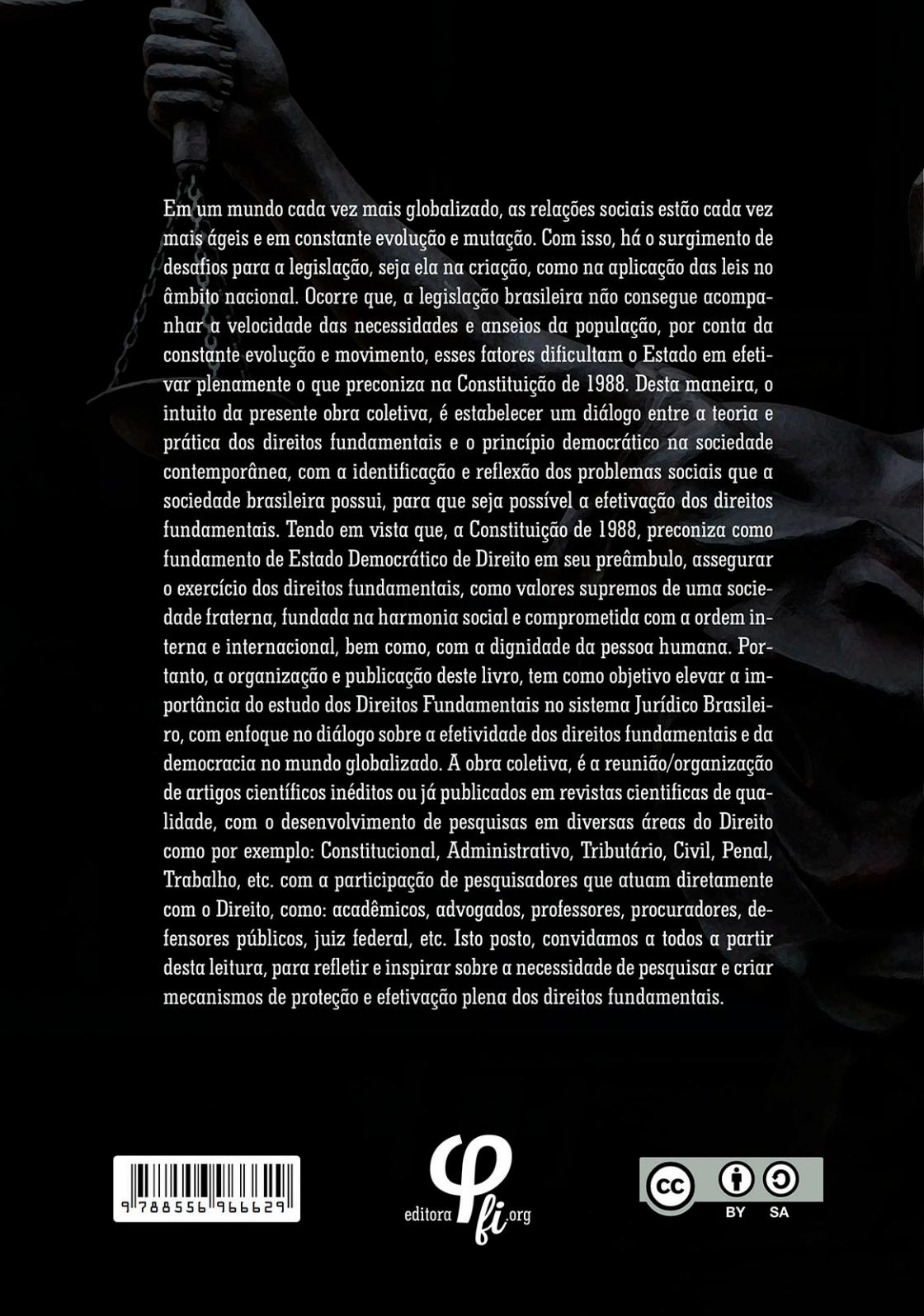


Caroline Lais da Silva Stelmach  
Denise Oliveira Picussa  
Thierry Gihachi Izuta  
(Orgs.)

Reflexões sobre .  
**Democracia e**  
**Direitos Fundamentais**

Uma análise do atual Ordenamento Brasileiro





Em um mundo cada vez mais globalizado, as relações sociais estão cada vez mais ágeis e em constante evolução e mutação. Com isso, há o surgimento de desafios para a legislação, seja ela na criação, como na aplicação das leis no âmbito nacional. Ocorre que, a legislação brasileira não consegue acompanhar a velocidade das necessidades e anseios da população, por conta da constante evolução e movimento, esses fatores dificultam o Estado em efetivar plenamente o que preconiza na Constituição de 1988. Desta maneira, o intuito da presente obra coletiva, é estabelecer um diálogo entre a teoria e prática dos direitos fundamentais e o princípio democrático na sociedade contemporânea, com a identificação e reflexão dos problemas sociais que a sociedade brasileira possui, para que seja possível a efetivação dos direitos fundamentais. Tendo em vista que, a Constituição de 1988, preconiza como fundamento de Estado Democrático de Direito em seu preâmbulo, assegurar o exercício dos direitos fundamentais, como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional, bem como, com a dignidade da pessoa humana. Portanto, a organização e publicação deste livro, tem como objetivo elevar a importância do estudo dos Direitos Fundamentais no sistema Jurídico Brasileiro, com enfoque no diálogo sobre a efetividade dos direitos fundamentais e da democracia no mundo globalizado. A obra coletiva, é a reunião/organização de artigos científicos inéditos ou já publicados em revistas científicas de qualidade, com o desenvolvimento de pesquisas em diversas áreas do Direito como por exemplo: Constitucional, Administrativo, Tributário, Civil, Penal, Trabalho, etc. com a participação de pesquisadores que atuam diretamente com o Direito, como: acadêmicos, advogados, professores, procuradores, defensores públicos, juiz federal, etc. Isto posto, convidamos a todos a partir desta leitura, para refletir e inspirar sobre a necessidade de pesquisar e criar mecanismos de proteção e efetivação plena dos direitos fundamentais.



# **Reflexões sobre Democracia e Direitos Fundamentais**



# Reflexões sobre Democracia e Direitos Fundamentais

Uma análise do atual Ordenamento Brasileiro

**Organizadores:**

Caroline Lais da Silva Stelmach

Denise Oliveira Picussa

Thierry Gihachi Izuta



**Diagramação:** Marcelo A. S. Alves

**Capa:** Carole Kümmecke - <https://www.behance.net/CaroleKummecke>

**O padrão ortográfico e o sistema de citações e referências bibliográficas são prerrogativas de cada autor. Da mesma forma, o conteúdo de cada capítulo é de inteira e exclusiva responsabilidade de seu respectivo autor.**



Todos os livros publicados pela Editora Fi estão sob os direitos da [Creative Commons 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)  
[https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.pt_BR)



Associação Brasileira de Editores Científicos

<http://www.abecbrasil.org.br>

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

---

STELMACH, Caroline Lais da Silva; PICUSSA, Denise Oliveira; IZUTA, Thierry Gihachi (Orgs.)

Reflexões sobre democracia e direitos fundamentais: uma análise do atual ordenamento brasileiro [recurso eletrônico] / Caroline Lais da Silva Stelmach; Denise Oliveira Picussa; Thierry Gihachi Izuta (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

460 p.

ISBN - 978-85-5696-662-9

Disponível em: <http://www.editorafi.org>

1. Filosofia; 2. Direito; 3. Democracia; 4. Direitos Fundamentais; 5. Brasil; I. Título.

---

CDD: 340

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito 340

# Sumário

<b>Apresentação .....</b>	<b>11</b>
Os Organizadores	
 <b>Sobre os autores .....</b>	<b>13</b>
 <b>1.....</b>	<b>19</b>
<b>A judicialização da política, o ativismo judicial: desafios da democracia no Brasil</b>	
Adriane de Oliveira Ningeliski	
Laura Jane Ribeiro Both	
 <b>2.....</b>	<b>45</b>
<b>A identidade de gênero como expressão do direito a liberdade: uma abordagem a partir do pensamento liberal</b>	
Elisangela Marli Zakszeski	
 <b>3.....</b>	<b>71</b>
<b>O juiz Hércules em busca da resposta certa: análise acerca da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, uma análise acerca da efetividade do direito fundamental à saúde</b>	
Eduardo Tourinho Gomes	
 <b>4.....</b>	<b>93</b>
<b>A teoria da argumentação jurídica a serviço da inclusão social dos catadores de materiais recicláveis</b>	
Edilaine Vieira da Silva	
 <b>5.....</b>	<b>113</b>
<b>O fundo de combate e erradicação da pobreza como mecanismo de alcance do desenvolvimento nacional e sustentável - da resolução 41/128 - ONU à Emenda Constitucional 31/2000</b>	
Saúl Hercán Kritski Báez	

6.....	141
<b>Pobreza: Um enfoque a realidade Brasileira através dos ensinamentos de Amartya Sen</b>	
Elisangela Marli Zakszeski	
7.....	167
<b>A teoria do reconhecimento de Axel Honneth como forma de recondução dos excluídos ao espaço público deliberativo e a salvaguarda da plena fruição do direito à moradia àqueles que vivem em precárias condições habitacionais</b>	
Fabio Rodrigo Milani	
8.....	169
<b>É possível o aumento da participação popular na administração pública?</b>	
Sérgio Luis Versolato de Abreu	
9.....	187
<b>Os casos trágicos e os limites da racionalidade jurídica (Dworkin, Hart, Atienza e Lariguet)</b>	
Erico Sanches Ferreira dos Santos	
10.....	205
<b>A progressividade fiscal nos impostos reais e o princípio da diferença de Rawls</b>	
Thiago Simões Pessoa	
11.....	225
<b>O impacto da tributação na concorrência</b>	
Bruno Zankoski Pastre	
Camila Souza Moraes Moersbaeher Paes	
12.....	243
<b>Proteção da saúde, segurança e dignidade do consumidor: reflexões sobre o impacto das marcas no mercado</b>	
Gabriel Ribeiro Da Fonseca	
Juliana Buhner Glodis	
13.....	257
<b>A lei geral de proteção de dados pessoais: ampliação dos direitos do consumidor</b>	
Bianca Camile dos Santos Filla	

<b>14</b> .....	<b>283</b>
<b>A solução dos casos difíceis no direito de família conforme o método interpretativo de Dworkin</b>	
Yazmin Matienzo dos Santos	
<b>15</b> .....	<b>301</b>
<b>Uma análise concreta do discurso de ódio como limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão</b>	
Denise Oliveira Picussa	
<b>16</b> .....	<b>325</b>
<b>É esse o processo penal que queremos?</b>	
Jorge Rafael Matos	
<b>17</b> .....	<b>343</b>
<b>O inquérito policial sob a ótica da teoria da justiça de John Rawls</b>	
Denise Oliveira Picussa	
<b>18</b> .....	<b>367</b>
<b>A (in) constitucionalidade formal e material da medida provisória nº. 873/2019 e a violação ao princípio constitucional da autonomia sindical</b>	
Andréa Arruda Vaz	
Ericson de Castro Ivankio	
<b>19</b> .....	<b>391</b>
<b>A análise da efetividade do pluralismo jurídico pela convenção n.169 da OIT frente a globalização e das empresas transnacionais no Brasil</b>	
Thierry Gihachi Izuta	
<b>20</b> .....	<b>419</b>
<b>Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá - a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos humanos econômicos, sociais e culturais</b>	
Edilaine Vieira da Silva	
<b>21</b> .....	<b>439</b>
<b>Sobre a possibilidade de diálogos institucionais entre cortes internacionais de direitos humanos e nações soberanas</b>	
Henrique de Almeida Freire Gonçalves	



## **Apresentação**

*Caroline Laís da Silva Stelmach*

*Denise Oliveira Picussa*

*Thierry Gihachi Izuta*

Em um mundo cada vez mais globalizado, as relações sociais estão cada vez mais ágeis e em constante evolução e mutação. Com isso, há o surgimento de desafios para a legislação, seja ela na criação, como na aplicação das leis no âmbito nacional.

Ocorre que, a legislação brasileira não consegue acompanhar a velocidade das necessidades e anseios da população, por conta da constante evolução e movimento, esses fatores dificultam o Estado em efetivar plenamente o que preconiza na Constituição de 1988.

Desta maneira, o intuito da presente obra coletiva, é estabelecer um diálogo entre a teoria e prática dos direitos fundamentais e o princípio democrático na sociedade contemporânea, com a identificação e reflexão dos problemas sociais que a sociedade brasileira possui, para que seja possível a efetivação dos direitos fundamentais. Tendo em vista que, a Constituição de 1988, preconiza como fundamento de Estado Democrático de Direito em seu preâmbulo, assegurar o exercício dos direitos fundamentais, como valores supremos de uma sociedade fraterna, fundada na harmonia social e comprometida com a ordem interna e internacional, bem como, com a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a organização e publicação deste livro, tem como objetivo elevar a importância do estudo dos Direitos Fundamentais no sistema Jurídico Brasileiro, com enfoque no diálogo sobre a efetividade dos direitos fundamentais e da democracia no mundo globalizado.

A obra coletiva, é a reunião/organização de artigos científicos inéditos ou já publicados em revistas científicas de qualidade, com o desenvolvimento de pesquisas em diversas áreas do Direito como por exemplo: Constitucional, Administrativo, Tributário, Civil, Penal, Trabalho, etc. com a participação de pesquisadores que atuam diretamente com o Direito, como: acadêmicos, advogados, professores, procuradores, defensores públicos, juiz federal, etc.

Isto posto, convidamos a todos a partir desta leitura, para refletir e inspirar sobre a necessidade de pesquisar e criar mecanismos de proteção e efetivação plena dos direitos fundamentais.

## Sobre os autores

**Adriane de Oliveira Ningeliski** - Doutoranda e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário UniBrasil em Curitiba/PR. Professora do Curso de Direito da Universidade do Contestado, Campus Canoinhas/SC e Mafra/SC. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4892113198835895>

**Andréa Arruda Vaz** - Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2013. Professora de direito e processo do trabalho, Prática Real e simulada III. Conselheira da OAB/Pr, subseção Araucária, Diretora da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR - subseção Araucária; Coordenadora da ESA, na OAB/PR - subseção Araucária; Professora convidada na pós-graduação, nos cursos de Gestão Administrativa e financeira e Gestão de Recursos Humanos na UNINTER. Professora convidada na pós-graduação em Direitos Humanos na PUC/PR. Professora no curso de Direito e na disciplina de História do Direito na Faesp. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo. Autora de diversos artigos (em revistas nacionais e internacionais), capítulos de livros e do livro: Direito Fundamental a Liberdade sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos. Autora em coautoria do livro O dilema do Sindicato único no Brasil, publicado na Europa; Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. E-mail: [andrea@andreavaz.adv.br](mailto:andrea@andreavaz.adv.br). Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8843563869001500>

**Bianca Camile dos Santos Filla** - Advogada. Graduada em Direito junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2015. Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito Stricto Sensu do Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2018. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4344838684709785>

**Bruno Zankoski Pastre** - Acadêmico do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Unibrasil. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0313480051292615>

**Camila Souza Morães Moersbaecher Paes** - Acadêmica do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Unibrasil. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5590365970633676>

**Denise Oliveira Picussa** - Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UniCuritiba. Pós-graduada lato sensu em Gestão do Direito Empresarial pela UNIFAE-Curitiba. Especialista em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, UniCuritiba. Advogada. Professora no Núcleo de Prática Jurídica na Clínica de Prática Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Contato: [denisepicussa@gmail.com](mailto:denisepicussa@gmail.com) Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3883373252886088>

**Ericson de Castro Ivankio** - Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco. Advogado atuante nas áreas do Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pesquisador nas áreas de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-Graduando em Direito Empresarial. E-mail: [ericsonivankio@gmail.com](mailto:ericsonivankio@gmail.com). Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/3002627455728748>

**Edilaine Vieira da Silva** - Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 36.919. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003), e especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. (Unibrasil) Possui experiência nas áreas de gestão pública do meio ambiente, trabalhando como Secretária do Meio Ambiente junto a Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais (2009-2012) e como Diretora de Avaliação de Impacto Ambiental e Licenciamentos Especiais - DIALE no Instituto Ambiental do Paraná (2015-)2018). Além disso, é presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-SJP. Atua nas áreas de interesse: Direito, Direito ambiental e Gestão pública. E-mail: [edilaine.vieira.adv@hotmail.com](mailto:edilaine.vieira.adv@hotmail.com). Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6335659791877756>

**Eduardo Tourinho Gomes** - Mestrando em Direito Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Curitiba, PR, Advogado inscrito no OAB-PR sob o número 75.755, bacharel em direito pela Universidade Positivo com especialização em Direito dos Seguros pela mesma Universidade. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4352469240464030>

**Elisangela Marli Zakszeski** - Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia-MINTERI- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp(2010). Procuradora efetiva do Poder Legislativo do Município de Cruz Machado-Estado do Paraná e conselheira e relatora do Conselho Subseccional de Ética de União da Vitória-Estado do Paraná. ORCID id: 0000-0003-3247-3868 Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0224915605457037>

**Erico Sanches Ferreira dos Santos** - Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2000). Atualmente é juiz federal substituto - Justiça Federal de 1º Grau no Paraná, atuando em Vara de Juizado Especial Federal previdenciário. Especialista em Direito Previdenciário e Processo previdenciário. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário do Brasil - Unibrasil/PR. Email: [ericosantos10@gmail.com](mailto:ericosantos10@gmail.com) Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6413855376000411>

**Fabio Rodrigo Milani** - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Pós-graduado em Direito Civil e Empresarial pela Associação Brasileira de Direito Constitucional - ABDCONST, Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Ex Assessor Jurídico do Tribunal de Justiça do Paraná, Professor Licenciado da Faculdade Paranaense – FAPAR, Advogado. [fabiormilani@gmail.com](mailto:fabiormilani@gmail.com) Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/1068710361775431>

**Gabriel Ribeiro da Fonseca** - Mestre em Direito Constitucional na UNIBRASIL; Pós-graduado em Direito Registral Imobiliário na Universidade Positivo; Graduado em Direito pela Universidade Positivo. Organizador dos livros O Princípio da Dignidade Humana; Constituição e Novos Direitos; e Institutos de Processo Civil em Perspectiva. Especializações em Novo Direito Processual Civil pela Instituição de Ensino Renato Saraiva; Patentes e Bases Legais pela Fundação Getúlio Vargas; Argumentação Jurídica pela Fundação Getúlio Vargas; Regime de Bens entre os Cônjuges pela Certificas; Direito de Família, com foco na especialidade de Indenizações em Relações Familiares, pelo JurisWay, e outros. Experiente em Direito do Consumidor, Direito de Família, Direito Sucessório, Direito Imobiliário e Direito Contratual. Fluente em Inglês. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5475394094838218>

**Henrique de Almeida Freire Gonçalves** - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo PPGD da UNIBRASIL. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Defensor Público do Estado do Paraná. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/5913615181162791>

**Jorge Rafael Matos** - Mestrando em direitos fundamentais e Democracia na UniBrasil. Professor Adjunto na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado. Especialista em Direito Tributário e Processo Civil. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/0220716246849816>

**Juliana Buhner Glodis** - Graduanda de Direito da Universidade Positivo. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4202351033117031>

**Laura Jane Ribeiro Both** - Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Licenciada em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6050655105812859>

**Saúl Hercán Kritski Báez** - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Pós graduado em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR. e-mail: [saulkritski@hotmail.com](mailto:saulkritski@hotmail.com) . Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/6686374941491101>

**Sérgio Luis Versolato de Abreu** - Mestrando em Direito pelo UNIBRASIL. Graduado em Filosofia pela UFPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (atual UNICURITIBA). Especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral. Atualmente chefe de Cartório Eleitoral da 155ª Zona Eleitoral de Piraquara/PR e servidor do TRE/PR há 23 anos. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/7180643515900362>

**Thiago Simões Pessoa** - Procurador do Estado do Paraná. Mestrando em direitos fundamentais e democracia. Pós Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado pela Universidade Católica Dom Bosco. Email: [thiago-simpes@hotmail.com](mailto:thiago-simpes@hotmail.com) Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/8784140580220960>

**Thierry Gihachi Izuta** - Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2018). Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UniDOM em Curitiba (PR) (2015). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2016-2017). Membro do Grupo de Pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR (2017). Membro do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (2018). Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/2310722396460449>

**Yazmin Matienzo dos Santos** - Mestranda, em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Integrado do Brasil. Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (2016), especialização em Especialidade em Direito Contemporâneo, com ênfase em Direito Público e na pela Universidade Positivo (2017) e ensino-médio-segundo-grau pelo Colégio Militar de Curitiba(2010). Tem experiência na área de Direito. Atuando principalmente nos seguintes temas: Guarda Compartilhada, Melhor interesse da criança, Alienação parental, Direitos Fundamentais, Convivência e Afetividade. Currículo lattes disponível em: <http://lattes.cnpq.br/4133891938138768>



# A judicialização da política, o ativismo judicial: desafios da democracia no Brasil <sup>1</sup>

*Adriane de Oliveira Ningeliski* <sup>2</sup>

*Laura Jane Ribeiro Both* <sup>3</sup>

## 1 Introdução

O conflito é inerente ao ser humano, e essa conflituosidade tem feito com que aumentasse o número de conflitos não resolvidos no seio da sociedade e desaguando no judiciário, à procura de um árbitro.

Entretanto, além dessa conflituosidade inerente, outras questões têm ido parar no Judiciário, as quais precipuamente são atípicas às suas funcionalidades, como a efetivação de políticas públicas que teoricamente são de responsabilidade dos poderes políticos, os quais acabam passando maneira inexpressiva pelos problemas, não os resolvendo.

Esses direitos têm guarida na Constituição, e quando não promovidos por quem é devido, obrigam ao Poder Judiciário a suprir essa falta, acabando por vezes a estender seu poder de atuação,

---

<sup>1</sup> Artigo publicado em Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico, DOI: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2525-9601/2016.v2i2.1588>

<sup>2</sup> Doutoranda e mestre em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário UniBrasil em Curitiba/PR. Professora do Curso de Direito da Universidade do Contestado, Campus Canoinhas/SC e Mafra/SC.

<sup>3</sup> Doutora em Educação pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR), Mestre em Antropologia Social pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Especialista em Educação Superior pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Bacharel em Ciências Sociais pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Licenciada em Geografia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

sobre o âmbito de atuação dos demais poderes. Estes, por inércia, são obrigados pelo Judiciário, a cumprir suas obrigações típicas.

Tal atitude proativa do Judiciário gera, por vezes, tensões entre os poderes que se veem obrigados a cumprir as determinações judiciais, sem escolha.

Essa atuação estendida nada mais é do que o chamado ativismo judicial, que se instala quando da necessidade de preenchimento de lacunas deixadas pelos poderes políticos, ao inaplicarem ou desrespeitarem garantias constitucionais previstas, de proteção de direitos fundamentais.

Assim, a presente pesquisa de forma dialética procura verificar se essas atuações proativas do Poder Judiciário e/ou a intensa judicialização de demandas, não estariam claramente desrespeitando o princípio democrático.

