trabalhista e a coisa julgada inconstitucional: reflexos da Ação Declaratória de Constitucionalidade 16 na execução trabalhista. *Revista de Direito Univille*. Joinville, v. 2, n. 1, p. 58-67. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *A fiscalização abstrata de constitucionalidade no Direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

DIDIER JUNIOR, Fredie. Transformações do recurso extraordinário. In: FUX, L.; NERY JR, N.; WAMBIER, T. A. A. (Coords.). *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. São Paulo: Saraiva, 1989.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

LOBO, Arthur Mendes; GALVÃO, Heveraldo. A arguição de descumprimento de preceito fundamental e a coisa julgada. In: *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. n. 145.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes obrigatórios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 3.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Repercussão geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

OST, François. *O tempo do Direito*. Bauru: EdUSC, 2005.

O'BRIEN, David M. *Constitutional Law and Politics*. New York: W. W. Norton, 1991. v.2: Civil Rights and Civil Liberties.

POSNER, Richard A. *Problemas de filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

Data de recebimento: 13/02/2019

Data de aprovação: 10/05/2019