Dessa forma, o presente trabalho divide-se em 3 capítulos a saber: primeiro trata sobre a judicialização da política, sua conceituação e aplicação; o segundo, sobre o ativismo judicial propriamente dito, conceituando-se, promovendo justificativas e críticas a sua aplicação; e por derradeiro, faz-se uma incursão de maneira sucinta no âmbito da democracia, demonstrando aspectos de garantia, justificando a importância da existência do ativismo judicial.

## **2 Judicialização da política**

O Constitucionalismo Social surgiu com o colapso da sociedade liberal, desgastada com promessas não cumpridas (igualdade, liberdade, cidadania, etc), o aparecimento do capitalismo (surgido a partir das revoluções industriais burguesas) e o aumento das demandas sociais e políticas, após a Primeira grande Guerra Mundial (FERNANDES, 2008).

A partir desse novo paradigma, é cediço salientar que a sociedade de massas do pós-Primeira Guerra, deixou de ser formada somente por indivíduos proprietários privados, em uma agora existente sociedade conflituosa, partida em vários grupos,

coletividades, classes de partidos e facções em disputa, cada qual buscando seus próprios interesses (FERNANDES, 2008).

O Código de Napoleão teve grande influência nas codificações posteriores a ele, doutrina individualista e voluntarista, que acabou influenciando diretamente o Código Civil Brasileiro de 1916, o qual tinha em si diplomas civis como verdadeiras constituições de direito privado, com segurança aos negócios e suas regras, sem intervenção estatal, principalmente na área econômica (SANTANA, 2012).

No entanto, com o passar do tempo essa estabilidade cai em declínio na Europa, metade do século XIX, 1920 aqui no Brasil. Vários fatores sociais, como a Primeira grande Guerra mundial, levaram a mudanças que balizaram a necessidade de uma maior intervenção estatal na economia (SANTANA, 2012).

Não existe mais aquele Estado liberal neutro, longe dos conflitos sociais, mas um Estado que se assume como agente conformador da realidade social e que busca, inclusive, estabelecer formas de vida plenas, concretas, impondo nas pautas públicas um estilo de vida adequado (FERNANDES, 2008).

O Estado-assistencial levou à expansão dos direitos sociais, bem como arrebanhou a classe trabalhadora para dentro da sociedade de consumo. Com isso houve crescimento sem número dos conflitos sociais (SILVA, 2005).

Assim, o Estado liberal do século XIX, não interventivo, teria sido substituído pelo Estado social, com muitas obrigações a cumprir, gerando um indicativo de crise (FONSECA, 2011), ou seja, sai do modelo de Estado que não interfere nas relações para um Estado que passa a agir efetivamente nas relações privadas.

Os novos direitos sociais levaram a novos conflitos, que conseqüentemente passaram a ser conflitos jurídicos cuja dirimição caberia em princípio aos tribunais, litígios sobre vários tipos de relações sociais, como a relação de trabalho, segurança social, habitação, consumo. Além disso, a integração da mulher no Mercado de trabalho aumenta a interação dessa classe trabalhadora (SANTOS, 1994).

Nesse contexto, além dos interesses conflitantes entre os cidadãos chegarem ao judiciário, outras questões passam pelo seu crivo, como questões políticas, que no seu cerne saem do poderio legislativo, que deveria prevê-las e passam ao poder judiciário (ESTEVES, 2006).

Esse fenômeno tem sido chamado no mundo acadêmico, de “judicialização dos conflitos sociais” ou, tomando uma amplitude que revele a problematização da atividade política, “judicialização da política”, a qual, muitas das vezes, traz embutidas questões de ordem social (ESTEVES, 2006).

Pelo processo de judicialização, o Judiciário passa a exercer funções atípicas a sua atribuição, que em primeira instância deveriam ser exercidas pelo legislativo ou pelo executivo, porém acabam caindo no Judiciário, propiciando a expansão e consolidação da cultura do “não deu certo, vá para a justiça” (FONTAINHA, 2009).

Isso se deve ao fato de que o Judiciário tem uma função de destaque no que tange a garantia de que o Estado Democrático de Direito, consolide-se e efetive-se.

O Poder Judiciário, um dos três poderes clássicos do Estado, vem assumindo (e a cada dia de forma mais acentuada) uma função fundamental na efetivação do Estado Democrático de Direito. É o guardião da Constituição, cuja finalidade, basicamente, repousa na preservação dos valores e princípios que a fundamentam – cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, além do pluralismo político (Art. 10, CF/88) (SENA, 2007, p.01).

Apesar de suas funções de destaque e de sua importância no contexto de aplicação da Justiça, essa confiança desenfreada fez com que se consolidasse a cultura do litígio na sociedade brasileira, até então muito confortável com a ideia do conflito e de que tudo fosse levado ao Judiciário e, ainda, que só existiria justiça com a decisão do juiz togado (NETO, 2013).

A nossa realidade é caracterizada por uma cultura demandista, uma vez que as pessoas se acostumam a confiar a decisão de suas contendas a um terceiro imparcial, como se fosse mais capaz do que os próprios conflitantes de promover a justiça no caso concreto. Além disso, o magistrado, em regra, adota uma postura direcionada para solução impositiva do conflito, através da sentença, e não para sua pacificação por meio da promoção do diálogo (SILVA, 2013, p. 161).

O brasileiro se caracteriza pelo seu espírito demandista (WARAT, 1999), o que por via de consequência faz com que a procura do judiciário seja uma constante ação, que dá azo à crise de efetividade que assola esse poder.

VIANNA e BURGOS quando retratam a judicialização da política relembram que a invasão do direito sobre o social anda na regulação dos setores mais vulneráveis, em um processo de substituição do Estado e dos recursos institucionais pelo judiciário (VIANNA e BURGOS, 2007).

O juiz torna-se protagonista direto da questão social, em que sem política, sem partidos ou uma vida social organizada, o cidadão volta-se para ele, mobilizando o arsenal de recursos criado pelo legislador, a fim de lhe proporcionar vias alternativas para a defesa e eventuais conquistas de direitos (VIANNA e BURGOS, 2007).

Nas últimas décadas o Brasil e outros países ocidentais, que também adotaram o constitucionalismo, vêm experimentando a transferência de parte do poder político para os tribunais. Em certa medida, pode-se dizer que este poder tem saído da esfera de representação parlamentar para o âmbito do Poder Judiciário (BARBOZA, 2014).

Pois, “esse fenômeno é definido como judicialização da política e pode significar tanto a transferência das decisões do campo parlamentar ou executivo para as Cortes como o aumento dos métodos judiciais de tomada de decisões para além dos tribunais” (BARBOZA, 2014, P. 93).

Os direitos fundamentais têm íntima ligação com respeito, garantia e defesa do princípio da dignidade da pessoa humana. O ser humano é fim em si mesmo, não podendo ser coisificado para servir de meio ao atingimento de qualquer fim. Têm direitos que decorrem desta condição e desta dignidade, que não é atribuída, posto que inerente, mas reconhecida. (OLIVEIRA, 2006, p. 121).

Em tempo, é importante ressaltar que uma imensa quantidade de ideais e direitos esculpidos na Constituição Federal de 1988, representaram um alicerce rochoso e firme para o engajamento dos grupos sociais na efetivação dos direitos, bem como, simbolizaram o caminho trilhado para que muitas questões políticas fossem levadas a apreciação do judiciário (POLI, 2013).

### **3 Ativismo judicial**

A origem do ativismo Judicial está no Movimento do Direito Livre, nascido no fim do século XIX e início do século XX, como forma de reação ao formalismo jurídico da jurisprudência de interesses (SANTOS, 2013).

O Poder Judiciário, ao apreciar demandas individuais e condenar o Estado ao pagamento de medicamentos, concede maior e máxima eficácia a algumas normas constitucionais de sentido abstrato, como prevê o terceiro fundamento da República, a dignidade da pessoa humana, preservando esses princípios em um papel de retirada da missão constitucional, os juízes condenam o Estado ao pagamento de prestações aos indivíduos necessitados, numa ânsia de satisfação ao caso individual apresentado (ÁVILA, 2013).

Após a promulgação da Constituição Federal de 1988, garantindo direitos de forma democrática, bem como com a recente, apesar de insipiente, concientização da população acerca dos direitos estabelecidos na Carta Magna, passou a fazer parte da pauta de discussões do povo brasileiro os motivos da inefetividade das garantias constitucionais e também as formas possíveis de

resolução de tal problema, surgindo, como uma das alternativas a otimização do ativismo judicial (JUNIOR, 2011, p. 171).

Assim, o ativismo judicial representa um movimento intenso do juiz (intérprete) na decodificação da Constituição e na potencialização do sentido das normas, uma forma de contorno ao processo político majoritário quando este fica inerte as necessidades da sociedade (BARROSO, 2012).

Na prática, o campo de atuação do ativismo pode estar localizado nas diversas áreas do direito, gerando polêmica quando chega ao âmbito do direito constitucional, em razão da sua característica de ordenação dos poderes estatais, suas limitações, e garantidor dos direitos fundamentais (SANTOS, 2013).

O ativismo pode ser entendido de duas formas, uma em razão do controle de constitucionalidade e outra em razão dos precedentes judiciais.

Em um primeiro momento poderia se chegar à conclusão de que a ideia de ativismo judicial poderia estar ligada ao aumento de atos invalidados pelo judiciário em razão controle de constitucionalidade das normas, sendo nesse viés, considerada ativista, e não a declaração de inconstitucionalidade em si, mas o simples fato de que a insconstitucionalidade seja, não confirmada, mas possível (BERMAN, 2015).

Já, um segundo entendimento sobre ativismo, é o que o conecta ao fato de não se observar os precedentes judiciais existentes ao decidir uma determinada questão (BERMAN, 2015).

A ideia de *ativismo judicial* está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos

rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; c) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. As origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Registre-se que o ativismo foi, em um primeiro momento, de natureza conservadora (BARROSO, 2012, p. 25-26).

Assim, o que se percebe é que após o fim da Segunda Grande Guerra Mundial surgem documentos normativos preocupados com a preservação e garantia dos direitos humanos de forma universal, tanto no âmbito nacional, quanto supranacional; internamente, as Constituições têm a função de enunciar os direitos que serão protegidos, acompanhando os mecanismos de acesso às instâncias que garantam a aplicabilidade das determinações da Constituição, através do controle de constitucionalidade (BERMAN, 2015).

A expansão da autoridade do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais em geral não é, no entanto, um fenômeno estritamente brasileiro. Há, hoje, uma vasta literatura que busca compreender este fenômeno de avanço do direito em detrimento da política e conseqüente ampliação da esfera de autoridade dos tribunais em detrimento dos parlamentos (VIEIRA, 2008, p. 442).

O judiciário passou de uma função de contenção de excessos para a determinação de medidas necessárias, ante a não atividade da Administração pública, judicializando os direitos sociais, como derradeira alternativa para sua efetivação, tomando medidas de coação indireta, para responsabilizar gestores públicos (SANTOS, 2013).

Para alguns analistas, o fortalecimento da autoridade dos tribunais tem sido uma consequência imediata da expansão do sistema de mercado, em plano global. Aos olhos dos investidores, os tribunais constituiriam um meio mais confiável para garantir a segurança jurídica, estabilidade e previsibilidade do que legisladores democráticos, premidos por demandas “populistas” e necessariamente pouco eficientes, de uma perspectiva econômica (VIEIRA, 2008, p. 442).

Um exemplo recorrente na sociedade brasileira, de ativismo judicial, é a imposição de condutas ou proibições, como o que ocorre com a concessão de medicamentos e determinação de terapias mediante decisão judicial, fato ainda analisado superficialmente pelo Supremo Tribunal Federal, mas abarrotam as justiças estadual e federal em todo o país, condenando a União, ou Estado ou o Município, ou muitas vezes os três ao mesmo tempo, para custear medicamentos e terapias aos cidadãos (BARROSO, 2012).

Como se sabe, os problemas relacionados aos direitos sociais não são dessa ordem. O que ocorre, nesse âmbito, é a falta de realização dos direitos, decorrente em geral de uma omissão estatal ou de uma ação insuficiente. Em suma: tanto o conceito do que é protegido quanto o conceito de intervenção têm que ser modificados” (SILVA, 2009, p. 77).

É de se concluir que judicialização da política e o ativismo judicial são parentes próximos, podendo até dizer que são primos, com mesma família, mas não tem a mesma origem, pois não são gerados pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no Brasil, é uma circunstância que vem do modelo constitucional adotado e não do exercício deliberado de vontade política, pois o Judiciário decide porque é o que lhe cabe fazer, não há alternativas, cabe ao juiz conhecer da matéria, e decidí-la (BARROSO, 2012).

Enquanto o ativismo judicial é uma atitude, há a escolha de um modo específico e ativo (proativo) de interpretar a Constituição, com extensão de seu sentido e alcance, instalando-se comumente em situações de retração do Poder Legislativo, um desligamento entre a classe política e a sociedade civil, obstando que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva (BARROSO, 2012).

Vários são os aspectos a serem analisados no que tange ao ativismo judicial e a judicialização da política, mas as críticas devem ser estudadas mais detidamente, por trazerem à tona discussões,

sobre legitimidade e a capacidade do Poder Judiciário atuar fora de sua seara, princípio da separação dos poderes, democracia, etc.

### **3.1 Pontos controvertidos**

Nesse momento da pesquisa, busca-se apresentar em quais pontos aparecem divergências na doutrina quanto à afronta ao princípio democrático.

#### **3.1.1 Separação dos Poderes**

A discussão sobre a grande interferência do Poder Judiciário nos demais poderes, pode ter como fundamento uma doutrina muito antiga, Montesquieu, que previa a importância, de que os poderes deviam estar separados e autônomos, a fim de que fosse promovida a liberdade e evitada a tirania.

Quando na mesma pessoa, ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido juntamente com o poder executor, não há liberdade; porque se pode rezear que o mesmo monarca ou o mesmo senado façam leis tirânicas para as executar tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

Nesse contexto, de forma breve segue uma definição da atuação e limites dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

##### **3.1.1.1 Poder Legislativo**

O Poder Legislativo tem como função típica a criação das leis, as quais possam instrumentalizar os programas políticos dos governos democráticos, bem como leis que promovam a realização

dos fins da Constituição, obstando abusos. Para tanto, conferiu o poder de veto ao Executivo, e deu ao Judiciário o poder de controle e invalidação das normas que não se compatibilizarem com a Constituição, havendo para garantia o sistema dos freios e contrapesos, permitindo a Constituição controles mútuos e não sujeições, dentro dos limites (ÁVILA, 2013).

### **3.1.1.2 Poder Executivo**

A função típica do Poder Executivo é a execução dos comandos da norma, ou seja, concretizar o que a lei manda, começando essa execução pela Constituição, competindo ainda a criação de infraestrutura, para a promoção dos direitos fundamentais elencados na carta magna (ÁVILA, 2013).

### **3.1.1.3 Poder Judiciário**

O Poder Judiciário tem como função precípua assegurar a aplicação da lei, mediante provocação do sujeito prejudicado pelo descumprimento dos deveres decorrentes do ordenamento jurídico, uma vez que toda norma exprime um dever-ser (KELSEN, 2012).

Assim, pelo que determina a Constituição, o Judiciário deve fazer valer o que deve ser, seja como descrito pela norma, estando nesse aspecto o caráter constitutivo das decisões judiciais (KELSEN, 2012).

Um dos motivos da existência do Poder Judiciário é a sua função de aplicar o direito com independência, impondo a sua observância indistinta e na busca da pacificação social. As garantias que lhe foram atribuídas, na realidade foram outorgadas como prerrogativas para o imparcial, independente e seguro cumprimento de seu mister constitucional (SENA, 2007, p. 01).

Apesar de cada poder ter suas funções típicas, já elencadas acima, vive-se uma crise de legitimidade representativa e

funcionalidade do Poder Legislativo e do Executivo, corroborando para a interferência do Poder Judiciário, justificado pela Constituição, prolatando decisões para suprimir as omissões e inovar a ordem (BARROSO, 2012).

Portanto, o Poder Judiciário acaba atendendo as demandas da sociedade, as quais o Poder Legislativo não foi capaz de fazer (BARROSO, 2012).

Assim, exercício ativo do Judiciário, leva a inovações na ordem jurídica e social, com decisões de natureza e efeitos políticos, na ânsia de chegar ao status de verdadeiro poder, que cumpre suas tarefas (DOBROWOLSKI, 1995).

### **3.1.2 Críticas ao Ativismo Judicial**

A crítica consiste em como ficariam os *standards* constitucionais, emanados do Princípio do Estado de Direito e seus pressupostos, como democracia, separação dos poderes, legalidade e segurança jurídica, pois as decisões alocativas de recursos não são satisfativas à exigência de proporção dos meios em detrimento aos fins, causando mais desvantagens do que vantagens na promoção da Constituição unitariamente considerada. O fato justificador do ativismo, fazer justiça ao caso concreto, perde o sentido quando pode violar elementos parciais contidos no próprio conceito de justiça, como são a segurança jurídica e a igualdade (ÁVILA, 2013).

A realização da Constituição passa pela atividade intelectual de interpretar/aplicar conceitos e categorias jurídicas de elevado grau de generalidade e abstração, mesmo que para tanto seja necessário abraçar competências institucionais que ordinariamente tocam a outros Poderes. O problema com essa sorte de postura seria estarmos substituindo a vontade do soberano que criou a lei e a Constituição pela vontade do intérprete (TEIXEIRA, 2012, p. 48-49).

Essa crise de legitimidade, enfrentada pelo Poder Legislativo no Brasil e no mundo, demonstra uma necessidade de reforma

política. Num mundo ideal as decisões ativistas são eventuais, em tempos determinados, e não recorrentes como acontece hoje, pois para que uma democracia seja sólida, a atividade política deve extensa, o Congresso deve ser ativo e eivado de credibilidade (BARROSO,2012).

Outra crítica seria que, para além de uma simples reação normal, inerente a sua função, estaria o judiciário excedendo os seus parâmetros institucionais, num verdadeiro desvio de conduta (FERREIRA, 2014).

Em meio a toda essa história de crise, três pontos devem ser levantados e analisados de forma mais aprofundada, quais sejam: os riscos para a legitimidade democrática, politização indevida da justiça e limites da capacidade institucional do Judiciário (BARROSO, 2012).

No que tange ao primeiro ponto, a legitimidade democrática, estaria o fato de que o poder de decisão estaria nas mãos dos membros do Judiciário, que não chegam aos cargos, pelo voto, porém estariam atuando politicamente ao invalidar os atos dos outros dois Poderes, que tiveram respaldo da vontade popular (BARROSO, 2012).

Portanto, a jurisdição constitucional bem exercida é antes uma garantia para a democracia do que um risco. Impõe-se, todavia, uma observação final. A importância da Constituição – e do Judiciário como seu intérprete maior – não pode suprimir, por evidente, a política, o governo da maioria, nem o papel do Legislativo (BARROSO, 2012).

O ponto crucial da crítica é o fato de os juízes não serem eleitos. Dessa forma, não poderem intervir diretamente nos gastos públicos e nas escolhas de políticas econômicas por falta óbvia de legitimidade, a qual seria do legislativo e executivo, posição alcançada através da vontade popular. Quando o juiz age de forma ativista, segundo essa crítica, estaria indo contra o poder do povo (JUNIOR, 2011).

Sem embargo, a objeção democrática ao processo de constitucionalização também se manifesta neste cenário, pois é preciso avaliar até que ponto é legítimo, numa democracia, amputar a liberdade de conformação do legislador em nome da irradiação das normas constitucionais, sobretudo diante da constatação de que o grande “agente” desta irradiação é o juiz, que não é eleito e não responde politicamente perante o povo (SARMENTO, 2006, p. 25).

Ferreira questiona a legitimidade dos excessos cometidos pela atuação do poder judiciário, no que tange aos novos paradigmas, mesmo que esse ativismo estivesse conduzindo uma aproximação entre o Supremo Tribunal Federal e a população (FERREIRA, 2014).

Os riscos de uma atividade judicial ativista, tomada sua definição como a atuação do poder judiciário para além dos limites do sistema normativo, com base em uma atividade de interpretação, construção e aplicação do Direito fundada em parâmetros normativos de uma textualidade vaga, de baixa densidade semântica e conceitual, cuja hermenêutica propõe o rompimento dos limites entre a Moral e o Direito, residem fundamentalmente no enfraquecimento do caráter deontológico do Direito, heterolimitador da norma, utilizando aqui a crítica de Jürgen Habermas, na medida em que o campo argumentativo e de fundamentação das decisões abre-se para fronteiras de difícil aferição (FERREIRA, 2014, p. 140-141).

Sob uma análise superficial, mas contextualizada, pode se pensar que o Judiciário, ao não passar pelo processo democrático não tenha legitimidade para atuar de forma ativista, como já levantado por outros doutrinadores no presente texto. Entretanto, esquece-se que a Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal, possui ministros escolhidos pelo Presidente da República e confirmados pelo Senado, estes eleitos pelo povo democraticamente. Ou seja, por via indireta, os ministros do STF também são escolhidos pela população, onde depreende-se que invalidar leis poderia ser um ato tão político quanto criá-las (ÁVILA,

2013), isto é, o Poder Judiciário, tem legitimidade sim para atuar de forma ativista.

Já em um segundo ponto está o risco de politização da Justiça. Pode-se dizer que no mundo de hoje, não cabe mais dizer que direito é política, em “uma visão distorcida do mundo e das instituições faria uma equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e justo à vontade de quem detém o poder” (BARROSO, 2012, p. 29).

A dificuldade conceitual e funcional está em diferenciar direito e política, pois o ativismo judicial é um sintoma das sociedades de massa pós-modernas, não satisfeitas com as prestações de serviços públicos cujos direitos fundamentais não estão tutelados nos moldes do Estado moderno, onde mais do que discutir separação de poderes, é saber quais os limites entre Direito e Política (TEIXEIRA, 2012).

A chamada “politização do judiciário”, ou seja, o exercício de uma postura ativa por parte do Judiciário, fez com que temas que sequer mereciam atenção do Poder Legislativo, por exemplo, passassem a fazer parte da pauta das discussões dos membros do executivo e legislativo, inclusive com relação às leis orçamentárias, que na maioria das vezes eram aprovadas sem levar em consideração um planejamento efetivo e, da mesma forma, executadas de acordo com as “vontades políticas” dos membros do executivo e, também, legislativo (JUNIOR, 2011, p.172 ).

A terceira crítica refere-se à capacidade institucional do Judiciário e seus limites, a pedra de toque, para exploração seriam dois pontos decorrentes: as capacidades institucionais e os efeitos sistêmicos (BARROSO, 2012).

As capacidades institucionais, tratariam do poder que estaria mais apto a decidir em determinada matéria, pois temas envolvendo aspectos de grande complexidade, nem sempre teriam árbitros qualificados (BARROSO, 2012).

No entanto, é importante ressaltar que o juiz ativista não toma a decisão sozinho. Apesar da crítica, ele se serve do auxílio de outros

profissionais especialistas, com os conhecimentos técnicos necessários para se proferir a decisão adequada, os peritos, fato que se levado às últimas consequências também acometeria o legislativo e o executivo (JUNIOR, 2011), assim a crítica não subsistiria.

Quanto ao risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados, podem levar a situação que recomenda cuidado por parte do Judiciário, dado que o juiz conhece o caso em particular, mas não o contexto, e nem os efeitos que suas decisões podem causar na economia ou na prestação de serviço público (BARROSO, 2012).

### **3.1.3 Justificativas para o Ativismo Judicial**

Quando num mundo em que a fragilidade do homem fica evidenciada pela sociedade esmagadora e globalizada, alguém deve intervir em seu nome, combatendo frente a frente com a extrema força dos demais poderes. Assim, nesse contexto emerge o Poder Judiciário, como verdadeiro representante da Justiça na terra.

Atualmente, quando os meios da técnica e a atividade econômica e social possuem aptidão para causar graves efeitos lesivos às populações massificadas, e perante um crescimento desorbitado da atuação estatal, capaz de violar direitos de incontável número de pessoas, é preciso um Judiciário que não se abstenha perante esses poderes agigantados, mas que tenha condições para enfrentá-los em patamar de igualdade (DOBROWOLSKI, 1995, p. 99).

O ministro Celso de Mello, reforçando a importância da atuação do Poder Judiciário, ressalta que o ativismo é uma necessidade institucional do STF em momentos excepcionais, pois quando o poder público se omite ou retarda sua atuação no cumprimento de suas obrigações, principalmente no que for ofensivo à constituição, o Judiciário não pode ficar inerte (MELLO, 2008).

## 4 Ativismo judicial e democracia

A Carta Magna prevê que o Brasil é um Estado Democrático de Direito, onde todo o poder emana do povo, e o importante corolário do princípio democrático, seria o pluralismo político, que coloca o Poder Legislativo em destaque, e o Congresso Nacional, a manifestação do seu vigor (ÁVILA, 2013).

O Estado de Direito, assim, serve à pessoa e à sociedade. Todos – e cada um – abdicam parte de sua individualidade em prol de uma mediação técnico-jurídica, instrumentada e concretada em realidades distintas, que modernamente vem ganhando o *nomem iuris* de Estado de Direito (REVERBEL, 2009, p. 02).

A democracia pode ser conceituada, a partir de cinco critérios: a participação efetiva, a igualdade de voto; o entendimento esclarecido; o controle do programa de planejamento; inclusão de adultos (DAHL, 2009).

Para justificar a democracia, Dahl relata que a mesma teria consequências desejáveis, como evitar a tirania, conceder direitos essenciais, dar liberdade a todos, promover a autodeterminação, conceder autonomia moral e desenvolvimento humano, proteger interesses pessoais essenciais, garantir igualdade política, e nas democracias modernas, busca a paz e a prosperidade (DAHL, 2009).

Assim, uma vez que a democracia tem um papel preponderante nas sociedades modernas, é cediço estabelecer critérios de como ela pode ser preservada, apesar da existência do ativismo judicial, que de certa forma ameaça a força da democracia.

A função judicial pode não ser a mais democrática, distanciando propositalmente de seu núcleo, para poder controlar o próprio Direito, ao trazer para si a autoridade sobre a interpretação dos conceitos abertos, com extensa carga valorativa. Assim, o ativismo judicial tende a deslocar para o campo do processo judicial a atividade típica que se desenvolve em um processo político democrático (FERREIRA, 2014).

O fato é que a Democracia, apesar de seus diversos significados, que tendem a alterar seus parâmetros de interpretação, ainda num contexto de descrédito, é certamente primordial à manutenção das vigas mestras que mantêm em pé o próprio Estado de Direito (FERREIRA, 2014).

Ferreira propõe como forma de equilibrar os princípios democráticos e o ativismo judicial, o desenvolvimento de uma postura de autocontenção pelos membros das Cortes Superiores, de forma a evitar excessos na intervenção judicial; a adoção de um positivismo renovado; o incremento da qualidade argumentativa dos Tribunais (FERREIRA, 2014).

Sarmento entende que há como equilibrar os pontos de tensão, utilizando os seguintes métodos, quais sejam: emprego de uma metodologia racional, intersubjetivamente controlável e transparente; a democratização do próprio exercício da jurisdição constitucional, a adoção, pelos juízes, de uma postura de moderação e de respeito diante das decisões adotadas pelos demais poderes (SARMENTO, 2006).

A discussão está na legitimidade do Poder Judiciário intervir em políticas públicas, as quais necessariamente seriam de incumbência dos poderes diretamente eleitos pelo povo, quais sejam Poder Legislativo e Executivo. Contudo, há um favoritismo para com as decisões judiciais que alocam recursos públicos, tendo o Poder Judiciário como missão suprir o déficit educacional da população brasileira para o exercício consciente de poder de voto e dos direitos de liberdade. Isso porque, nesse contexto, direitos mais básicos do indivíduo seriam pressupostos da discussão que envolve a democracia, uma vez que quando o Judiciário atua, nesse campo, mesmo através de ações individuais, estaria em consonância com a democracia (ÁVILA, 2013).

#### **4.1 Guardiã da Constituição**

Quando se usa o termo guardião da Constituição, tem-se de maneira automática a ligação com o Poder Judiciário.

O fato é que a partir do final da Segunda Guerra Mundial, a maior parte dos países ocidentais sofreu um grande avanço da justiça constitucional dentro do espaço da política majoritária, feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, fomentada pelo voto popular, demonstrando uma fluidez do limite entre política e justiça. No caso brasileiro, por conta da extensão e volume, várias circunstâncias ligadas à Constituição, à realidade política e às competências dos poderes, têm dado grande visibilidade ao tema. As manchetes sobre assuntos decididos pelo Supremo Tribunal Federal são recorrentes, sendo que essa visibilidade contribui para a transparência, e consequentemente para o controle social, o que em uma última fronteira, contribui para a democracia (BARROSO, 2012).

De fato, somente no ano de 2008, foram decididas pelo Supremo Tribunal Federal, no âmbito de ações diretas – que compreendem a ação direta de inconstitucionalidade (ADIn), a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e a arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) – questões como: a) o pedido de declaração de inconstitucionalidade, pelo Procurador-Geral da República, do art. 50 da Lei de Biossegurança, que permitiu e disciplinou as pesquisas com células-tronco embrionárias (ADIn 3.150); b) o pedido de declaração da constitucionalidade da Resolução no 7, de 2006, do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário (ADC 12); c) o pedido de suspensão dos dispositivos da Lei de Imprensa incompatíveis com a Constituição de 1988 (ADPF 130). No âmbito das ações individuais, a Corte se manifestou sobre temas como quebra de sigilo judicial por CPI, demarcação de terras indígenas na região conhecida como Raposa Serra do Sol e uso de algemas, dentre milhares de outros (BARROSO, 2012).

Ackerman retrata que a Suprema Corte, em seu exercício de interpretação, promove a soberania popular voltada para o futuro, em busca da representação dos princípios passados concretizados em nome do povo (ACKERMAN, 2000).

Ainda pode-se dizer que o ativismo, colabora para a unidade da Constituição da República, controlando as atividades típicas dos demais poderes. No entanto, o problema é a interferência indevida nas funções também previstas constitucionalmente, o que seria um contrassenso (JUNIOR, 2011), uma vez que aplica a constituição ao intervir, mas obsta o exercício de poderes também previstos na Constituição.

É criada, assim, a difícil missão constitucional garantida ao Judiciário de, além de guardião da Constituição da República, apresentar-se como a mão armada da sociedade com o fim de concretizar os preceitos estabelecidos na Carta Federal, especialmente os direitos considerados pelo povo como direitos fundamentais, dentre eles os direitos estabelecidos no art. 227 da Constituição da República, sob pena de responsabilização civil do Estado por atos praticados pelos Poderes Executivo e Legislativo (JUNIOR, 2011).

Assim, o que se depreende é que há uma preocupação comum a todos os doutrinadores, de que haja um novo perfil de atuação do Poder Judiciário, permitindo a efetivação dos direitos fundamentais, e a partir disso ocorrendo a materialização da Constituição, pois essa proatividade do Judiciário, gera tensão com outros poderes, mas não uma sobreposição de um poder sobre o outro, o que ocorre é supremacia da Constituição (JUNIOR, 2005).

Dworkin enfatiza que a função dos juízes é aplicar o direito criado pelos demais poderes. Teoricamente estes juízes não deviam criar direitos, num mundo ideal, mas na prática, isso não acontece, pois as leis e regras são quase sempre vagas e precisam de interpretação no caso concreto. Ainda, muitas vezes os problemas são tão novos, que os juízes precisam sim criar novos direitos, e quando assim o fazem, espera-se que ajam não como delegados do Poder Legislativo, mas como um segundo Poder Legislativo (DWORKIN, 2002).

Desse modo, urge lembrar que as prerrogativas dadas ao juiz não são privilégios, mas sim garantias, em última análise para a

própria sociedade, que com um Juiz independente a democracia é concretizada e para o povo há a aplicação da justiça (SENA, 2007).

## 5 Considerações finais

Quando o assunto é a interferência do Poder Judiciário em políticas públicas, o chamado ativismo judicial e a judicialização da política, há de imediato uma sensação de tensão, uma vez que o Judiciário extrapola suas funções típicas, para fazer valer a Constituição, independente do acesso político ou não aos cargos, estando em jogo direitos fundamentais não respeitados.

Lembrando que a Corte Suprema brasileira, o Supremo Tribunal Federal, é formado por cargos políticos, escolhidos dentre pessoas com extenso saber jurídico e conduta ilibada, dessa forma não há que se falar em princípio democrático não respeitado.

Nesse contexto, Bobbio ressalta que para se garantir direitos maiores, outros podem ser suprimidos.

Não se pode afirmar um novo direito em favor de uma categoria de pessoas sem suprimir algum velho direito, do qual se beneficiavam outras categorias de pessoas: o reconhecimento do direito de não ser escravizado implica a eliminação do direito de possuir escravos; o reconhecimento do direito de não ser torturado implica a supressão do direito de torturar (BOBBIO, 1992, p. 20).

Assim, apesar de um aparente limite ultrapassado, conclui-se que o Poder Judiciário, necessita, em respeito às garantias constitucionais a serem preservadas, agir proativamente em nome de um bem maior, a coletividade, quando os demais poderes quedarem-se inertes.

## 6 Referências

ACKERMAN, Bruce. **Nós, o Povo Soberano - Fundamentos do Direito Constitucional**. Trad. Mauro Raposo de Mello. Del Rey: Belo Horizonte, 2000.

- ÁVILA, Ana Paula Oliveira. WIERZCHOWSKI. Mariana Ruschel. “Fair Play” na Efetivação dos Direitos Sociais. **Direitos Fundamentais e Justiça**, ano 7, n. 23, p. 192-225, Abril/Jun.2013. Disponível em: [http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF Livre/23 Doutrina Nacional4.pdf](http://www.dfi.inf.br/Arquivos/PDF_Livre/23_Doutrina_Nacional4.pdf). Acesso em: 20 set. 2015.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. **Precedentes judiciais e segurança jurídica: Fundamentos e Possibilidades para a Jurisdição Constitucional Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **Revista Thesis**, vol.5, n. 1, 2012, p. 25, Rio de Janeiro. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/synthesis/article/view/7433/5388>. Acesso em: 20 set. 2015.
- BERMAN, José Guilherme. Ativismo judicial, judicialização da política e democracia. **Direito**, v. 1, n. 10, 2015, Disponível em: <http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/view/505/473>. Acesso em: 20 set. 2015.
- BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Elsevier: Rio de Janeiro, 1992.
- DAHL, Robert A. **Sobre a democracia**. Beatriz Sidou (Trad.). Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2009.
- DOBROWOLSKI, Silvio. A necessidade de ativismo judicial no estado contemporâneo. **Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos**, Florianópolis, p. 92-101, jan. 1995. ISSN 2177-7055. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15778/14280>>. Acesso em: 20 set. 2015. doi:<http://dx.doi.org/10.5007/15778>.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- ESTEVES, João Luiz Martins. Cidadania e Judicialização dos Conflitos Sociais. **Revista jurídica da UniFil**, Londrina, Ano I - n<sup>o</sup> 1.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. PEDRON, Flávio Quinaud. **O Poder Judiciário e(m) Crise**. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

FERREIRA, Eber de Meira. **Poder Judiciário, Ativismo Judicial e Democracia.** (Dissertação) Mestrado em Direito – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. São Paulo. 2014.

FONSECA, J. P. **Problemas Estruturais do Judiciário.** 2011. 184 fl. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba. 2011. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/25604/Problemas%20Estruturais%20do%20Judiciario.pdf?sequence=1>. Acesso em: 27 jul. 2015.

FONTAINHA, Fernando de Castro. **Acesso à Justiça – Da Contribuição de Mauro Capelletti à Realidade Brasileira.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

JUNIOR, Marcus Vinicius Pereira. **Ativismo Judicial e Materialização das Políticas Públicas Infanto-Juvenis na Constituição da República: Fixação de planos ideais de atuação para os atores do Sistema de Garantia de Direitos (SGD).** (Dissertação) Mestrado em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte – UFRN, Natal/RN, 2011.

JUNIOR, Americo Bedê Freire. **O Controle Judicial de Políticas Públicas.** (Coord.) Jose Roberto dos Santos Bedaque e Jose Rogerio Cruz e Tucci. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Trad. João Batista Machado. 8ª ed. Martins Fontes: São Paulo, 2012.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat. **O Espírito das Leis.** Trad. Cristina Muracho. Martins Fontes: São Paulo, 2000.

MELLO, Celso. Discurso proferido, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na Presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23.4.2008. Disponível em: [www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf](http://www.stf.gov.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf), Acesso em: 20 set. 2015.

NETO, Adolfo Braga. **Alguns Aspectos Relevantes sobre a Mediação de Conflitos in Mediação e Gerenciamento do Processo – Revolução na Prestação Jurisdicional.** Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini. WATANABE, Kazuo. NETO, Caetano Lagrasta. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, Francisco José de. **Famílias não legisladas: Direitos Fundamentais e Normas Constitucionais de inclusão**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná – UFPR, Curitiba, 2006.

POLI, Gustavo Luiz; RAMOS, Flávio. Apontamentos acerca da judicialização da política no Brasil. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.1, 1º quadrimestre de 2013.

REVERBEL, Carlos Eduardo Dieder. Ativismo judicial e Estado de Direito. **Revista eletrônica do curso de direito da UFSM**, v. 4, n. 1, 2009.

SANTANA, Carla Rodrigues. **Os Efeitos Jurídicos da Boa-fé subjetiva nas Famílias Simultâneas**. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP, São Paulo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice – O Social e o Político na Pós-Modernidade**. 7 ed. Afrontamento: Porto, 1994.

SANTOS, Luiz Elias Miranda. Ativismo Judicial e Concretização dos Direitos Sociais. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, a. 17, n. 25, 2013, p. 337-371, São Paulo.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade Constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**, v. 2, 2006.

SENA, Adriana Goulart de. Formas de Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**, Belo Horizonte, MG, v.46, n.76, p.93-114, jul./dez.2007. Disponível em: [https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20\\_formas\\_resolucao\\_conflictos.pdf](https://www.trt3.jus.br/download/artigos/pdf/20_formas_resolucao_conflictos.pdf). Acesso em : 19 jul. 2015.

SILVA, Adriana dos Santos. **Acesso à Justiça e Arbitragem – Um Caminho para a crise do Judiciário**. Manole: São Paulo, 2005.

SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves da. **Mediação interdisciplinar: mecanismo apropriado para resolução de conflitos familiares**. In\_SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves (Org). **Mediação de Conflitos**. Atlas: São Paulo, 2013.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos fundamentais**. Ed. Malheiros. São Paulo: 2009.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política. **Revista Direito GV**, v. 8, n. 1, p. 1-57, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck. BURGOS, Marcell Baumann. SALLES, Paula Martins. Dezessete anos judicialização da política. **Tempo social, revista de sociologia da USP**, v.19. n.2. Novembro, 2007.

VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. **Rev. Direito GV**. V. 4. N.2. p. 441-464, jul/dez 2008, São Paulo.

WARAT, Luis Alberto (Org.). **Em Nome do Acordo – A mediação no Direito**. 2ª Ed. Argentina: Almed- Angra impressiones, 1999.



# **A identidade de gênero como expressão do direito a liberdade: uma abordagem a partir do pensamento liberal**

*Elisangela Marli Zakszeski <sup>1</sup>*

## **1. Introdução**

“Não existe maior sacanagem do que me exigirem um gênero para eu ser minha própria personagem,”(LAZ,2014, p.19), com um desabafo da autora Letícia Laz, nascida como Geraldo Eustáquio de Souza, inicia-se a abordagem do presente estudo de identidade de gênero como expressão do direito à liberdade, a partir do pensamento liberal.

No caso acima citado, Letícia, travou uma vida de conflitos justamente por não se identificar-se com o gênero de nascimento(masculino) , tendo passado ao longo dos seus 62(sessenta e dois anos) de vida como homem, como ela diz, vivendo “no armário, por não se enquadrar na normas de conduta estabelecidas pelo dispositivo binário de gênero(feminino e masculino), pois nasceu com gênero masculino, mas sempre sentiu-se como do gênero feminino, tendo vivido permanentemente

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia-MINTERI- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp(2010).Procuradora efetiva do Poder Legislativo do Município de Cruz Machado-Estado do Paraná e conselheira e relatora do Conselho Subseccional de Ética de União da Vitória-Estado do Paraná. ORCID id: 0000-0003-3247-3868

dividida e tensionada entre a transgressão dessas normas e a busca pela conformidade com elas, ou seja, não fora a esta oportunizada e muito menos garantido um direito simples de escolha, de viver em conformidade com o seu verdadeiro gênero, vivendo um gênero imposto a esta durante 62(sessenta e dois anos) de uma vida.

Trata o presente estudo justamente do fator liberdade, fator este que fora restringindo à Letícia (Geraldo) durante a sua longa trajetória de conflitos entre o seu próprio eu e o gênero imposto a esta em seu nascimento, este será o objeto do presente estudo.

Parte-se assim de uma visão da identificação além da questão biológica, mas a partir de uma escolha livre e não da forma atribuída é imposta ao indivíduo de forma unilateral a este nascer, mas a identidade de gênero vista através do pensamento liberal, como uma forma de exercício do direito à liberdade do indivíduo em fazer a escolha de sua identidade como este se vê e sente, onde tanto o estado como a sociedade não é dado o direito de limitar este direito.

As determinações de gênero masculino e feminino, baseadas puramente nos conceitos médicos e genéticos, desconsiderando, pois, a individualidade do ser, bem como suas variações e especificidades estar-se a impedir que o indivíduo que não se identifique com o gênero de nascimento possa usufruir das suas liberdades existenciais no âmbito da sociedade, condenando-se a este a uma vida “dentro do armário”, a vida teatral onde diariamente o indivíduo passa a representar ser e agir o que não é.

A identidade de gênero nada mais é do que a forma que o indivíduo se identifica de forma livremente, não imposta a este quer biologicamente, quer pela sociedade e neste ponto a questão da liberdade de escolha do indivíduo passa a ser abordada a partir do pensamento liberal, onde relacionando estes, tem-se a identidade de gênero como uma expressão do direito à liberdade do indivíduo.

O presente estudo abordará o pensamento liberal através do escrito de John Stuart Mill, externado através da sua obra Sobre a Liberdade, buscando a concretização da identidade de gênero com o

direito à liberdade assim como, efetuando um estudo deste a partir do pensamento liberal inovador de Mill.

Na presente pesquisa baseou-se em um estudo descritivo analítico, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica, mediante explicações embasadas em trabalhos publicados em forma de livros e publicações; qualitativa, com aprofundamento na compreensão do direito a liberdade, identificação de gênero, pensamento liberal; descritiva, buscando explicar, classificar e interpretar a questão abordada e o material colhido; exploratória, no objetivando de aprimorar as ideias através de informações colhidas sobre o tema.

## 2. A identidade de gênero

Primeiramente necessário esclarecer que ideologia e identidade<sup>2</sup> são palavras distintas, onde ideologia trata-se de um conjunto de princípios éticos e morais que um indivíduo adota para se relacionar com o mundo. Ou seja, é a relação do indivíduo com a sociedade, com o mundo. Identidade é como o indivíduo se entende por si mesmo. É a relação do indivíduo consigo mesmo. Portanto, tem-se uma grande diferença entre os dois termos, no caso em apreço o nosso estudo é sobre a identidade de gênero.

Segundo as Nações Unidas(ONU NEWS,2011), a população mundial aproximada é de 7.6 bilhões(sete, virgula seis bilhões) de *habitantes* distribuídos pelos 197(cento e noventa e sete) países e, entre estes bilhões é possível atestar que cada um é uma pessoa e ao mesmo tempo com características comuns a toda a humanidade, o que por vezes faz-se com que identifique-se com alguns e nos tornem totalmente diferentes de outros pois somos criados levando-se em consideração estas características, ensinados a agir e a ter uma determinada aparência de acordo com o sexo biológico com o qual nascemos.

---

<sup>2</sup>Significado de ideologia de gênero. Disponível em: <https://www.significados.com.br/ideologia-de-genero/Acesso> em 10.03.2019

O sexo biológico, diz respeito às nossas características biológica que o indivíduo tem a nascer, onde nossa identidade estaria ligada à nossa aparência definida pelo órgão sexual que possuímos, em masculino ou feminino. Para “a ciência biológica, o que determina o sexo de uma pessoa é o tamanho das suas células reprodutivas, pequenas: espermatozoides, logo macho; grandes: óvulos, logo fêmea.” (JESUS,2012, p.8)

A palavra gênero fora usada pela primeira vez no ano de 1955, pelo psicólogo John Money (1921-2006) e pretendida expressar uma diferença social e psicológica entre homens e mulheres. Nos anos de 1970 e 1980, especialmente nas ciências sociais, reforçou-se a dissociação entre gênero e genitais (ou outras características físicas).<sup>3</sup>

O que é ser um homem? O que é ser uma mulher? O que distingue uma identidade da outra? Perguntas como essas têm estado cada vez mais na pauta do dia do pensamento sociológico contemporâneo. O sociólogo Anthony Giddens estampa essas questões bem no preâmbulo do capítulo sobre gênero e sexualidade do seu famoso compêndio de Sociologia, parecendo ser menos um convite do que um desafio para que seus leitores examinem sua própria condição individual na sociedade contemporânea: O que é ser um homem? O que é ser uma mulher? Talvez você pense que ser um homem ou uma mulher esteja fundamentalmente associado com o sexo do corpo físico com que nascemos. Mas como muitas questões de interesse dos sociólogos, a natureza da masculinidade e da feminilidade não é facilmente classificável (GIDDENS, 2005, p. 99 apud LAZ,2014 p.19).

Não obstante a definição de “homem” ou “mulher” tenha surgido a partir de uma divisão biológica, um indivíduo pode ter outras identidades que refletem diferentes representações de gênero e que não se encaixam nas categorias padronizadas. É certo que a

---

<sup>3</sup>GOCONQR. **Identidade de gênero e orientação sexual.** Disponível em: <https://www.goconqr.com/note/6900707/identidade-de-g-nero-e-orienta-o-sexual>. Acesso em 06.03.2019.

para a sociedade seriam os órgãos genitais a definir o se uma pessoa é homem ou mulher. Sexo é biológico, gênero é social. E o gênero vai além do sexo: O que importa, na definição do que é ser homem ou mulher, não são os cromossomos ou a conformação genital, mas a autopercepção e a forma como a pessoa se expressa socialmente”.(JESUS, 2012, p.8)

A efetividade do exercício de escolha, da procura pela real identidade é provocada pelo distanciamento entre a mente e o corpo do indivíduo, por “não reconhecer a sua imagem diante do espelho e da sociedade, rejeitar o seu fenótipo e não se enquadrar plenamente nas molduras socialmente construídas de sexo e de gênero.(MAIA;BEZERRA).Trata-se do grande desafio do indivíduo, o exercício de poder livremente identifica-se.

Em Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF sob n.º467, o Procurador Geral da República, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, traz as seguintes notas introdutórias com relação a gênero, que vale a pena compartilhar, cita-se:

Gênero é categoria na interseção entre a natureza e cultura, compreendida está de forma ampla, a abranger interações sociais. A Diferenciação entre sexo e gênero propicia o rompimento com o determinismo da natureza no campo da sexualidade. O sexo é dimensão eminentemente biológica, ao passo que gênero é conceito que envolve componentes culturais, sociológicos, psicológicos e de outras ordens.” Estudos de gênero são disciplina que toma a desnaturalização do feminino e masculino biológicos como objeto de análise. A categoria “gênero” possibilita considerar que a percepção de si e a expressão social dessa percepção são o que define o masculino e o feminino, não o sexo biológico. “Cisgênero<sup>4</sup> e transgênero<sup>5</sup>” são expressões a definir pessoas que se identificam com o gênero atribuído ao nascer(cis) e aquelas que não vivenciam essa identificação(trans).(MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL- ADPF,2017,p.8)

---

<sup>4</sup> **Cisgênero:** Identifica-se com o mesmo gênero que lhe foi dado no nascimento

<sup>5</sup>**Transexual e/ou transgênero:** Identifica-se com um gênero diferente daquele que lhe foi dado no nascimento

Importe destacar os Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero, os Princípios de Yogyakarta <sup>6</sup>, onde tanto a orientação sexual como identidades de gênero, são vistos como essenciais para a dignidade e humanidade de cada pessoa, não sendo estes motivos de discriminação ou abuso. Nos termos dos princípios acima citados, tem-se:

“orientação sexual” como estando referida à capacidade de cada pessoa de experimentar uma profunda atração emocional, afetiva ou sexual por indivíduos de gênero diferente, do mesmo gênero ou de mais de um gênero, assim como de ter relações íntimas e sexuais com essas pessoas;

“identidade de gênero” como estando referida à experiência interna, individual e profundamente sentida que cada pessoa tem em relação ao gênero, que pode, ou não, corresponder ao sexo atribuído no nascimento, incluindo-se aí o sentimento pessoal do corpo (que pode envolver, por livre escolha, modificação da aparência ou função corporal por meios médicos, cirúrgicos ou outros) e outras expressões de gênero, inclusive o modo de vestir-se, o modo de falar e maneirismos;(PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA,2006,p.10)

A Organização Mundial de Saúde (OMS) em junho de 2018, durante lançamento da [Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados à Saúde \(CID 11\)](#), efetuou a retirada dos transtornos de identidade de gênero do capítulo de doenças mentais, onde o referido termo, passou-se a ser chamado de incongruência de gênero, e está inserido no capítulo sobre saúde sexual. Segundo a OMS, existem evidências de que a incongruência de gênero não se trata de um transtorno mental, mas que ainda “há a necessidade de garantir atendimento às demandas específicas de saúde da população trans”, e que seria um passo importante para a redução do estigma e da discriminação em relação à essa população e para a garantia de acesso à saúde.( UNAIDS BRASIL,2018)

---

<sup>6</sup> Um grupo eminente de especialistas em direitos humanos preparou um documento preliminar, desenvolveu, discutiu e refinou esses Princípios. Depois de uma reunião de especialistas, realizada na Universidade Gadjah Mada, em Yogyakarta, Indonésia, entre 6 e 9 de novembro de 2006, 29 eminentes especialistas de 25 países, com experiências diversas e conhecimento relevante das questões da legislação de direitos humanos, adotaram por unanimidade os Princípios de Yogyakarta sobre a Aplicação da Legislação Internacional de Direitos Humanos em relação à Orientação Sexual e Identidade de Gênero. Disponível em [clam.org.br/uploads/conteúdo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://clam.org.br/uploads/conteúdo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 09.03.2019, p.6

No Brasil, verifica-se que há um projeto de lei, proposto com base em legislação Argentina, que vem a tratar da identidade de gênero, conforme consulta junto a nossa Câmara dos Deputados<sup>7</sup>, constata-se que no ano de 2013 fora protocolado o projeto de lei sob n.º 5002/2013 datado de 20/02/2013, de autoria dos deputados a época, Sr. Jean Wyllys e Erika Kokay, onde nos termos do seu artigo 1º, tem-se as seguintes definições:

“Artigo 2º - Entende-se por identidade de gênero a vivência interna e individual do gênero tal como cada pessoa o sente, a qual pode corresponder ou não com o sexo atribuído após o nascimento, incluindo a vivência pessoal do corpo”

O projeto de lei acima citado, encontra-se atualmente arquivado desde a data de 30/01/2019, nos termos do artigo 105 do regimento interno da câmara dos deputados, no aguardo de que se dê a este o devido prosseguimento.

Verifica-se que a afirmação da identidade sexual, compreende as “formas como os sujeitos vivem sua sexualidade, com parceiros/as do mesmo sexo, do sexo oposto, de ambos os sexos ou sem parceiros/as”, como lembra Guacira Lopes Louro.(LOURO, 2003, p.26 apud MAIA; BEZERRA, p.03)

A possibilidade de o indivíduo expressar todos os atributos e características do gênero a que pertence está intrinsecamente relacionada à dignidade da pessoa humana, assim como, a outros princípios igualmente, a liberdade.(MAIA;BEZERRA,p.03)

Compete por fim, destacar a obra *Os direitos da Personalidade (CUPIS, 2008)*, sua definição de identidade:

“O indivíduo, como unidade da vida social e jurídica, tem necessidade de afirmar a própria individualidade, distinguindo-se dos outros indivíduos, e, por consequência, ser conhecido por

---

<sup>7</sup> CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5002/2013**.Lei João W Nery/Lei de Identidade de Gênero. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=723AD058E48B2F66296CE9D6956942F3.node2?idProposicao=565315&ord=o](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=723AD058E48B2F66296CE9D6956942F3.node2?idProposicao=565315&ord=o). Acesso em 05.03.2019.

quem é na realidade. O bem que satisfaz esta necessidade é o da identidade, o qual consiste, precisamente, no distinguir-se das outras pessoas nas relações sociais.” (CUPIS, 2008, p.179).

Observa-se que há inúmeros conceitos de identidade de gênero, mas todos em síntese versam sobre a necessidade do indivíduo ter a sua identidade pessoal, ter a liberdade de escolha.

Há uma grande preocupação com relação à liberdade do indivíduo em razão da sua identidade de gênero e orientação sexual externada pela Organização das Nações Unidas através de uma cartilha denominada Livres & Iguais, onde o Conselho de Direitos Humanos, prega políticas para acabar com a violência e discriminação contra os indivíduos em razão da sua identidade de gênero ou orientação sexual.(ONU,2013,p.07)

A resolução n.º 17, expedida pelo Conselho de Direito Humanos em 2011, foi a primeira das Nações Unidas a tratar sobre direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, cita-se:

As obrigações legais dos Estados de proteger os direitos humanos de pessoas LGBT e intersexo estão bem estabelecidas no regime internacional de direitos humanos baseado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e posteriormente acordados nos tratados internacionais sobre o tema. Todas as pessoas, independente de sexo, orientação sexual ou identidade de gênero, têm direito de gozar da proteção assegurada pelo regime internacional dos direitos humanos, inclusive em relação aos direitos à vida, à segurança pessoal e à privacidade, o direito de ser livre de tortura, detenções e prisões arbitrárias, o direito de ser livre de discriminação e o direito às liberdades de expressão, de reunião e de associação pacífica.(ONU,2013,p.10)

A organização da Nações Unidas destaca a questão da proteção de pessoas baseada na orientação sexual e identidade de gênero não ser uma “questão de criação de nova leis ou direitos especiais, mas apenas a garantia da não discriminação no gozo de todos os direitos.(ONU,2013,p.11)

Os princípios de Yogyakarta, neste sentido, também ressaltam a questão da liberdade do indivíduo ao afirmar que toda pessoa, não importando qual a sua orientação sexual ou identidade de gênero, tem o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos, conforme *in verbis*:

Princípio 1-DIREITO AO GOZO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Os seres humanos de todas as orientações sexuais e identidades de gênero têm o direito de desfrutar plenamente de todos os direitos humanos[...]

Princípio 2- DIREITO À IGUALDADE E A NÃO-DISCRIMINAÇÃO Todas as pessoas têm o direito de desfrutar de todos os direitos humanos livres de discriminação por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Todos e todas têm direito à igualdade perante à lei e à proteção da lei sem qualquer discriminação, seja ou não também afetado o gozo de outro direito humano. A lei deve proibir qualquer dessas discriminações e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer uma dessas discriminações.

A discriminação com base na orientação sexual ou identidade gênero inclui qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na orientação sexual ou identidade de gênero que tenha o objetivos ou efeito de anular ou prejudicar a igualdade perante à lei ou proteção igual da lei, ou o reconhecimento, gozo ou exercício, em base igualitária, de todos os direitos humanos e das liberdades fundamentais. [...].PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA,p.12-13) <sup>8</sup>

Desejos e interesses individuais, assim como, a própria sociedade e suas regras pode direcionar o indivíduo a caminho diversos que efetivamente pretendidos por estes. O temor, a incerteza, o desconhecido, a ameaça de dissolução que implica não ter uma identidade fixa, pode levar as tentativas de fixação de uma identidade, “afirmando que o que somos agora é o que, na verdade, sempre fomos.”(LOURO,2000,p.07)

---

<sup>8</sup>PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf).Acesso em:08.03.2019,p.12-13

### 3. O direito à liberdade no pensamento liberal

Surgido nos fins do século XVII, o pensamento liberal, surgiu como um sistema que viria a justificar a ordem burguesa de seu tempo, partindo de uma concepção inicial onde os homens são definidos enquanto seres livres e de igual capacidade, tendo John Locke(1632-1704), filósofo inglês, como pai do liberalismo, para Locke:

[...]o estado em que todos os homens naturalmente estão qual é um estado de perfeita liberdade para regular suas ações e dispor de suas posses e pessoas do modo como julgarem acertado dentro dos limites da lei da natureza, sem pedir licença ou depender da vontade de qualquer homem.(LOCKE,1998,p.381-382)

Locke, não pregava a liberdade sem consequência, para este “um estado de liberdade, não é um estado de licenciosidade, embora o homem nesse estado tenha uma liberdade incontável para dispor de sua pessoa ou posses[...]”(LOCKE,1998,p.384)

Pois, apesar de Locke, ser considerado o pai do liberalismo, trataremos o pensamento liberal através do filósofo britânico, John Stuart Mill, o qual foi além da sua época e de forma inédita deu uma grande importância ao indivíduo em si.

John Stuart Mill<sup>9</sup>,normalmente associado ao liberalismo econômico e à não intervenção do Estado, desenvolveu um pensamento profundamente humanista e deu ao indivíduo uma importância até então inédita, em sua obra *Sobre a liberdade*(1859), trata sobre o conceito de liberdade pessoal, não dá liberdade do querer, mas sim sobre a liberdade civil ou social, a natureza e os

---

<sup>9</sup>John Stuart Mill(1806-1873, nasceu em Londres, em 20 de maio de 1806, [filósofo](#) e [economista britânico](#), considerado por muitos como o filósofo de língua inglesa mais influente do século XIX. Defensor do do [liberalismo político](#), sendo seus livros fontes de discussão e inspiração sobre as [liberdades individuais](#) ainda nos tempos atuais. Principais obras: *On Liberty*(1859), *Utilitarianism*(1861)

limites do poder que a sociedade pode exercer legitimamente sobre o indivíduo.(MILL,2018,p.11)

A luta entre a liberdade e a autoridade é a mais nítida características da parte da história, sendo o poder concedido aos governantes necessário, mas perigoso no sentido de poder ser usado em face aos próprios súditos, gerando a tentativa de estabelecimentos de limites aos dirigentes no exercício do poder e a estas limitações entendiam por liberdade, sendo de duas formas: Na forma de obtenção do reconhecimento de certas imunidades, conhecidas por liberdades ou direitos- políticos, cuja infração pelo governante se considerava quebra do dever, tendo-se por justificada, então, uma resistência específica ou uma rebelião geral e, na forma de estabelecimento de freios constitucionais, pelos quais o consentimento da comunidade, ou de alguma espécie de agremiação, tida como representante da comunidade, passou a ser condição necessária para alguns dos atos mais importantes atos do poder governante.(MILL,2018,p.12-13)

Os homens deixaram de considerar uma necessidade natural que seus governantes fossem um poder independente, de interesses opostos aos seus, começaram a pensar que se atribuirá excessiva importância à limitação do poder em si, sendo que este recurso somente contra os dirigentes de interesses contrários aos do povo. O que se pretendia é que os dirigentes se identificassem com o povo, que o interesse e a vontade deles fossem o interesse e a vontade da nação.(MILL, 2018,p.13)

A vontade do povo, na prática significa, a vontade da parcela mais numerosa ou mais ativa do povo, isto é , a maioria, ou daqueles que conseguem se fazer aceitos como maioria, ou daqueles que conseguem se fazer aceitos como maioria; o povo, portanto, pode querer oprimir uma parte de seus integrantes, e é preciso tomar precauções contra este como contra qualquer outro abuso de poder. Assim, a limitação do poder do governo sobre os indivíduos nada perde de sua importância quando os detentores do poder devem responder regularmente à comunidade, isto é, ao grupo mais forte dentro dela.(MILL,2018,p.15)

Destaca MILL(2018,p.16) a questão da opressão dentro da própria sociedade entre os seus membros, onde uma maioria pode impor-se de forma tirana e com abuso de poder sobre os menos favorecidos. Neste ponto, o mal maior é justamente “quando a própria sociedade é o tirano a sociedade como coletivo, acima do indivíduos singulares que a compõem,” cita-se neste sentido:

“ A sociedade pode executar e de fato executa suas próprias ordens; e se emite ordens erradas em vez de certas, ou se emite alguma ordem qualquer em coisas nas quais não deveria intervir, ela pratica uma tirania social mais assustadora do que muitas espécies de opressão política, visto que, embora usualmente não se ampare em penas tão extrema como são as leis, menos escapatória, penetrando muito mais profundamente nos detalhes da vida e escravizando a própria alma.”(MILL,2018,p.16)

Pelo pensamento liberal de MILL, não bastaria, portanto, apenas a proteção contra a tirania da magistratura, mas uma contra a tirania da opinião e do sentimento dominantes, contra a tendência da sociedade de impor regras de conduta, suas próprias ideias e práticas aos que dela divergem e a de impedir a formação de qualquer individualidade que não esteja em conformidade com seu uso, assim como, o caráter de todos seja pelos moldes do seu. Mill, prega um limite à legítima interferência da opinião coletiva na independência individual, ou seja, nas escolhas pessoais, este limite para boa condição dos assuntos humanos.(MILL, 2018,p.16)

Dispõe MILL, “que tudo que torna valiosa a existência para uma pessoa depende da imposição de restrições às ações de outras pessoas”.Assim, a liberdade não seria ilimitada, haveria exceções, onde o princípio prático que guia uma pessoa em suas opiniões sobre a regulação de sua conduta humana é seu sentimento de que todos deveriam agir como ela gostaria- e como gostariam as pessoas com as quais tem afinidade que agissem. Atitudes louváveis ou reprováveis são afetadas por todas as múltiplas causas que influem em seus desejos em relação à conduta dos outros. (MILL,2018, p.17-18)

MILL, em “Sobre a Liberdade”, dispõe que os desgostos de uma sociedade como um todo, ou em parte, constituem o principal elemento a determinar praticamente as regras estabelecidas para observância geral, sob as penas da lei ou da opinião, nos seguintes termos:

Tem-se que esta mesma parcela da sociedade a frente da sociedade não investiram em princípio contra este estado de coisas, por mais que entrassem em conflito com ele em alguns de seus detalhes[...]Preferiram tentar modificar os sentimentos da humanidade nos pontos particulares em que eles mesmos eram heréticos em vez de formar uma causa comum com os heréticos em geral em defesa da liberdade.(MILL,2018,p.18)

Neste ponto cita o autor o único caso em que alguns indivíduos vieram a adotar uma posição de princípios defendendo-a de modo coerente e constantes é o referente a crença religiosa e mesmo assim, a “intolerância é tão natural à humanidade em tudo o que realmente lhe importa que a liberdade religiosa, na prática, não veio a se concretizar quase em lugar nenhum,[...]” (MILL,2018,p.19)

O objetivo do autor é defender um princípio muito simples, como o único habilitado a reger de modo absoluto a relações da sociedade com o indivíduo por meio da obrigatoriedade e do controle, quer o meio usado seja a força física segundo as penas da lei ou a coerção moral da opinião pública. Este princípio é o de que o único fim pelo qual a humanidade está autorizada, individual ou coletivamente, a interferir na liberdade de ação de qualquer um dos seus integrantes é a autodefesa. (MILL,2018, p.20)

Assim, o indivíduo não pode ser legitimamente obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa porque assim seria melhor para ele, porque ficaria mais feliz ou em razão da opinião dos outros, cita MILL (2018).

A única parte da conduta de uma pessoa pela qual ela é responsável perante a sociedade é a que concerne ao outro. Na parte que concerne apenas a si mesma, sua independência é, de direito,

absoluta. Sobre si mesmo, sobre seu corpo e sua mente, o indivíduo é soberano. (MILL,2018,p.23)

A liberdade do indivíduo prevaleceria sobre a sociedade quando esta se refere ao próprio indivíduo, sobre a si mesmo, corpo e mente, porém, haveria limitações quando do exercício desta liberdade o outrem for afetado, sendo inclusive responsabilizada pelos danos, mas com relação a si mesmo, a sua liberdade seria absoluta.(MILL,2018, p.23)

Ressalta o MILL(2018) a questão da liberdade ligada a alcance da humanidade a condição em que pode ser guiada a seu aperfeiçoamento pela convicção ou pela persuasão, a coerção, seja de forma direta ou como aplicação de pena e castigos deixa de ser admissível como meio para o bem do indivíduo e só é justificável pra a segurança do outro. Segundo este a esfera apropriada da liberdade humana, compreenderia:

[...]primeiramente, o domínio interno da consciência, exigindo a liberdade de consciência em seu sentido mais abrangente, a liberdade de pensamento e sentimento, a liberdade absoluta de opinião e sentimento sobre todos os assuntos práticos ou reflexivos, científicos, morais ou teológicos.[...]Em segundo lugar, o princípio requer a liberdade dos gostos e escolhas de atividades, de montarmos um projeto de vida que se adeque a nosso caráter, de agirmos como quisermos, sujeitos às consequências que possam advir, sem impedimento de nossos semelhantes desde que não causemos dano, por mais que possam considerar nossa conduta tola, impertinente ou errada. Em terceiro lugar, dessa liberdade de cada individuo decorre a liberdade, dentro dos mesmo limites, da associação entre indivíduos, a liberdade de se unirem para qualquer finalidade que não envolva dano a outros, desde que as pessoas nessa união sejam maiores de idade e não tenha, sido forçadas ou ludibriadas.(MILL, 2018, p.26-27)

Assevera o autor, que em nenhuma sociedade onde tais liberdades não sejam respeitadas como um todo é livre, qualquer que possa ser a sua forma de governos; e nenhuma é completamente

livre se essas liberdades não existirem de modo absoluto e incondicional. A única liberdade que merece esse nome é a de buscarmos nosso próprio bem à nossa maneira, desde que não tentemos privar os outros de seu bem nem tolhamos seus esforços de obtê-lo. Cada um é guardião de sua própria saúde, seja física ou mental e espiritual. A humanidade ganha mais aceitando que cada um viva como bem lhe parecer do que obrigando-o a viver como bem parecer aos outros.(MILL,2018,p.27)

Portanto a liberdade absoluta irá sofrer limitações e responsabilizações quando sem causa justificável, o indivíduo cause dano a terceiro e neste caso, quando necessário, sofrerá interferência ativa da humanidade. É até este ponto que se deve limitar a liberdade do indivíduo, pois ele não pode se tornar um incômodo para os outros.(MILL,2018,p.88)

A liberdade absoluta é alcançada quando o indivíduo se abstém de molestar os outros no que lhes concerne e age meramente de acordo com sua inclinação e seu julgamento em coisas que concernem a si próprio, as mesmas razões mostrando que sua opinião deve ser livre demonstram também que lhe deve ser permitido por suas opiniões em prática, por conta própria, sem ser molestado.

É desejável que, em coisas que não concernem primeiramente a outrem, a individualidade possa se afirmar. Onde não é o caráter da pessoa e sim as tradições ou costumes de outras pessoas que constituem a regra de conduta, falta um do principal ingrediente da felicidade humana e o ingrediente fundamental do progresso individual e social. (MILL,2018, p.88-89)

Os desejos e os impulsos fazem parte de um ser humano perfeito, tanto quanto as crenças e as coibições: impulsos fortes só são perigosos quando não são devidamente contrabalançados[...]" Os homens agem mal não porque seus desejos são fortes, e sim porque suas consciências são fracas". (MILL,2018, p.93).

No que concerne à qual seria então o legítimo limite da soberania do indivíduo em relação a si mesmo? Onde começa a

autoridade da sociedade? Qual a proporção da vida humana a ser atribuída à individualidade e qual à sociedade? Dispõe que parcela que ambas receberão será adequada se contiver aquilo que concerne mais especificadamente a cada uma delas. À individualidade deve caber a parte da vida que tem como principal interessado o indivíduo: à sociedade, a parte na qual é a principal interessada. (MILL,2018, p.115)

Segundo o pensamento liberal, todo aquele que recebe proteção da sociedade deve retribuição pelo benefício, sendo indispensável que cada qual se obrigue a observar uma linha de conduta em relação aos demais, em não lesar os interesses do outro, em arcar cada qual com a sua parte nos esforços e sacrifícios feitos para defender a sociedade e seus membros de lesões e molestamentos.(MILL,2018,p.115-116)

Portanto, vindo a conduta de uma pessoa afetar prejudicialmente os interesses de outrem, aí neste ponto, a liberdade do indivíduo deixa de ser absoluta e a sociedade passaria a ter jurisdição sobre a então liberdade do indivíduo, haveria a interferência da sociedade sobre a liberdade individual e este responderia pelos danos provocados a outrem.

Não haverá interferência na liberdade se a conduta da pessoa não afetar os interesses de ninguém além de si mesma, ou não precisa afetá-los a menos que as pessoas assim o queiram (sendo todos os envolvidos pessoas maiores de idade e com capacidade de entendimento normal). Em todos os casos, deve haver plena liberdade legal e social de praticar a ação e enfrentar as consequências. (MILL,2018, p.116)

Portanto o estado segundo MILL. só deve interferir na liberdade do indivíduo se esse vir a praticar algum tipo de dano a outrem. Caso contrário, ninguém está “autorizado a interferir na liberdade do outrem na maturidade de que ela não deve fazer com a sua vida o que escolher fazer para o seu próprio benefício. Cita-se:

Portanto, é nesse setor dos assuntos humanos que a Individualidade tem o seu campo próprio de ação. Na conduta dos seres humanos entre si, é necessário, na maioria dos casos, que se observe regras gerais, para que as pessoas saibam o que deve esperar, mas, em seus assuntos pessoais, a cada um cabe o livre exercício de sua espontaneidade individual. (MILL, 2018, p.118)

A liberdade portanto do indivíduo não é ilimitada, sendo que em caso de danos a outrem a interferência do estado neste caso é autorizada, segundo o pensamento liberal de John Stuart Mill, o qual finaliza a este respeito nos seguintes termos: “Em suma, quando há claro prejuízo ou risco de claro prejuízo, seja ao indivíduo ou ao público, o caso sai do campo da liberdade e ingressa no campo da moralidade e da lei”. (MILL, 2018, p.125)

Stuart, em “Sobre a *liberdade*”, demonstrou a importância da liberdade do cidadão, não só para o próprio cidadão, mas, também, para o Estado que, propiciando aos seus súditos uma melhor condição de vida, seria um Estado justo e próspero. Seu pensamento, em pleno século XIX, foi considerado, pela sociedade conservadora da época, profundamente radical, posto que defendia a liberdade moral e econômica do indivíduo em relação ao Estado, neste sentido o Estado não poderia intervir, a exceção seria a fim de promover, desenvolver e proteger interesses individuais, ou seja, evitar danos.

John Stuart Mill, desenvolveu um pensamento profundamente humanista e deu ao indivíduo uma importância inédita, onde até a sua época ninguém se dedicou a falar sobre a liberdade, a liberdade pessoal do indivíduo pensando-o perante as questões do estado, tratando a individualidade como um dos elementos imprescindíveis ao bem-estar de cada um.

#### **4. A identidade de gênero como expressão do direito à liberdade**

A Constituição da República Federativa do Brasil, demonstra intensamente a preocupação com a liberdade, com a condição da

liberdade, onde a liberdade que se pretende assegurar não é a mera liberdade formal ou negativa, mas a preocupação com a efetividade da liberdade, com a garantia da liberdade, com as condições materiais indispensáveis ao seu exercício. (SARMENTO, 2010, p. 199-2000)

O artigo 3, inciso I e IV, assim como o artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1998), enaltecem a liberdade, a liberdade da sociedade, a liberdade do bem de todos, independentemente do seu sexo, a liberdade de não sofrer discriminação, o direito de ser livre, é o que se pode extrair dos referidos artigos, nos termos abaixo citados:

**Art. 3º** Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

[...]

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

**Art. 5º** Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Observa-se que a nossa Constituição, não vem a tomar a liberdade como um dado natural que lhe caiba proteger apenas da limitação do arbítrio governamental, a liberdade individual não é só o limite, mas também a tarefa, cuja persecução envolve deveres estatais comissivos, além das obrigações positivas e negativas impostas aos particulares. (SARMENTO, 2010, p. 200)

Quando se trata de liberdade a Constituição Brasileira, “propõe-se reduzir esta desigualdade, a proteger o fraco do mais forte, a assegurar condições mínimas de existência para todos, já que sem isso, a liberdade não passa de retórica vazia. (SARMENTO, 2018, p. 200)

Tem-se que a identidade de gênero nada mais é do que o direito do indivíduo de ser livre, e esta escolha pela nossa

Constituição é assegurada, pois o indivíduo tem assegurado o exercício da sua liberdade independente de gênero, ele tem o direito de exercer esta liberdade sem discriminação.

O direito de exercer a sua real identidade, a liberdade existencial do indivíduo, possui como acima ressalta-se, uma proteção constitucional reforçada, sendo este direito indispensável para o exercício da vida deste indivíduo com dignidade.

É certo, que não compete ao estado avaliar se a liberdade deste indivíduo com relação a sua identificação de gênero e aqui aplica-se o pensamento liberal de John Stuart Mill, a importância a liberdade individual frente a sociedade, sendo esta liberdade que merece ser buscada, portanto, a identidade de gênero não passa de um direito do indivíduo de buscar a sua então liberdade individual, existencial, liberdade está com garantia constitucional, a liberdade do próprio indivíduo de saber realmente quem é, sem imposições quer biológicas, quer da sociedade, mas apenas e tão somente seguindo a sua escolha concedida a esse através do exercício do seu direito de ser livre.

Tem-se que:

Cada pessoa é um fim em si mesmo, e em cada homem ou mulher, pulsa toda a humanidade. Por isso, as pessoas são titulares de direito inalienáveis, que podem ser exercidos inclusive contra os interesses da sociedade. Num sistema constitucional antropocêntrico, fundado na dignidade da pessoa humana, não parece legítimo resolver os possíveis tensões sobre liberdade existencial da pessoa e os interesses da coletividade sempre em favor dos segundos. (SARMENTO,2010, p.203)

A nossa ordem constitucional confere ampla proteção à liberdade, preocupando-se com a efetiva garantia dos excluídos das condições necessárias ao seu gozo, haja vista a concepção de pessoa e da sociedade adotada pelo constituinte, as liberdades existenciais são consideradas mais relevantes para o livre desenvolvimento da personalidade humana de que as econômicas. (SARMENTO, 2010,p.207)

Quando eu levanto a questão da violência e discriminação contra indivíduos em razão de sua orientação sexual ou identidade de gênero, alguns reclamam que eu estou empurrando para “novos direitos” ou “direitos especiais”. Mas não há nada de novo ou especial sobre o direito à vida e à segurança pessoal, o direito à liberdade de discriminação. Esses e outros direitos são universais: consagrados no direito internacional, mas negados a muitos de nossos companheiros humanos, simplesmente por causa de sua orientação sexual ou identidade de gênero”( Alta Comissária das Nações Unidas para os Direitos Humanos, Navi Pillay, maio de 2012.)(ONU,2013)

Vislumbra-se que a discussão gerada ao direito do indivíduo identificar-se trata-se da discussão sobre a liberdade do indivíduo, não se está a discutir a qual gênero o indivíduo pertence ou deve pertencer, mas está a se discutir se o indivíduo tem ou não direito a exercer o seu direito de escolha.

Observa-se que a grande preocupação não está com o indivíduo em si, mas no conflito gerado pela própria sociedade na forma em que é abordado a questão da identidade de gênero, confundida muitas vezes com ideologia e com a própria orientação sexual do indivíduo. O presente estudo não pretendeu defender ou atacar os entendimentos diversos dentro de uma mesma sociedade, mas reforçar que a identidade de gênero é apenas o exercício de um direito, o direito de liberdade do indivíduo, simplesmente e unicamente um direito garantido constitucionalmente, um direito fundado em um pensamento liberal, conforme visto através da obra “*Sobre a liberdade*, onde a liberdade individual é tratada com primazia.

O pensamento liberal prega a importância da liberdade do cidadão, formação da individualidade, onde a interferência estatal neste aspecto deve ser mínima, onde as escolhas pessoais o são uma forma de concretização do bem estar do indivíduo. Bem-estar esse que é deverás ressaltado em diversas instituições ao falarem de orientação sexual, portanto, não há dúvidas da relação entre a identidade de gênero e o direito à liberdade na forma aqui disposta.

O pensamento liberal está latente em nossa constitucional, o direito a identidade de gênero é a concretização do exercício do direito à liberdade, não há dúvidas, assim como, não há dúvidas que a liberdade de escolha do indivíduo de se identificar além do seu gênero biológico, deve ser na prática aceita, a valorização do indivíduo identificar-se conforme este se “vê”, e não como a sociedade o vê, pensamento diverso, estar-se-ia ferindo o então “idolatrado” direito à liberdade.

Todas as pessoas têm direito de serem livres de discriminação, inclusive em relação à sua orientação sexual e identidade de gênero. Este direito é protegido pelo artigo 2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, assim como as disposições sobre não discriminação dos tratados internacionais de direitos humanos. Além disso, o artigo 26 da Declaração Universal estabelece que todos são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei. (ONU, 2013, p.39)

Portanto, o direito a identificação de gênero é decorrência do princípio da liberdade com fundamento no pensamento liberal, objetivo do presente estudo era a comprovação da relação entre estes dois campos, o que restou aqui demonstrado.

Da mesma feita, é possível atestar que a identidade de gênero é uma forma de exercício de liberdade do indivíduo, é efetivação do direito à liberdade constitucional, ou seja, a ideologia de gênero, portanto, possui proteção constitucional, pois trata-se de um direito indispensável a fim de que o indivíduo viva de forma livre e digna o seu verdadeiro eu e com isso o bem estar social deste seja garantido.

O pensamento liberal inovador na forma do pensamento de John Mill, traz limitações ao Estado, onde tanto a este como a sociedade não lhe é de direito impor ao indivíduo como ele deve se ver apenas pelo fato de ao nascer ser identificado com determinado gênero, se este não se sente pertencer ao mesmo não é permitido condená-lo a uma forma de prisão de identificação, apenas no intuito de prevalecer a sociedade em razão do indivíduo, pois a isso

estar-se-ia a limitar a liberdade do indivíduo, limitação esta que somente poderia ocorrer se no exercício da liberdade o indivíduo viesse a ocasionar algum dano.

O indivíduo tem o direito de exercer a sua liberdade de identificação, o fato da sua identidade não condizer com o seu gênero biológico não ampara a limitação e a imposição de restrição no exercício desta liberdade. Qual o dano provocado pelo indivíduo ao querer viver conforme o seu sentimento de existência?

Esta deveria ser a resposta a ser concedida a todo aquele privado e induzido a manter a sua identidade oculta, ao qual não lhe é dado o direito de “vestir” do seu verdadeiro “eu”.

## **5. Considerações finais:**

Vimos no presente estudo que a identificação do indivíduo segundo o gênero que se identifica, independe do seu sexo biológico ou da imposição da sociedade, é uma expressão de liberdade do indivíduo, de ser livre e de poder escolher e exercer este direito de escolha de forma livre. Ora, o “homem atribui grande valor, não somente ao afirma-se como pessoa, mas como uma certa pessoa.”(CUPIS,2018,p.179)

A identidade de gênero possui uma grande rejeição da sociedade, mas tal fato advém da própria confusão entre os termos identidade e ideologia. Da mesma feita, correlaciona-se a questão de identidade de gênero como orientação sexual, o que fora abordado neste estudo como fatores diferentes.

O indivíduo na busca de sua real identificação além dos conflitos internos enfrenta conflitos externos provocados justamente pela falta de compreensão do real significado de identidade de gênero.

O pensamento liberal de John Stuart Mill inovador a época abordou a questão da liberdade além do conceito tradicionalmente, valorizou a liberdade individual.

Aquele que permite que o mundo, ou a sua parte do mundo, escolha para si seu projeto de vida não precisa de qualquer outra faculdade a não ser a da imitação, como os símios. Aquele que escolhe seu projeto por si mesmo emprega todas as suas faculdades. [...]Mas, em termos comparativos, qual será seu valor como ser humano? É realmente importante não só o que os homens fazem, mas também que espécie de homens são eles.(MILL,2018,p.92)

Negar ao indivíduo o poder de decidir autonomamente como quer viver e de que modo deve conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial, ora pois, todos os indivíduos buscam de alguma forma realizar-se quer profissionalmente, quer pessoalmente, tem objetivos e crenças diversas, possuem prioridades, procuram conduzir as suas atitudes a sua vida conforme se ideais que podem advir do desejo pessoal de cada um, de influencias do convívio familiar, social, etc.

O indivíduo vai ter êxitos ou não conforme as escolhas que fizer. Pois bem, por estas escolhas será parabenizado ou penalizado, mas terá pelo menos a chance de ele próprio fazer as suas escolhas.

A Identificação de gênero não passa de uma escolha, uma escolha impulsionada não pela sociedade, mas pelo próprio indivíduo. O que o indivíduo quer dos membros dessa sociedade e do estado é apenas o direito de livremente escolher ser quem realmente é, poder viver em conformidade com o gênero que se identifica.

John Stuart Mill, pregava que o Estado deveria proporcionar um ambiente de segurança a que os indivíduos pudessem perseguir suas liberdades e assim atingir o seu bem-estar, a sua felicidade.

A limitação do direito de liberdade de identificar-se conforme o gênero sentido e não o nascido não tem razão de ser, pois tanto o Estado como a sociedade não pode limitar ou intervir na individualidade do indivíduo, esta é uma das máximas do pensamento liberal aplicado a nossa atualidade nos mesmo termos, pois o indivíduo deve se submeter a limitações se no exercício do seu

direito de liberdade afetar a liberdade do outro ou lhe causar dano, o que o simples fato de buscar a sua verdadeira identidade não está entre estas limitações que autorizariam a interferência nesta escolha individual.

Tem-se assim, que ao Estado compete dar proteção e condições mínimas para o exercício da liberdade da identificação de gênero, pois negar ao indivíduo a liberdade de poder decidir autonomamente como quer viver e de que modo deve conduzir sua vida privada é frustrar sua possibilidade de realização existencial, impor a este uma identidade que não lhe pertence é privá-lo de direitos, é “prendê-lo” em seu próprio eu com o intuito de apenas atender os anseios de uma parcela da sociedade.

## Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 08/03/2019.

BEZERRA, Lara Pinheiro; MAIA, Aline Passos. **Transexuais e o direito à identidade de gênero:** a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/qu aestioiuris/article/view/26854/21137>. Acesso em 07/03/2019.

COMISSÃO INTERNACIONAL DE JURISTAS E O SERVIÇO INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS. **Princípios de Yogyakarta.** INDONÉSIA, 2006. Disponível em [clam.org.br/uploads/conteúdo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://clam.org.br/uploads/conteúdo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em 09.03.2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 5002/2013.** Lei João W Nery/Lei de Identidade de Gênero. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=723AD058E48B2F66296CE9D6956942F3\\_node2?idProposicao=565315&ord=0](http://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao.jsessionid=723AD058E48B2F66296CE9D6956942F3_node2?idProposicao=565315&ord=0). Acesso em 05.03.2019.

GOCONQR. **Identidade de gênero e orientação sexual.** Disponível em: <https://www.goconqr.com/note/6900707/identidade-de-g-nero-e-orienta-o-sexual>. Acesso em 06.03.2019

CUPIS, Adriano. **Os direitos da personalidade.** 2ªed.São Paulo: Quórum, 2008.

JESUS, Jaqueline Gomes de. **Orientações sobre identidade de gênero:** Conceitos e termos. Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgênero, para formadores de opinião. 2.ed. Brasília:2012. EBOOK. Disponível em: <http://www.diversidadessexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso 05/03/2019.

LAZ, Letícia. **O corpo de roupa:** A pessoa transgênero entre a transgressão e a conformidade com as normas de gênero.2014. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/36800/R%20-%20D%20-%20LETICIA%20LANZ.pdf?sequence=1>. Acesso em 08/03/2019.

LOCKE,John. **Dois tratados sobre o governo.** Tradução Júlio Fischer. São Paulo:Martins Fontes, 1998

LOURO, Guacira Lopes. **O corpo educado pedagogias da sexualidade.** 2.ed.2000.Disponível: <https://core.ac.uk/download/pdf/30353576.pdf>. Acesso em 08/03/2019.

MAIA, Aline Passos; BEZERRA, Lara Pinheiro. **Transexuais e o direito à identidade de gênero: a interlocução entre os princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da liberdade.** Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/download/.../21137>. Acesso em 10.03.2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **ADPF 467 - ideologia de gênero - Ipatinga.Brasília-DF, 2017.** Disponível em: [WWW.mpf.mp/pgr/documentos/adpf\\_467-ideologia\\_de-genero\\_ipatinga.pdf](WWW.mpf.mp/pgr/documentos/adpf_467-ideologia_de-genero_ipatinga.pdf). Acesso em 27/02/2019

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e relações privadas.** 2.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumeni Juris, 2010.

MILL, John Stuart. **Sobre a Liberdade**. Tradução de Denise Bottmann. Porto Alegre: L&PM POCKET, vol 1217, 2018.

ONU-**Nascidos livres e iguais**-Orientação sexual e identidade de gênero no regime internacional de direitos humanos. Nações Unidas para a versão em português: Brasília-DF, 2013. Disponível em: [https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes\\_Portuguese.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Publications/BornFreeAndEqualLowRes_Portuguese.pdf). Acesso em 05/03/2019.

ONU NEWS. População mundial atingiu 7,6 bilhões de habitantes. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2017/06/1589091-populacao-mundial-atingiu-76-bilhoes-de-habitantes>. Acesso em 07/03/2019.

UNAIDS BRASIL. **OMS anuncia retirada dos transtornos de identidade de gênero de lista de saúde mental**. Disponível em: <https://unaid.org.br/2018/06/oms-anuncia-retirada-dos-transtornos-de-identidade-de-genero-de-lista-de-saude-mental/>. Acesso em 09/03/2019.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. **Princípios sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero**. Disponível em: [http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios\\_de\\_yogyakarta.pdf](http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf). Acesso em: 08.03.2019

## **O juiz Hércules em busca da resposta certa: análise acerca da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS, uma análise acerca da efetividade do direito fundamental à saúde**

*Eduardo Tourinho Gomes*<sup>1</sup>

### **1. Introdução.**

A metodologia empregada para a confecção do presente artigo teve como base a análise de documentos doutrinários e do julgado do próprio Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>. Entende-se que ambas as fontes tem fundamento para basear as proposições formuladas.

Não há dúvidas que atualmente diversas são as críticas encaminhadas para o judiciário como um todo, em especial, em razão de suas supostas falta de integridade nas decisões, ausência de análise cautelosa dos juízes aos casos e a indiscriminada aplicação direta de regra e precedentes sem qualquer análise ao caso concreto.

Todavia, através da ótica da visão da teoria de Dworkin pretende-se analisar a decisão do STJ no Recurso Especial 1.657.156 na qual os Ministros da Corte se depararam diante de um chamado caso difícil<sup>3</sup>, se ao julgar o caso os Magistrados usurparam

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito Fundamentais e Democracia pela UniBrasil, Curitiba, PR, Advogado inscrito no OAB-PR sob o número 75.755, bacharel em direito pela Universidade Positivo com especialização em Direito dos Seguros pela mesma Universidade.

<sup>2</sup> A partir do presente momento será sempre referido o Superior Tribunal de Justiça como STJ.

<sup>3</sup> A qual a verificação de caso difícil será tratada mais adiante.

competência que seria do poder legislativo e se de fato os julgadores conseguiram, no decorrer do processo decisório chegar a melhor conclusão possível ao caso.

Importante frisar já desde o início o entendimento posto por Vera Chueiri e Joana Sampaio, sobre o entendimento de Dworkin acerca do atual estado democrático em que vivemos: “A concepção de Estado Democrático de Direito para Dworkin estaria centrada nos direitos dos cidadãos. De acordo com essa concepção, para ser considerado como tal, o Estado Democrático de Direito não pode assegurar apenas os direitos prescritos nas leis” (CHUEIRI, 2012)

Ou seja, na releitura de Dworkin pelas autoras devemos levar em conta que para a existência de um Estado Democrático de direito não podemos estar adstritos à lei, mas sim, sempre efetivando o direito dos cidadãos.

Assim ao analisar tal demanda, os Ministros tiveram que decidir entre quais princípios invocados no decorrer do processo judicial que deveriam ter mais prevalência sobre os outro, assim o presente artigo pretende verificar se o processo decisório da Corte possui base na teoria de Dworkin e se analisando tal teoria os julgadores mantiveram uma integridade em busca de uma única decisão correta no presente feito.

## **2. A análise acerca da obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS: considerações à luz dos argumentos de Ronald Dworkin – caso fácil ou difícil.**

Recentemente ao julgar o Recurso Especial N° 1.657.156 – RJ<sup>45</sup> o STJ, entendeu ser dever do Sistema único de Saúde a obrigação de fornecimento de medicamentos, mesmo que não constante em seus

---

4 Julgado em 25 de Abril de 2018.

5 Ementa da decisão que pode ser verificada junto ao site do STJ, junto ao site [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num\\_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF).

atos normativos<sup>6</sup>, desde que preenchidos alguns requisitos elencados na decisão judicial<sup>7</sup>.

Importante ressaltar que ao analisar os argumentos postos, constata-se que se trata de um caso difícil<sup>8</sup> possui há claramente confronto de princípios. De um lado a necessidade ou não do Sistema Único de Saúde do Brasil em cumprir com o dever Constitucional do acesso à saúde<sup>9,10</sup> e de outro se a entrega de tais medicamentos ferem a universalidade e a isonomia do acesso a saúde<sup>11</sup>

Analisando a questão posta no que tange ao acesso à saúde em face ao princípio da isonomia temos que se trata de um caso controverso, em que o juiz não poderia simplesmente aplicar uma única regra existente ao caso, eis que ambas seriam possível, inexistindo a aplicação direta da norma ao caso (MACEDO, 2015).

Assim conforme Dworkin mesmo afirma “os casos em que nenhuma regra explícita no livro de regras decide com firmeza a

---

6 A Relação nacional de medicamentos essenciais pode ser consultada no site [http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsm.s.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf)

7 (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento, também disponível no site do STJ [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num\\_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF), sendo que tais requisitos serão analisados nos capítulos posteriores.

8 Conforme será explicado o entendimento de Dworkin nos próximos parágrafos.

9 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição – podendo ser consultado em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

10 Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação – disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

11 Previsto especialmente no artigo Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes – disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)

favor de qualquer uma das partes”(DWORKIN, 2000), o juiz deverá debruçar-se no caso para decidir o hard case.

Ademais, como se tratam de dois princípios constitucionais também não seria possível a resolução através dos institutos positivistas, os quais são extremamente criticados pela Teoria Dworkiana, eis que nada mais é do que a aplicação da regra ao caso, conforme criticado acima.

Dessa forma, primeiramente devemos analisar se o julgamento do Recurso Especial ora colacionado trata-se de um caso fácil ou de um caso difícil na teoria do autor. Tal distinção é importante, mesmo sendo indiscutível ao autor que os esforços empregados pelo juiz, em especial ao Hercules, devem ser os mesmos, tanto em casos fáceis como em casos difíceis, necessitando justificar.

Para Dworkin os casos fáceis seriam aqueles que possuem uma regra aplicável que determina o resultado do julgamento (DWORKIN, 1977), diferentemente dos casos difíceis em que não existe apenas uma única regra para solução do caso.(DWORKIN, 1977).

Conforme exposto por William Pugliese ao falar do entendimento de Dworkin acerca dos casos fáceis e difíceis menciona que “na verdade, o que o autor procura demonstrar quando estabelece esses dois tipos de casos é que, nos casos difíceis, a atividade judicial vai além da simples aplicação de regras.”.(PUGLIESE, 2016)

Nesse sentido, como o julgado é claro ao trazer de um lado os princípios da universalidade e da isonomia no acesso à saúde, princípio da seletividade na prestação dos serviços da seguridade social<sup>12</sup> e face do princípio fundamental à saúde, derivado da dignidade da pessoa humana, sem dúvidas entende-se que o STJ estava diante de um caso difícil, eis que deve dar uma resposta ao

---

<sup>12</sup> Derivado da discussão acerca da limitação de recursos públicos, exposto na pagina 4 do acórdão do RESP1.657.156.

caso, entendendo que prevaleça ou um direito individual ou um direito coletivo.

Portanto os argumentos trazidos aos Ministros do STJ levam à resolução de um caso difícil, já que não estavam diante de um caso fácil.

### **3. Direito como integridade**

Dentro da análise de casos difíceis, e a fim de analisar a decisão judicial apresentada perante a teoria de Dworkin deve-se tecer comentários acerca do modo de que Dworkin vê o próprio direito, como sendo: “direito como integridade”. Para que possa avançar no estudo do julgamento.

Tal necessidade é de extrema importância, eis que como já dito o Estado Democrático de direito está ligado ao termo direito como integridade, exigindo que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do direito posto (DWORKIN, 1986)

Nesse sentido Katya Kozicki se refere à integridade em Dworkin como “Ele é a chave para construir a melhor interpretação possível da prática jurídica, e permite também entender como os tribunais decidem os hard cases” (KOZICKI, 2000)

Nesse sentido a autora também vai afirmar que de acordo com Dworkin, somente “o direito como integridade fornece uma melhor resposta à prática jurídica do que aquelas fornecidas pelo convencionalismo e pelo pragmatismo.” (KOZICKI, 2000)

Cabe frisar também que dentro da ideia de direito como integridade Dworkin entende que o direito deve ser visto como um “romance em cadeia”<sup>13</sup> tem uma continuidade com a história contada. A decisão tem que manter uma completa, com precedentes e o próprio direito.

---

<sup>13</sup> Termo trazido por Dworkin em diversos dos seus textos.

Em outras palavras, Dworkin preconiza que o julgador se valha de uma interpretação criativa, de modo a concretizar a virtuosidade da integridade política. Para tanto, o autor se vale da metáfora do “Romance em Cadeia”

Cabe frisar que dentro do entendimento do autor do romance em cadeia, para manter a integridade diversas vezes o juiz deve combater sua própria vontade pessoal. O julgados não pode seguir apenas a lei e nem tudo interpretar, para o autor não há liberdade criativa total. (DWORKIN, 1999).

Matheus Henrique ainda afirma que sobre o princípio da integridade, Dworkin o reparte em dois: i) integridade na legislação e ii) integridade no julgamento. “Logo, tanto os legisladores, quanto os juízes se encontram imersos na exigência de se manterem coerentes quanto aos princípios que compõem a integridade” (ESCOSSIA, 2014).

Dessa forma, inexistem dúvidas que nessa teoria, o julgador, ao decidir um caso, tem sua atuação condicionada à coerência típica do “Direito como integridade”, devendo se manter atento aos princípios e convenções partilhadas na comunidade.

Caminhando também nesse entendimento Clève e Lorenzetto entendem que:

A teoria de Dworkin se concentra na atividade interpretativa ao mesmo tempo em que procura articular critérios de avaliação, ao estabelecer parâmetros de ajuste (fit) e justificação (justification) dos princípios em relação ao sistema jurídico e suas práticas. Possui como guia a integridade, a busca pela melhor interpretação disponível no ordenamento jurídico, procurando “[...] mostrar o que é interpretado em sua melhor luz possível (DWORKIN, 2013).

Não diferente Dworkin ainda faz considerações do direito como integridade dentro do cenário político “uma comunidade de princípios, a qual toma a integridade como central para a política, oferece uma melhor defesa da legitimidade política do que outros modelos (DWORKIN,1998)”. Ou seja, para o autor os argumentos

políticos para eventuais decisões, também devem passar pelo filtro do direito como integridade.

No que tange a integridade como um ideal político Dworkin também deixa claro a ideia de uma busca constante à justiça:

Nós aceitamos integridade como um ideal político distintivo, e nós aceitamos o princípio da integridade na adjudicação (aplicação) como sendo soberano sobre a lei, porque nós queremos tratar a nós mesmos como uma comunidade de princípios, como uma comunidade governada por uma única e coerente visão de justiça e equidade e o devido processo legal em uma correta relação (DWORKIN, 1998)

Nesse sentido para Dworkin o direito como integridade deve permear todos o ordenamento jurídico, político e da própria sociedade em que está envolvido.

#### **4. A busca da resposta certa.**

Após ter entendido que existem casos difícil, e que deve-se levar em conta o direito como integridade, Dworkin, afirma que o julgador deverá buscar sempre a única resposta certa para o caso. Nessa seara Lênio Streck entende que para Dworkin “todo cidadão – que vive sob o manto do Estado Democrático de Direito – tem um direito fundamental a obter dos tribunais uma resposta constitucionalmente adequada”. (STRECK, 2011)

Não diferente Ronaldo Porto Macedo Junior vai afirmar que a tese da resposta certa para Dworkin “está na base de uma concepção interpretativa da verdade e da objetividade, segundo a qual afirmar a objetividade de uma proposição significa reconhecer que ela está justificada pelos melhores argumentos disponíveis.” (MACEDO, 2013). Nesse sentido se apresentado os melhores argumentos disponíveis, a resposta certa também virá a tona.

Caminhando no mesmo entendimento Stephen Guest, vai entender que por mais difícil que seja o caso o juiz é sempre

obrigado a responder. Contudo o autor ainda vai além, para ele conforme Dworkin afirma o juiz deve sempre responder de forma certa: “Um juiz, mesmo num caso difícil, é obrigado a responder a questão(...) O “argumento jurídico, como o argumento moral, é sobre uma decisão, e sempre demanda a melhor decisão, sendo ela aquela que aplica a proposição verdadeira” (GUEST, 2010)

Guest ainda afirma que “não dar conta das demandas da decisão e do dever de construir. Ele representa um tipo de “fuga” por parte do juiz” (GUEST, 2010)

Por tais razões, considerando a teoria Dworkiana para analisar o recurso Especial, deve-se ter em mente que os Magistrado buscaram a resposta certo, mesmo estando diante de um caso difícil, deveriam tal uma resposta para a sociedade e essa resposta deve responder os anseios da mesma.

## **5. Os ministros foram ou não “Juízes Hercules” ao julgar o recurso especial nº 1.657.156 – RJ.**

Nesse ponto pretende-se analisar se os Ministros do STJ, analisaram o Recurso Especial 1.657.156 conforme entende Dworkin que o julgamento deveria ocorrer.

Não há dúvidas de que Dworkin é um dos principais críticos dos positivistas, sendo certo que nesse contexto o autor cunha o ideal de um super. juiz traçado como Hercules. Dworkin afirma que cabe à tal Magistrado a árdua tarefa de interpretar a lei, não podendo julgar o caso sem qualquer fundamento, Dworkin ainda traz considerações da forma com que Hercules deveria tomar decisões, deixando claro que a escolha de interpretação não é tão livre, é preciso garantir alguma segurança jurídica. (DWORKIN, 1999)

Para o autor, a utopia do Juiz Hercules, é clara ao afirmar que tal julgado deve buscar sempre manter o ordenamento integro (leis e precedentes, princípios, políticas públicas) – equidade (o que a sociedade espera) – histórico legislativo – devido processo legal –

concluindo que se o processo da tomada da decisão for correto, chegará a decisão correta. (DWORKIN, 1999)

Ao falar de Hércules o próprio Dworkin ainda afirma que é através dele que poderá chegar-se a um julgamento íntegro. “Devo tentar expor essa complexa estrutura da interpretação jurídica, e para tanto utilizarei um juiz imaginário, de capacidade e paciência sobre-humanas, que aceita o direito como integridade”. (DWORKIN, 1999)

Dworkin também menciona que a decisão até pode ser política mas não pode ser exclusivamente política, sendo que o Hércules é o modelo a ser seguido, principalmente no que tange ao cumprimento do papel contra majoritário para cumprir direito fundamentais. (DWORKIN, 1999)

Aqui importante ressaltar que segundo Dworkin, o juiz Hércules poderá tomar decisões contra a maioria para cumprir com direitos fundamentais, o que ocorreu na decisão do STJ que garantiu direitos individuais (para ampliar acesso a medicamentos do SUS) em face de direitos coletivos, como por exemplo da isonomia.

Importante ressaltar também que Dworkin entende que Hércules deverá recorrer as suas convicções morais políticas para tomar tal decisão, e sua escolha será convicta de que é a correta para aperfeiçoar o direito. (DWORKIN, 1999)

Assim, para Dworkin o juiz Hércules será capaz de proferir a melhor decisão que se ajuste institucionalmente, ao repertório histórico jurídico existente naquela comunidade, e ainda, que reflita os valores morais políticos da mesma. (DWORKIN, 1999)

Fazendo tais ponderações sobre Hércules para Dworkin, Katya entende que o julgador deve-se atentar a três momentos antes do seus julgamento:

- i) ao passado, "no sentido de descobrir dentro das normas jurídicas, dos precedentes e dentro da própria história institucional da comunidade a norma aplicável ao caso concreto; ii) ao presente, "pois o chamado da justiça exige sempre uma resposta imediata; e iii) ao futuro, pois vão inscrever essas mesmas decisões na prática

da comunidade, a qual vai servir de referência futura. (KOZICKI, 2012)

Tal contribuição de Katya é importante eis que complementa a visão de Dworkin do juiz Hercules e do direito como integridade, trazendo ainda mais responsabilidade ao julgador

Tendo em vista os pontos fixados acima, devemos passar a analisar a decisão do STJ no RESP N<sup>o</sup> 1.657.156 – RJ que decidiu pela possibilidade do fornecimento de medicamentos não constantes no rol do SUS.

A decisão do STJ, entendeu possível que o sistema brasileiro de saúde arque com medicações não previstas em seu rol.

Todavia, os julgadores concordaram que estavam diante de um caso difícil e que sua decisão entraria em confronto com outros princípios sendo que para tanto criaram algumas regras.

Nesse Sentido os Ministros deveriam revestir-se da “Toga de Hercules” para julgar o presente caso.

Todavia, de fato o julgamentos trata-se de um trabalho Herculaniano, em especial para respeitar o direito como integridade em um país como o nosso em que nada mais parece integro. Nesse seara, Joana Sampaio ainda afirma que “se um juiz aceita a justiça como integridade, deve verificar qual decisão a prejudica menos. Isto não quer dizer que os juízes devam se vincular aos precedentes, mas devem decidir de maneira que todos sejam julgados pelos mesmos parâmetros de justiça (SAMPAIO, 2012). Dessa forma, os Ministros do STJ deveriam analisar o caso do julgamento e analisar qual dos princípios postos em tela seria menos prejudicial. Parece que acertadamente os julgadores escolheram em proteger o direito individual ao acesso à saúde.

Não diferente Dworkin também afirma:

O direito como integridade pede que os juízes admitam, na medida do possível, que o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre a justiça, a equidade e o devido processo legal adjetivo, e pede-lhes que os apliquem nos novos casos que se lhes

apresentem, de tal modo que a situação de cada pessoa seja justa e equitativa segundo as mesmas normas. Esse estilo de deliberação judicial respeita a ambição que a integridade assume, a ambição de ser uma comunidade de princípios.(DWORKIN, 2007)

Katya ao trabalhar com a teoria de Dworkin também encaminha posicionamento na mesma linha que o STJ seguiu no presente caso, qual seja da garantia do direito individual: “A maneira como a tomada de decisão no direito deve se processar surge em Dworkin dentro da sua perspectiva liberal, através da valorização dos já estabelecidos direitos individuais, protegendo os mesmos de quaisquer agressões, inclusive quanto à ameaça que pode ser significada pelo abuso do poder público. (KOZICKI, 2000)

No caso ora analisado frisa-se que a decisão do STJ foi justamente nesse sentido, dá proteção ao direito individual, do trunfo dos minoritárias contra a maioria, da garantia ao acesso à justiça em face do direito do estado.

Assim, entende-se que os Ministros do STJ entenderam a teoria de Dworkin e ao analisar o caso difícil, sob a ótica do direito como integridade, concederam a tutela dos direitos individuais, conforme o Dworkin afirma:

Os juízes que aceitam o ideal interpretativo da integridade decidem casos difíceis tentando encontrar, em algum conjunto coerente de princípios sobre os direitos e deveres das pessoas, a melhor interpretação da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.(DWORKIN, 2003)

Para Clève e Lorenzetto, a decisão do STJ vai de encontro com desafio da teoria de Dworkin “se encontra na complexa articulação da coerência entre os diversos campos tutelados pelo Direito, e, em adendo, a realização de uma conciliação entre normas e precedentes antigos com novas configurações legais e sociais.” (CLÈVE E LORENZETTO, 2016)

Não há dúvida de que o STJ deve evoluir, inclusive em seus precedentes, que também é o entendimento de Dworkin, e nesse

sentido a Corte também ouviu os anseios da comunidade e tutelou as garantias individuais para garantir o direito constitucional à saúde.

Importante ressaltar que existe um precedente antigo do Supremo Tribunal Federal, referente a suspensão de tutela antecipada n. 91. Naquele momento histórico<sup>14</sup>, houve decisão no sentido de preservar direitos universais e não situações individualizadas<sup>15</sup>.

Ao analisar aquela decisão Vera Karam de Chueiri e Joanna Maria de Araújo Sampaio afirma com base na teoria de Dworkin que “a decisão da ministra está baseada em um argumento de política (policy), pois prefere uma promessa de bem comum à garantia do direito individual.”.(CHUERI E SAMPAIO, 2015).

Todavia se transplantamos tal entendimento para a decisão tomada pelo STJ, teremos que com base na teoria de Dworkin tal decisão estaria garantindo sim, um direito individual.

Ou seja, a decisão do STF, antiga, com a atual do STJ, parecem conflitante. Assim como o juiz Hercules poderia solucionar.

A resposta<sup>16</sup>, ao analisarmos a decisão do STJ leva em conta se os juízes utilizaram a integridade Moral conforme Dworkin ensina. Assim como mencionado por Katya Kozicki: “Quando os juízes decidem casos, eles devem demonstrar uma espécie de integridade moral, devendo tratar as partes com justiça. Isto significaria buscar os verdadeiros direitos das partes.”.(KOZICKI, 2000)

Frisa-se que conforme Vera Chueiri a decisão deverá ser a que melhor se adapte ao sistema jurídico. Isto se torna claro quando o

---

14 Liminar STF, STA 91/AL, rel. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.)

15 Entendo que a norma do art. 196 da Constituição da República, que assegura o direito à saúde, refere-se, em princípio, à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo, assegurando-lhe acesso universal e igualitário, e não a situações individualizadas. A responsabilidade do Estado em fornecer os recursos necessários à reabilitação da saúde de seus cidadãos não pode vir a inviabilizar o sistema público de saúde. Min. Ellen Gracie, j. em 26.02.2007, DJ em 05.03.2007.

<sup>16</sup> Que também será abordada no próximo capítulo, está relacionada a mudança dos paradigmas e a evolução dos precedentes.

juiz decide com base em um precedente, pois, nesses casos, o juiz está apenas dando continuidade ao romance (CHUERI, 1993).

Assim, voltando ao romance em cadeia de Dworkin o mesmo afirma:

[...] cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante [...] espera-se que os romancistas levem mais a sério suas responsabilidades de continuidade; devem criar em conjunto, até onde for possível, um só romance unificado que seja da melhor qualidade possível. (DWORKIN, 1999)

É dessa forma que Rebeca, interpretando a teoria de Dworkin menciona como evolui e funciona o direito:

Os juízes como os romancistas devem se esforçar para que suas decisões, seus capítulos, se integrem aos anteriores dando uniformidade à obra geral, como se esta tivesse sido elaborada por um único autor. As interpretações dos novos capítulos devem, portanto, buscar a adequação com as anteriores, naquilo que for possível, no sentido de conferir continuidade ao direito, ou melhor, consistência. Mas esta adequação, todavia, não impede que se busque novos sentidos na norma, pois o sentido ali está, cabendo apenas ao intérprete desvendá-lo. (DIAS, 2008)

Portanto, o romance em cadeia, deve respeitar a história contada no momento, sendo possível inclusive a superação de precedentes, assim, deve-se analisar se ao julgar o caso, os Ministros cumpriram todos os requisitos do Juiz Hercules para Dworkin.

## **6. Os cinco trabalhos de Hércules**

Para Dworkin ao analisar um caso o juiz Hercules deve passar por um caminho a fim de buscar a resposta correta, tal caminho para o autor é dividido em cinco passos.

Para o autor o primeiro passo é encontrar uma teoria coerente sobre os direitos em conflito, entendendo ser necessário o estudo da Constituição e as interpretações judiciais já formuladas e a filosofia política por detrás dos direitos resguardados na Carta. (DWORKIN, 1993).

Ao analisar o RESP verifica-se que no Acórdão ficou claro que os Ministros conseguiram distinguir de fato os direitos conflitantes e as interpretações já existentes.

Posteriormente entende o autor que, deve-se analisar o histórico de decisões anteriores e os argumentos políticos e principiológicos da lei, cujo fim será desvelado pela teoria política empregada por Hércules. (DWORKIN, 1993). Nesse ponto, também verifica-se que tal caminho foi traçado pelos Ministros, em especial pela jurisprudência colacionada e o levantamento de princípios constitucionais que se debatiam.

Com a existência desse debate de princípios, chega-se no terceiro passo, onde Hercules para o autor deverá analisar o direito como integridade “o direito é estruturado por um conjunto coerente de princípios sobre justiça e equidade e o devido processo legal adjetivo, e que esses princípios devem ser aplicados de forma a garantir a aplicação justa e equitativa do direito” (DMITRUK, 2000).

Encaminhando-se para o final do trabalho Herculano o STJ eliminou a decisão incompatível com o ideal social, entendendo que o acesso a saúde deveria ser protegido no resente caso, sendo que conforme Dworkin, Hercules dever á “justificar coerentemente a tomada não só da sua decisão naquele caso, mas de todas decisões já tomadas naquela comunidade” (DWORKIN, 1993)

Por fim, o STJ coloca, segundo Dworkin a interpretação escolhida para a comunidade, sendo certo que a decisão encontra-se encadeiada nos princípios fundantes da decisão, assim para o autor a atitude a ser tomada pelo magistrado é “ampliar sua teoria de maneira a incluir a ideia de que a justificação da história institucional pode apresentar uma parte dela como equívoco” (DWORKIN, 1993).

Portanto, analisando os pontos do processo decisório em Dworkin, entende-se que a decisão do STJ realizou de forma efetiva o raciocínio de Hercules no Recurso Especial analisado.

## 7. Hércules cria direito

Por fim, importante frisar que além das questões envolvendo o direito à saúde e a isonomia, tal questão envolve também a polêmica constitucional acerca dos limites do judiciário envolvendo-se em questões legislativas e executivas.

Poderia o judiciário atuar em fato que o legislativo ou executivo derivam criar normas ou regulamentos para ampliar ou restringir a lista do SUS.

Com a análise de Clève e Lorenzetto, o judiciário poderia sim avançar nesse ponto:

A perspectiva “não interpretativista”, de outra sorte, sublinha que cabe aos juízes a identificação e a aplicação de valores substantivos para preservar a Constituição. Nesse contexto, não apenas a democracia deve ser apreciada como valor que merece tutela por parte do Judiciário. Justiça, igualdade, liberdade, também devem ser levados em consideração no momento da atividade hermenêutica realizada pelos juízes. (CLEVE E LORENZETTO, 2016)

Não diferente na mesma seara Canotilho também defende que o judiciário deve fazer uma mediação entre os poderes e concretizar princípios: “O direito não é apenas o ‘conteúdo’ de regras jurídicas concretas, é também formado constitutivamente por princípios jurídicos abertos como justiça, imparcialidade, igualdade, liberdade.” (CANOTILHO, 2003)

O próprio Dworkin afirmou a possibilidade do judiciário, em casos pontuais, confrontar as decisões do legislativo para que de fato cumpra-se princípios:

As teorias não interpretativas, segundo se afirma, supõem, ao contrário, ser válido que o tribunal, pelo menos algumas vezes, confronte decisões legislativas com modelos retirados de alguma outra fonte que não o texto, como a moralidade popular, teorias da justiça bem fundadas ou alguma concepção de democracia genuína. (DWORKIN, 1993)

Por fim, Marcio Alexandre também afirma que a decisão judicial pode contribuir para auxiliar as decisões políticas, entendendo ainda que cabe aos juízes a tomada de decisões com base principal nos princípios e não na política: “Os juízes devem tomar decisões de acordo com os princípios e não com a política: devem apresentar argumentos que digam por que as partes realmente teriam direitos e deveres legais aplicáveis na época em que essas partes praticaram determinado fato.” (LIMA, 2016)

Sendo assim, é certo que a doutrina de Dworkin coaduna com a decisão tomada no RESP ora analisado, ao inclusive tomar decisão contrária ao interesse político para a garantir a tutela do direito fundamental a saúde.

## **8. Conclusão**

O Acórdão do Recurso Especial, sem sombra de dúvidas diz respeito a uma decisão judicial que protege o direito das minorias. Ao garantir o acesso à saúde dentro dos requisitos delimitados no Acórdão, a Corte garante direitos para os necessitados em face da maioria, em face ao Estado.

Numa perspectiva Dworkiana, essas decisões (aplicação do direito) deve se processar através da valorização dos direitos individuais consignados e, ademais, na ideia de que todos merecem igual respeito e consideração, protegendo-os de quaisquer ameaças ou agressões, inclusive àquelas oriundas do abuso do Poder Público. (KOZICKI, 2012)

Destarte, o Poder Judiciário, agindo moral e politicamente, aplica o direito para a efetivação dos direitos fundamentais, como o direito à saúde. (CHUERI, 2012)

Não há dúvida que analisando o direito como integridade e o juiz Hercules, os Magistrados entenderam que o acesso à saúde é um trunfo contra a maioria, é um trunfo que dentro do direito a integridade deve ser aplicado em desfavor com o argumento da isonomia do acesso à saúde e da prejudicialidade do sistema.

Assim não há dúvidas nesse caso o STJ ao distinguir a dimensão e importância dos princípios do direito entendeu que o direito à saúde deve prevalecer no presente contexto. Não há dúvidas que com tal decisão, houve a criação de um novo direito.

Dworkin acredita que o ato de interpretar é o que constrói o direito, e este ato, sempre em busca dos princípios escolhidos pela comunidade, deve procurar no sentido implícito ou explícito da norma, a melhor resposta ao caso concreto, também sempre atendendo à justiça, à equidade e ao devido processo legal.<sup>17</sup>

Importante frisar também que é entendimento de Vera Chueri e Joanna Sampaio que o estado Democrático deve garantir os direitos individuais:

Por essa compreensão, o Estado Democrático de Direito deve assegurar igualmente os direitos morais que os cidadãos possuem entre si e os direitos políticos que eles possuem perante o Estado. A lei deve proteger e aplicar tais direitos, mas se não o fizer, isso não impedirá deles serem impostos pelo Poder Judiciário em relação aos cidadãos individual ou coletivamente. Essa imposição de direitos pelo judiciário não seria arbitrária, ilegítima ou anti democrática. Ao contrário ela pertence à ideia de um Estado Democrático de Direito, sobretudo quando garante direitos que de outra maneira não seriam garantidos por exemplo, a indivíduos ou grupos socialmente vulneráveis. (CHUERI E SAMPAIO, 2015)

---

17 <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/92/91> pagina 28  
EUTANÁSIA: DO INDECIDÍVEL EM DERRIDÁ A INTEGRIDADE EM DWORKIN, Rebeca Fernandes Dias.

Importante ressaltar também que a decisão do STJ está em total acordo com o que ocorre em outros lugares do mundo Norman Daniels, garantindo o acesso a saúde mais também afirmando que nem todo o acesso pode-se garantir:

O sistema Medicare dos EUA oferece cobertura quase universal aos idosos americanos, mas até 2006, Quando a Medicare Modernization Act de 2003 entrou em vigor, excluiu os medicamentos do seu pacote de benefícios (Medicare 2003). Todos os sistemas de cobertura universal excluem certas categorias de serviço, como a cirurgia estética (em oposição à cirurgia plástica reconstrutiva). Em geral, então, onde os sistemas fornecem acesso universal, é o acesso de todos a um conjunto específico de benefícios que varia de país para país, não para todo serviço que as pessoas possam precisar ou desejar.(DANIELS, 2017)

Daniels também afirma que os países desenvolvidos já adotam como políticas internas dos seus países a garantia do acesso a saúde de forma mais abrangente ao seu povo: Quase todos os países desenvolvidos fornecem a todos os seus residentes acesso a um amplo conjunto de intervenções de saúde pública e individuais (...) por meio de sistemas de saúde de cobertura universal. (DANIELS, 2017)

A própria OMS também defende a cobertura universal em países de baixa e média renda, bem como em países mais ricos. (OMS, 2105)

Por tais razões, levando em conta que para Dworkin a melhor decisão será aquela que se ajuste institucionalmente, ao repertório histórico jurídico existente naquela comunidade, e ainda, que reflita os valores morais políticos da mesma, temos que a decisão do STJ a luz da teoria de Dworkin chega à conclusão de que o amplo acesso a saúde, garantido pela Constituição Federal, possui enorme relevância nos dias atuais, devendo ser respeitado e cumprido em desfavor do princípio da isonomia.

## 9. Referências

ARAUJO, Eduardo Borges, **A jurisdição Constitucional entre a Corte e o Parlamento: do suposto monólogo ao inevitável diálogo**. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/31285/EDUARDO%20BORGES%20ARAUJO.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acessado em 04.08.2018.

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).

\_\_\_\_\_.; STJ - Superior Tribunal de Justiça. **RECURSO ESPECIAL Nº 1.657.156 - RJ (2017/0025629-7)**. Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num\\_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=82869018&num_registro=201700256297&data=20180504&tipo=5&formato=PDF), Acessado em 01.08.2018.

\_\_\_\_\_.; **RENAME - Relação Nacional de Medicamentos Essenciais**. 2017. Disponível em [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao\\_nacional\\_medicamentos\\_rename\\_2017.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_nacional_medicamentos_rename_2017.pdf) . Acessado em 08.08.2018.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de. **Filosofia do Direito e Modernidade: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos**. Curitiba: J.M., 1995.

\_\_\_\_\_.; SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo, **Como levar o Supremo Tribunal Federal a Sério: Sobre a Suspensão da Tutela Antecipada N. 91**. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/24372/23152> . Acessado em 22.07.2018.

\_\_\_\_\_.; **Coerência, integridade e decisões judiciais**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, v. 16, n. 23, p. 381 e 382, 2012. Disponível em: <http://periodicos.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/view/572/656> . Acessado em 02.08.2018.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses, **Interpretação Constitucional: entre dinâmica e integridade**. Disponível em <http://www.scielo.br/pdf/seq/n72/0101-9562-seq-72-00067.pdf> . Acessado em 06.08.2018.

\_\_\_\_\_ ; **Teorias interpretativas, Capacidades Institucionais e Crítica**. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/691/458> . Acessado em 01.08.2018.

DANIELS, Norman, **Justiça e Acesso a Cuidados de Saúde**. A Enciclopédia Stanford de Filosofia (Edição de Inverno de 2017), Edward N. Zalta (ed.). Disponível em: <https://plato.stanford.edu/archives/win2017/entradas/justiça-acesso-saúde/> . Acessado em 06.08.2018.

DIAS, Fernandes Rebeca, **Eutanásia: Do indecível em Derridá a Integridade em Dworkin**, Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/92/91> . Acessado em 07.08.2018.

DMITRUK, Erika Juliana. **O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin**. Revista Jurídica da UniFil, ano IV, n. 4, p. 144-155, 2007. Disponível em [http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica\\_04-11.pdf](http://web.unifil.br/docs/juridica/04/Revista%20Juridica_04-11.pdf) . Acessado em 04.08.2018.

\_\_\_\_\_ ; **O Princípio da Integridade como Modelo de Interpretação Construtiva do Direito em Ronald Dworkin**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **Is Law a system of rules?** In: DWORKIN, Ronald (Ed.). *The Philosophy of Law*. Oxford: Oxford University Press, 1977.

\_\_\_\_\_ ; **Taking Rights Seriously**. Cambridge: Harvard University Press, 1977.

\_\_\_\_\_ ; **Law's Empire**. Cambridge: The Belknap, 1986.

\_\_\_\_\_ ; **Law's empire**. Oxford: Hart Publ. 1998.

\_\_\_\_\_ ; **O Império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

\_\_\_\_\_ ; **Império do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_ ; **O Império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_ ; **Levando os direitos à sério**, Trad. de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_ ; **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fonte, 2005.

\_\_\_\_\_ ; **Uma questão de princípio**. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ESCOSSIA, Matheus Henrique dos Santos. **A “Sereníssima República” e o Estado de exceção: Quando o STF sucumbe**. Disponível em: <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/514/385>. Acessado em 04.08.2018.

GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução: Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro, 2010.

KOZICKI, Katya, **Conflito e Estabilização: Comprometendo radicalmente a aplicação do Direito com a democracia nas sociedades contemporâneas**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/78784/176270.pdf?sequence=1> . Acessado em 05.08.2018.

\_\_\_\_\_ ; **Levando a justiça a sério: interpretação do direito e responsabilidade judicial**. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

LIMA, Marcio Alexandre Ribeiro de. **O Direito como integridade em Dworkin**, Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/cpoo9o62.pdf> . Acessado em 04.08.2018.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. **Do Xadrez à Cortesia: Dworkin e a teoria do direito contemporânea**. São Paulo: Saraiva, 2013.

\_\_\_\_\_ ; **A Crítica de Dworkin ao Convencionalismo e sua Relevância: Um Esquema de Crítica Conceitual**. Disponível em <https://revistades.jur.puc-rio.br/index.php/revistades/article/view/602/394>. Acessado em 03.08.2018.

OMS - Organização Mundial da Saúde. **Financiamento de Sistemas de Saúde: O Caminho para a Cobertura Universal**, Genebra: Organização Mundial da Saúde.

PUGLIESE, William Soares. **A Ratio da Jurisprudência: Coerência, Integridade, Estabilidade e Uniformidade**. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/43756/R%20-%20T%20-%20WILLIAM%20SOARES%20PUGLIESE.pdf?sequence=1&isAllowed=y> . Acessado em 28.07.2018.

SAMPAIO, Joanna Maria de Araújo. **Coerência e Integridade na aplicação do Direito: Alternativas para uma jurisdição que leva os direitos a sério**. Disponível em <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/34931> . Acessado em 01.08.2018

STRECK, Lênio Luiz, **As recepções teorias inadequadas em Terrae Brasílies**. Disponível em <http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/53/52> . Acessado em 08.08.2018.

# A teoria da argumentação jurídica a serviço da inclusão social dos catadores de materiais recicláveis

*Edilaine Vieira da Silva*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

Os catadores de materiais recicláveis são numerosos e exercem atividade relevante para a subsistência do país e do planeta.

Paulatinamente, conseguiram reduzir a associação que a sociedade fazia do catador com a marginalidade, seja por meio de regulamentações, seja por meio da mudança de visão da sociedade e de si mesmos sobre a função que desempenham. Porém, muitas outras questões surgiram e surgem, frente as diversas leis e regulações que surgem por todo o país. Pela perspectiva da Teoria da Argumentação Jurídica e demais argumentos importantes a respeito das decisões judiciais, analisar-se-á caso concreto em que a argumentação, justificação e interpretação tiveram papel significativo com relação ao caso envolvendo catadores e uma decisão de governo em âmbito municipal.

---

<sup>1</sup>Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 36.919. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003), e especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. (Unibrasil) Possui experiência nas áreas de gestão pública do meio ambiente, trabalhando como Secretária do Meio Ambiente junto a Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais (2009-2012) e como Diretora de Avaliação de Impacto Ambiental e Licenciamentos Especiais - DIALE no Instituto Ambiental do Paraná (2015-)2018). Além disso, é presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-SJP. Atua nas áreas de interesse: Direito, Direito ambiental e Gestão pública. E-mail: [edilaine.vieira.adv@hotmail.com](mailto:edilaine.vieira.adv@hotmail.com).

Através de análise jurisprudencial e doutrinária, buscar-se-á demonstrar que muitas decisões judiciais ainda são fundadas no positivismo jurídico, aplicando-se a norma pela norma, deixando de enfrentar a árdua tarefa de conciliar direito e moral com o propósito de atingir a justiça social.

## **2. A teoria da argumentação jurídica a serviço da inclusão social dos catadores de materiais recicláveis**

O site do Ministério do Meio Ambiente traz a seguinte informação:

No Brasil, a estimativa é de que existam 600 mil catadores de materiais recicláveis, que, além de garantir o sustento de suas famílias com a separação dos resíduos, prestam um importante serviço ambiental para toda a sociedade, na medida em que são os maiores responsáveis pela reciclagem no País. Atualmente, grande parte desses trabalhadores estão nos lixões e aterros espalhados pelo Brasil. Com o advento da Lei 12.305/2010 (PNRS), ficou proibido o exercício dessas atividades nos lixões. É preciso então integrá-los na cadeia da reciclagem e, dessa forma, promover a cidadania desses trabalhadores com inclusão social e geração de emprego e renda. (BRASIL, MMA, [sd]a, [sp])

A inclusão social, portanto, se dará a partir da integração do catador na cadeia da reciclagem.

Tem-se dois pontos importantes a serem observados nessa afirmação: o que é, efetivamente, inclusão social do catador, ou, mais que isso, o que é inclusão social *para* o catador; e de que forma se pretende essa integração do catador na cadeia da reciclagem.

De acordo com o Ministério do Meio Ambiente, existe mais de meio milhão de pessoas catando lixo reciclável para sobreviver (BRASIL, MMA, [sd]a, [sp]). Estamos falando em número superior à população de Florianópolis (BRASIL, IBGE, 2017, [sp]).

É inegável, portanto, que se trata de um importante grupo social, que durante muito tempo foi, e ainda hoje é, estigmatizado.

Em meados de 1999, aconteceu o primeiro Encontro Nacional de Catadores de Papel, quando se deu debateu a necessidade de um ente que trabalhasse a pauta dos catadores. Em 2001, no 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis em Brasília, evento que reuniu mais de 1.700 catadores, nasceu o Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis (MNCR) com o objetivo de “construir, junto aos seus militantes e à sociedade em geral, uma imagem positiva baseada em novos valores amplamente aceitos, como sustentabilidade, inclusão social, solidariedade e democracia” (SILVA, 2017, p. 9)

Ainda no 1º Congresso Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis em Brasília foi lançada a Carta de Brasília, documento que expressa às necessidades do povo que sobrevive da coleta de materiais recicláveis.

Nesse documento, destacam-se, para o presente estudo, dois itens:

1.1 Garantia de que, através de convênios e outras formas de repasse, haja destinação de recursos da assistência social para o fomento e subsídios dos empreendimentos de Catadores de Materiais Recicláveis que visem sua inclusão social por meio do trabalho; e

1.6 Priorização da erradicação dos lixões em todo o país, assegurando recursos públicos para a transferência das famílias que vivem neles e financiamento para que possam ser implantados projetos de geração de renda a partir da coleta seletiva. E que haja destinação de recursos do programa de **Combate à Pobreza** para as ações emergenciais. (destaque no original). (MNCR, 2008, [sp])

No item 1.1, fala-se em fomento e subsídio a “empreendimentos de catadores de Materiais Recicláveis que visem sua inclusão social por meio do trabalho” (MNCR, 2008, [sp]).

Pode-se concluir que o desejo dos catadores é a inclusão social por meio do trabalho com materiais recicláveis? Almejam os catadores permanecer exercendo essa atividade, porém, com suas atividades subsidiadas por verbas públicas?

Assim, no item supracitado fala-se em financiamento para projetos de geração de renda a partir da coleta seletiva, levando-se em conta a ideia de que o catador deseja permanecer catador, deseja continuar trabalhando com lixo, porém, com auxílio advindo de recursos públicos.

Já o item 1.6 fala expressamente em encerramento e extinção de lixões, locais onde se verifica grande incidência de pessoas catando materiais recicláveis e, também, morando.

Através da leitura da Carta de Brasília pode-se perceber que o desejo do catador é ser reconhecido como profissional da cadeia de reciclagem, ou seja, sujeito que auxilia na destinação adequada ao resíduo reciclável, e, também, a importância necessária de subsídio estatal para melhorar suas condições de trabalho.

Apesar das condições insalubres e até subumanas que enfrenta, o catador defendido pelo Movimento Nacional dos Catadores não pleiteia sua retirada desse grupo social marginalizado, mas sim, a melhora de suas condições de trabalho.

A história do catador se confunde com a das populações de rua, como é possível verificar no documento Carta de Brasília, que traz um tópico específico sobre esta última categoria. Isso se dá em razão de que, apesar de nem todos os catadores serem moradores de rua, grande parte dos moradores “catam” lixo para sobreviver.<sup>2</sup>

Em decorrência de ações dispersas de grupos de catadores, que ocorrem no Brasil desde o final da década de 1980 e da atuação do Movimento Nacional dos Catadores, em 2002, verifica-se a ascensão do catador da categoria mendicância à profissional da

---

<sup>2</sup>Soma-se a essa dinâmica, o fato de que os catadores foram e, muitas vezes, ainda são ‘vistos’ pela sociedade como ‘delinquentes’ e/ou ‘mendigos’ que ‘sujam’ os centros urbanos. Tal percepção gerou, e ainda gera, ‘políticas higienistas’ por parte do poder público de grande parte das cidades brasileiras. Entretanto, o poder público tem um papel fundamental na promoção de políticas públicas de inclusão efetiva desses trabalhadores. O reconhecimento do problema e sua inserção efetiva na agenda de políticas públicas dos governos locais é um processo que ainda está em construção, com dinâmicas diversificadas e específicas em cada município. Nesse processo, diversos atores estão envolvidos, como indústrias, consumidores, organizações da sociedade civil, governos, burocracia estatal e os catadores. Estes últimos têm se organizado em cooperativas e associações desde o final da década de 1980. (PEREIRA & TEIXEIRA, 2011, p. 896)

cadeia de reciclagem, com a edição da Portaria nº 397 de 09 de outubro de 2002 do Ministério do Trabalho, que inclui o catador na Classificação Brasileira de Ocupações<sup>3</sup>.

A inclusão do catador na Classificação Brasileira de Ocupações, ressignificou sua posição na sociedade, libertando-o do estigma de mendigo e conferindo-lhe um status de trabalhador, tão valorizado na sociedade moderna: “o trabalho dignifica o homem”.

Porém, em que pese seus nobres propósitos, essa simples inclusão, por óbvio, não tem o poder de transformar a vida econômica do catador, ou transmuda-lo em cidadão incluído socialmente. Existe ainda uma longa caminhada, iniciada com esse primeiro passo.

Logo depois da inclusão, foi criado, por meio do Decreto de 11 de setembro de 2003 o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo, atualizado, posteriormente, pelo Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010, que reestruturou e renomeou o Comitê, que passou a ser chamar Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis. (BRASIL, 2010a, [sp])

Note-se que as denominações vão sendo modificadas para atender à demanda social, pois, na medida em que o catador deixa de se enxergar como mendigo, aos poucos, a própria sociedade vai reconhecendo sua posição na cadeia produtiva e exigindo um tratamento diferenciado.

---

<sup>3</sup>5192 - Trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável:

5192-05 - Catador de material reciclável: Catador de ferro-velho, Catador de papel e papelão, Catador de sucata, Catador de vasilhame, Enfardador de sucata (cooperativa).

5192-10 - Selecionador de material reciclável: Separador de material reciclável, Separador de sucata, Triador de material reciclável, Triador de sucata.

5192-15 - Operador de prensa de material reciclável: Enfardador de material de sucata (cooperativa), Preenseiro, Prensista.

Descrição Sumária: Os trabalhadores da coleta e seleção de material reciclável são responsáveis por coletar material reciclável e reaproveitável, vender material coletado, selecionar material coletado, preparar o material para expedição, realizar manutenção do ambiente e equipamentos de trabalho, divulgar o trabalho de reciclagem, administrar o trabalho e trabalhar com segurança. (BRASIL, CBO MTE, 2002, Tabela/Legislação)

Com o intuito, então, de sedimentar a profissão catador, a Lei Federal nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, estabelece, em seu art. 7º, XII, como princípio da Política Nacional de Resíduos Sólidos, a “integração dos catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis nas ações que envolvam a responsabilidade compartilhada pelo ciclo de vida dos produtos” (BRASIL, 2010b, art. 7º, XII).

O mesmo diploma legal traz, no art. 8º, IV, como instrumento da Política Nacional de Resíduos Sólidos, “o incentivo à criação e ao desenvolvimento de cooperativas ou de outras formas de associação de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis” (BRASIL, 2010b, art. 8º, IV).

Ou seja, os catadores deixaram de ser vistos pelo Estado como mendigos, para serem encarados como profissionais da cadeia de reciclagem de resíduos. Por esta razão, devem ser incluídos pelos Municípios nos Planos de Gestão de Resíduos Sólidos, já que essa atividade é de atribuição municipal. Porém, para que sejam incluídos, os catadores devem estar organizados em associações ou cooperativas.

Resta saber, se o catador, que antes era visto como um morador de rua e foi alçado à categoria trabalhador liberal, percebe-se parte de um grupo social e pretende associar-se para ser contemplado com políticas públicas de inclusão.

De acordo com mensagem do site do Ministério do Meio Ambiente:

O fortalecimento da organização produtiva dos catadores em cooperativas e associações com base nos princípios da autogestão, da [economia solidária](#) e do acesso a oportunidades de [trabalho decente](#) representa, portanto, um passo fundamental para ampliar o leque de atuação desta categoria profissional na implementação da PNRS, em especial na cadeia produtiva da reciclagem, traduzindo-se em oportunidades de geração de renda e de negócios, dentre os quais, a comercialização em rede, a prestação de serviços, a logística reversa e a verticalização da produção. (BRASIL, MMA, [sd]b, [sp])

Claramente, a política de inclusão dos catadores restringe-se a fomentar melhores condições de trabalho, desse que este trabalho o mantenha na condição catador.

A Política Nacional de Resíduos Sólidos trouxe, além da questão de inclusão social do catador, a obrigatoriedade de erradicação de lixões em todo o país, sendo que os processos de encerramento dos lixões devem levar em consideração o fato de que, ainda hoje, milhares de catadores vivem e trabalham nesses locais.

O encerramento dos lixões sem a observância desse fator social pode trazer consequências diversas das desejadas, surtindo efeito contrário à tão almejada inclusão social do catador.

O artigo 15, V, da Política Nacional de Resíduos Sólidos, determina que o Plano Nacional de Resíduos Sólidos conterá: “metas para a eliminação e recuperação de lixões, associadas à inclusão social e à emancipação econômica de catadores de materiais reutilizáveis e recicláveis” (BRASIL, 2010b, art. 15, V), ou seja, a eliminação dos lixões deve estar atrelada à inclusão social dos catadores.

Recentemente, catadores ajuizaram ação em face do Município de Magé, no Rio de Janeiro, pleiteando indenização por danos morais e materiais, em decorrência de fechamento de um lixão municipal onde os catadores “trabalhavam”.

Em sede de recurso, a decisão monocrática foi mantida, pelo indeferimento da pretensão dos autores, sob o argumento de que o encerramento do lixão é decorrência de determinação legal (a Política Nacional de Resíduos Sólidos) e o “trabalho” efetuado pelos catadores no lixão é indigno e desumano, não podendo ser fomentado pelo Poder Público, sob pena de se ferir o princípio da dignidade da pessoa humana:

APELAÇÃO CÍVEL. INDENIZATÓRIA. ENCERRAMENTO DE ATERRO SANITÁRIO. MUNICÍPIO DE MAGÉ. POLÍTICA NACIONAL DE RESÍDUOS SÓLIDOS. LEI N.º 12.305/2010. IMPROCEDÊNCIA. Pretendem os apelantes a condenação do município ao pagamento de indenização por danos morais e

materiais pelo fechamento de aterro sanitário, onde as mesmas exerciam a atividade de catadoras de lixo. Encerramento das atividades que se deu por determinação legal. Atividade desenvolvida pelas apelantes que é insalubre e que não pode ser fomentada pelo Poder Público. A municipalidade, caso permitisse o desenvolvimento da atividade, estaria violando o princípio da dignidade da pessoa humana. Precedentes do E. TJRJ. Sentença mantida. Recurso conhecido e improvido, nos termos do voto do Desembargador Relator. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro - (TJ-RJ - APL: 0091488920138190029 RIO DE JANEIRO MAGE VARA CIVEL, Relator: CHERUBIN HELCIAS SCHWARTZ JÚNIOR, Data de Julgamento: 06/09/2016, DÉCIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 09/09/2016).

Entretanto, em que pese a Política Nacional determinar o encerramento dos lixões, analisando todo o contexto da Lei em questão, não deveria o Município ter adotado medidas que dessem condições de sobrevivência aos catadores, inserindo-os na cadeia de reciclagem e fomentando sua inclusão social, como prevê a Política Nacional de Resíduos Sólidos?

Manter o lixão aberto para simplesmente manter o trabalho dos catadores certamente não pode ser considerada uma alternativa; porém, seu fechamento não deveria ter sido precedido de um Plano de encerramento que desse condições, outras, de sobrevivência aos catadores?

A decisão judicial, ao indeferir o pedido dos catadores, afirma que o Estado não pode fomentar um trabalho insalubre sob pena de afronta ao princípio da dignidade humana. Porém, retirar o trabalho do catador, ainda que esse trabalho seja indigno, é relegar esse trabalhador à marginalidade, da qual o próprio Estado – por meio de políticas afirmativas – tenta retirá-lo. Essa situação fere, da mesma forma, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Ao decidir que a conduta do município é legítima porque é consubstanciada na Lei, o julgador deixou de considerar, ao prolatar a sentença, princípios como valorização do trabalho humano, da livre iniciativa, asseguramento da existência digna, e todo o aspecto

social que envolve a matéria. Não houve um enfrentamento da matéria, optando o Juiz pela valoração pura e simples de uma lei que determina que os lixões sejam encerrados.

Entretanto, indiretamente, o julgador deixa transparecer um juízo de valor quando se refere à insalubridade do trabalho desenvolvido pelo catador, argumentando que o Estado não deve fomentar esse tipo de trabalho, o que tornaria indevida a indenização pleiteada.

Ainda que para negar um direito, pode-se dizer que o Juiz considerou aspectos externos à lei, aderindo, à Teoria da Argumentação Racional.

Para Robert ALEXY (2001, p. 34):

[...] a tarefa de administrar a justiça segundo a lei as vezes pode exigir em particular que esses julgamentos de valor inerentes à ordem constitucional mas que não tem nenhuma expressão ou apenas expressão imperfeita nos textos recentes de leis, devem ser revelados e realizados nas decisões atuais por um ato de cognição que inevitavelmente envolve um elemento discricionário. Os juízes devem se precaver contra arbitrariedades nesse processo; suas decisões tem que ser fundadas na argumentação racional. Deve ficar evidente que a lei escrita não cumpre a tarefa de prover uma justa resolução dos problemas legais. Nesses casos, a decisão judicial fecha a brecha de acordo com os padrões da razão prática e dos conceitos de justiça bem fundamentados da comunidade.

O julgador, no caso sob análise, muito embora tenha sua decisão alicerçada na lei que determina o encerramento dos lixões, optou por combinar essa decisão com o princípio da dignidade da pessoa humana, argumentando que o trabalho desenvolvido pelos catadores requerentes era insalubre e, portanto, vedada sua manutenção.

Para ALEXY além da obrigatoriedade de justificação das decisões judiciais, tem-se a necessidade de coerência dessa justificação com os fatos analisados, pois, no momento em que o julgador justifica sua decisão, torna-se vinculado a essa justificação.

Uma decisão que não observa tal coerência pode até ser aceita pela sociedade, dado seu caráter excepcional, mas essa aceitação não lhe retira a característica de defeituosa.

Por outro lado, diremos que um julgamento como, “O Sr. N é sentenciado a 10 anos de prisão em nome do povo, embora não haja boas razões a favor disso”, não é eficaz somente por razões morais. Sua eficácia antes se parece com uma manifestação como: O gato está sobre o tapete mas não acredito nisso”. Naturalmente, é possível que esse julgamento seja executado de fato e aceito pelos membros de uma comunidade jurídica, particularmente se se trata de um caso isolado. No entanto, isso de forma alguma altera seus defeitos. É por isso que há algo a dizer sobre o ponto de vista de que, apesar da falta de uma exigência de correção com respeito a dada decisão, isso não tira dessa decisão seu caráter como decisão válida, no entanto, essa decisão sempre será defeituosa em mais do que um sentido moral importante”. (ALEXY, 2001, p. 214)

É bem verdade, que a Política Nacional de Resíduos Sólidos estabelece prazo para que os Municípios encerrem as atividades de lixões. Mas também é fato que a mesma Política determina que sejam adotadas medidas para dar condições de sobrevivência aos catadores que vivem e trabalham nesses locais.

Ao justificar a negativa da indenização aos catadores pelo fechamento do lixão, o julgador utilizou-se do argumento de que é vedado ao Município manter abertos os lixões e a permanência dos catadores no local em razão de tal atitude fomentar condições subumanas de trabalho.

Ocorre que o pedido dos catadores não é pela permanência do lixão, mas sim, por indenização em decorrência de seu fechamento, uma vez que o Município deixou de adotar medidas que lhes dessem condições de trabalho, dentro da cadeia de reciclagem, como determina a mesma norma utilizada como justificação para o fechamento do lixão.

Teria, nesse caso, o julgador acertado em sua justificação? E mais, até que ponto a correção do julgamento e sua justificação são critérios válidos para sua aceitação?

Sobre a questão, ALEXY afirma que:

[...] investigações sociais científicas extensas seriam necessárias para responder a essa questão. Essa pesquisa, entre outras coisas, levaria ao exame empírico do ponto de vista de Luhmann sobre o efeito de que a tomada de decisões e as justificações, bem como a aceitação dessas decisões e justificações podem ser adequadamente entendidas, abandonando-se os conceitos tradicionais da racionalidade, verdade, correção e justiça a favor de uma teoria de sistemas estruturalista-funcional. (ALEXY, 2001, p. 215)

Existem, segundo ALEXY, algumas deliberações jurídicas sobre a qual se travam grandes debates sobre a correção de determinada decisão e sua justificação, mesmo fora do ambiente jurídico, como é o caso de julgamentos de grande repercussão na mídia, quando jornais e a própria sociedade travam grandes discussões sobre a correção da decisão emanada pelo julgador e sua justificação.

Existem casos, inclusive, em que a justificação guarda mais coerência com o desejo da sociedade (de punição ou inocência) do que com as provas do processo. Servindo, nesse caso, a justificação a outros fins, como restabelecer a ordem social.<sup>4</sup>

A decisão judicial que indeferiu pedido de indenização dos catadores pelo fechamento do lixão, ao julgar lícita a ação do Município, desconsiderou qualquer direito por parte dos catadores, partindo da premissa de que uma ação lícita, pautada em lei válida,

---

<sup>4</sup>A justificação judicial pode, portanto, cumprir também outras funções: 'Trata-se de tratar um ser humano racionalmente, isto é, como um ser racional, explicando a ele, através das razões porque se pode chegar a uma decisão que afeta adversamente seus interesses'. O próprio Luhman considera necessário 'que os não participantes cheguem a uma convicção de que nada de estranho está acontecendo, de que a verdade e a justiça estão sendo estabelecidos com esforço sério, sincero e árduo e que eles também, se for necessário terão assegurados seus direitos pelo recurso a esta instituição". (ALEXY, 2001, p. 215)

não gera prejuízo a terceiros, ainda que estes terceiros sejam prejudicados por essa ação. Porém, a justificação da decisão vai além, considerando que a consequência gerada pela ação da Prefeitura (encerramento do lixão) para além de ser lícita e decorrente de determinação legal, trouxe aos catadores não um prejuízo, mas um benefício, na medida em que os “livrou” de um trabalho insalubre, executado em condições subumanas.

Deixou, porém, a decisão judicial, de enfrentar a questão atinente à obrigação do Município em promover a inclusão social dos catadores que dependiam do lixão, e mais, de promover essa inclusão por meio de medidas que lhes possibilite continuar subsistindo através de seu trabalho como catadores.

A inclusão social que a Política Nacional de Resíduos Sólidos prescreve não se limita a assistência financeira, como bolsas de caráter assistencial ou fornecimento de cestas básicas, mas sim, a adoção de medidas que deem ao catador a condição de exercer a ocupação prevista na Classificação Brasileira de Ocupações.

Certamente, o trabalho insalubre desenvolvido no lixão que foi fechado pelo Município não atendia à Política Nacional de Resíduos Sólidos, porém, o encerramento puro e simples do aterro, sem a criação de um Plano Municipal de Gerenciamento de Resíduos que incluía os catadores de lá expulsos na cadeia de reciclagem, dando-lhes condições de prover seu próprio sustento, imediatamente a partir do encerramento das atividades no lixão, igualmente não atende.

Sob essa perspectiva, pode-se concluir que a decisão sob análise atingiu correção entre julgamento e justificação?

Segundo a Teoria da Argumentação Jurídica de ALEXY:

[...] os discursos jurídicos se relacionam com a justificação de um caso especial de afirmações normativas, isto é, aquelas que expressam julgamentos jurídicos. Dois aspectos da justificação podem ser distinguidos: justificação interna (internal justification) e justificação externa (external justification). A justificação interna diz respeito à questão se uma opinião segue logicamente das

premissas aduzidas para justificá-la. A correção dessas premissas é o assunto tema da justificação externa. (ALEXY, 2001, p. 218)

A decisão que indeferiu o pedido de indenização dos catadores levou em consideração as seguintes premissas: (a) a Lei manda fechar os lixões; (b) o trabalho desenvolvido pelos catadores nos lixões é insalubre; (c) o Poder Público não pode fomentar trabalho em condições subumanas.

Logo, se a Lei manda fechar os lixões, então seu encerramento é lícito. Sendo lícito, não gera direito a indenização àqueles que dependiam de seu funcionamento, portanto, a retirada dos catadores do local não gera direito a indenização.

Em uma análise apressada, sob o prisma da ciência jurídica dogmática, alicerçada em princípios normativos rígidos e inflexíveis poder-se-ia afirmar que, tanto as premissas, quanto as conclusões delas extraídas estão corretas e a decisão judicial atinge a correlação com sua justificação, uma vez que o julgador se utilizou de lei válida para embasar sua decisão.

A dogmática jurídica tem por fundamento orientar a ação do julgador, possibilitando que suas decisões sejam calcadas em premissas pré-estabelecidas, pressupostos válidos conforme a lógica, experiência concreta ou valores fundamentais do Direito, instaurando uma sociedade juridicamente segura, na medida em que exige do julgador uma conduta respeitosa dos limites do que foi imposto pela legislação. A interpretação do jurista, desta maneira, ocorre sobre e conforme a norma em vigor.

Dessa forma, se a decisão judicial está calcada em uma lei válida, não haveria razão para que essa decisão, ou sua justificação, fossem questionadas.

Entretanto, a partir da década de 1950, percebe-se um retorno do problema da justiça a assombrar a atuação dos juristas:

[...] a busca da solução mais justa possível para pôr termo a conflitos sociais, sobretudo a procura de algum critério que indique os caminhos para que isso se torne possível, volta a estar, mais do

que nunca, na ordem do dia dos juristas, implicando mesmo a reconciliação entre filósofos e juristas, antes divorciados.<sup>5</sup>

O positivismo jurídico<sup>6</sup>, que teve seu maior expoente em Hans KELSEN, mas que foi desenvolvido modernamente por Norberto BOBBIO e Richard HART, perdeu espaço a partir da crise sofrida pelo cientificismo após o final da 2ª Guerra Mundial, sofrendo críticas que traziam a ideia de uma ciência jurídica dogmática, fundada em princípios normativos inflexíveis e imutáveis, não se impunha mais como verdade monolítica ou opção única.

Nesse contexto:

[...] surge o pensamento de Chaïm PERELMAN que, ao reconhecer os limites que o saber tradicional impõe aos homens, posto que uma série de problemas não podem ser resolvidos por aquele tipo de conhecimento, sobretudo no âmbito das ciências humanas (em que o direito está incluído), propõe aos filósofos que, ao invés de

---

<sup>54</sup>No âmbito jurídico um dos grandes problemas existentes e que ainda persiste – que tem ocupado pensadores desde a Antiguidade – é a questão, já clássica, da justiça. O que é a justiça? Essa que já foi uma pergunta recorrente no âmbito de atuação daqueles que, no decorrer da história, fizeram do direito seu objeto de trabalho ou de estudo, com o advento do positivismo jurídico e, principalmente, a forma por ele assumida no século XX, deixou quase que completamente de se fazer presente no cotidiano do foro, em que o advogado, quando invoca o texto apropriado da lei, fica relativamente tranquilo porque esta constitui ponto de partida seguro para o seu trabalho profissional. Da mesma forma, quando o juiz prolata a sua sentença, e a apoia cuidadosamente em textos legais, tem a certeza de estar agindo corretamente, pois apoia sua convicção em cânones que devem ser reconhecidos como obrigatórios.

O problema da justiça foi transferido para os filósofos do direito, cabendo a estes, e não ao jurista, a tarefa de converter aqueles pontos de partida (os cânones da dogmática jurídica) em problemas, perguntando: por que o juiz deve se apoiar na lei? Quais as razões lógicas e morais que levam o juiz a não se revoltar contra a lei e a não criar solução sua para o caso que está apreciando, uma vez convencido da inutilidade, da inadequação ou da injustiça da lei vigente? Por que a lei obriga? Como obriga? Quais os limites lógicos da obrigatoriedade legal? Foi erguida uma barreira quase que intransponível entre os campos de atuação do filósofo e do jurista, sendo que o trabalho deste último ficou reduzido à interpretação e aplicação da lei, não cabendo a ele, neste âmbito de atuação, formular-se questões de ordem moral”. (CELLA, 2001, p. 1-2)

<sup>64</sup>O positivismo jurídico, oposto a qualquer teoria do direito natural, associado ao positivismo filosófico, negador de qualquer filosofia dos valores, foi a ideologia democrática dominante no Ocidente até o fim da Segunda Guerra Mundial. Elimina do direito qualquer referência à ideia de justiça e, da filosofia, qualquer referência a valores, procurando modelar tanto o direito como a filosofia pelas ciências, consideradas objetivas e impessoais e das quais compete eliminar tudo o que é subjetivo, portanto arbitrário”. (PERELMAN, 2000, p. 91)

terem como guia a racionalidade das ciências matemáticas, passem a se conduzir pela racionalidade argumentativa proveniente do modelo jurídico. (CELLA, 2001, p. 5)

Sob a ótica de PERELMAN, pode-se dizer que a decisão que indeferiu o pedido de indenização dos catadores, muito embora calcada em Lei válida e vigente, é falha, pois deixou de considerar dois importantes aspectos:

- 1º) A Lei que manda fechar os lixões, também determina que o Município adote medidas de inclusão social dos catadores que ali vivem e trabalham;
- 2º) O trabalho desenvolvido pelos catadores, ainda que insalubre e em condições subumanas foi, por muito tempo, fornecido pelo próprio Município e era a única fonte de renda dos catadores.

Como deve se conduzir um julgador, então, quando as possibilidades de integração do texto legal não atendem plenamente a novos fatos sociais?

Segundo CELLA, com um certo declínio da escola da exegese e do conceitualismo, que constituem autênticas etapas de consolidação do positivismo jurídico e vigoram praticamente durante todo o século XIX:

Surgem então correntes jurídicas menos voltadas às normas e seus sistemas, cuja atenção principal passou a ser dada à questão dos fatos sociais, ao problema das lacunas do direito, enfim, à questão da efetividade das normas. Tais correntes, de cunho predominantemente sociológico (escolas de livre pesquisa do direito, do direito livre, da livre indagação do direito, como passaram a ser denominadas), passam a reduzir a dimensão do direito aos fatos, de forma semelhante ao que a escola da exegese fizera com o direito em relação à lei escrita. Para os adeptos dessas correntes, “...o juiz é como que legislador num pequenino domínio, o domínio do caso concreto”, porém aqui as leis não têm mais aquele caráter perene, pois devendo se adaptar aos novos fatos sociais que surgem, por vezes se tornam obsoletas diante da incapacidade de atender novas demandas. (CELLA, 2001, p. 83)

Como visto, a decisão judicial, para a teoria da argumentação jurídica deve passar pelo crivo da justificação externa e da justificação interna:

A justificação interna, portanto, está relacionada a questões como a de se uma decisão foi corretamente inferida das premissas (parte, portanto, de premissas já dadas ou aceitas. Nenhuma decisão, depois de fixadas as suas premissas, pode prescindir desse tipo de justificação), e a justificação externa diz respeito à correta adoção das premissas (a justificação de seu estabelecimento ou de sua escolha). (CELLA, 2001, p. 198)

Em suma, se considerarmos a corrente positivista clássica, a decisão no caso do encerramento do lixão de Magé foi inferida em premissa segundo a qual a lei permite, ou melhor, exige que do Município a conduta atacada pelos catadores, concluindo que dessa conduta não nasce direito qualquer à indenização.

Porém, a ideia kelsiniana de que toda norma é direito, independentemente de seu conteúdo foi duramente combatida no pós-guerra, sendo acusada de ser a responsável por legitimar regimes autoritários durante o Século XX.

A fragilização da corrente positivista trouxe novas correntes que vêm para contestar o positivismo trazendo a ideia de que ao julgador, mais que subsumir o fato à norma, é dado buscar soluções justas para as questões que analisa: “Essa circunstância trouxe novamente à tona, aquilo que a teoria de Kelsen havia posto em estado de latência: as relações entre direito e moral, e o comprometimento deste com a realização da justiça” (CELLA, 2010, p. 5485).

Nesse passo, poder-se-ia considerar que o julgador, ao decidir pela legalidade do encerramento do lixão, poderia ir além da utilização pura e simples da norma para justificar sua decisão, sopesando princípios morais para atingir uma justiça social, considerando a situação insalubre de trabalho dos catadores não para legitimar a ação do Município, mas sim, para determinar que

este adotasse medidas no sentido de promover a inclusão social desse grupo social.

A decisão, segundo PERELMAN deve obedecer à regra de justiça e para:

[...] que a regra de justiça constitua o fundamento de uma demonstração rigorosa, os objetos aos quais ela se aplica deveriam ser idênticos, ou seja, completamente intercambiáveis. Mas, na verdade, isso nunca acontece. Os objetos sempre diferem em algum aspecto, e o grande problema, o que suscita a maioria das controvérsias, é decidir se as diferenças constatadas são ou não irrelevantes ou, em outros termos, se os objetos não diferem pelas características que se consideram essenciais, isto é, os únicos a serem levados em conta na administração da justiça. (PERELMAN & OLBRECHTS-TYTECA, 2005, p. 248)

Diante disso, pode-se extrair que o julgador do caso supracitado não analisou o caso de forma a buscar a decisão mais justa a todos os envolvidos, ignorando esse tão importante aspecto de uma decisão, o aspecto da justiça, e, também, não utilizando-se de uma visão mais abrangente do caso concreto para decidir, optando por aplicar pura e simplesmente a lei.

## **Conclusão**

Percebe-se que os catadores de materiais recicláveis exercem atividade reconhecida e, agora, regulamentada. Diversos regulamentos e leis abrangem os catadores e lhes imputam regulamentação.

O que se pretendeu com a análise da decisão judicial que considerou indevida indenização pelo fechamento do lixão na cidade de Magé, no Rio de Janeiro, é demonstrar que, muito embora o positivismo jurídico pareça ultrapassado, nossos julgadores continuam decidindo sob sua ótica, imiscuindo-se da árdua tarefa de conciliar direito e moral com o propósito de atingir a justiça social por meio de suas decisões.

No caso analisado, o julgador perdeu uma excelente oportunidade de contribuir ativamente para a inclusão social dos catadores, optando por adotar uma postura distante da realidade social, aplicando a norma e eximindo-se do embate.

## Referências

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Landy, 2001.

BRASIL. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). 2017. Disponível em: <<https://cidades.ibge.gov.br/brasil/sc/florianopolis/panorama>>.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Inclusão social de catadores. [sd]a. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/9341-inclus%C3%A3o-social-de-catadores.html>>.

\_\_\_\_\_. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Catadores de materiais recicláveis. [sd]b. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/residuos-solidos/catadores-de-materiais-reciclaveis>>.

\_\_\_\_\_. Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). CBO MTE. 2002. Disponível em: <<https://www.ocupacoes.com.br/cbo-mte/519205-catador-de-material-recicavel>>.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 7.405, de 23 de dezembro de 2010. Institui o Programa Pró-Catador, denomina Comitê Interministerial para Inclusão Social e Econômica dos Catadores de Materiais Reutilizáveis e Recicláveis o Comitê Interministerial da Inclusão Social de Catadores de Lixo criado pelo Decreto de 11 de setembro de 2003, dispõe sobre sua organização e funcionamento, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 23 dez. 2010a. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2007-2010/2010/decreto/d7405.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7405.htm)>.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 3 ago. 2010b. 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)>.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 0091488920138190029, Magé – RJ. Vara Cível, 12ª Câmara, Relator: Cherubin Helcias Schwartz Júnior. Data de Julgamento: 06/09/2016. Data de Publicação: 09/09/2016.

CELLA, José Renato Gaziero. **A Teoria da Argumentação Jurídica como proposta de uma racionalidade possível frente à postura cética do positivismo jurídico contemporâneo**. 2001. 274 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2001. Disponível em: <[http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo\\_106.pdf](http://www.cella.com.br/conteudo/conteudo_106.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Positivismo jurídico no século XIX: relações entre direito e moral do ancien régime à modernidade. ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO – CONPEDI, XIX, Fortaleza, 2010. **Anais...** Florianópolis: Fundação Boiteux, p. 5480-5501, 2010. Disponível em: <<http://www.cella.com.br/conteudo/Hespanha-Arno-Artigo.pdf>>.

MNCR. Movimento Nacional dos Catadores de Materiais Recicláveis. **Carta de Brasília**. Publicado em: 1º jan. 2008. Disponível em: <<http://www.mnccr.org.br/sobre-o-mnccr/principios-e-objetivos/carta-de-brasilia>>.

PEREIRA, Maria Cecília Gomes; TEIXEIRA, Marco Antonio Carvalho. A inclusão de catadores em programas de coleta seletiva: da agenda local à nacional. **Cadernos EBAPE.BR**, v. 9, n. 3. Rio de Janeiro, p. 895-913, set. 2011. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/cebape/v9n3/a11v9n3.pdf>>.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da argumentação: a nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SILVA, Pedro Henrique Isaac. Catadores e neurose de classe: paradoxos da ascensão social por meio da militância. CONGRESSO BRASILEIRO DE SOCIOLOGIA, 18. Grupo de Trabalho: Sociologia Clínica. 26 a 29 jul. 2017, Brasília. **Anais...** Brasília: Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Brasília (IFB), 2017. Disponível em: <<http://www.adaltech.com.br/anais/sociologia2017/listaresumos.htm>>.



# **O fundo de combate e erradicação da pobreza como mecanismo de alcance do desenvolvimento nacional e sustentável – da resolução 41/128 - ONU à Emenda Constitucional 31/2000**

*Saúl Hercán Kritski Báez*<sup>1</sup>

## **1. Introdução**

A Organização das Nações Unidas mediante sua Assembleia Geral já no ano de 1986 promoveu a Resolução n. 41/128 e estabeleceu como direito humano o desenvolvimento. Contudo, o processo que levou a emissão ocorrida em 1986 e que estabeleceu o desenvolvimento como direito humano remonta período ainda anterior, pois é quando da ocorrência da Conferência das Nações Unidas datada de 26 de junho de 1945 e com a emissão da Carta das Nações Unidas, que entrou em vigor em 24 de outubro de 1945<sup>2</sup>, promovida pelo fim do conflito bélico, é que surge a necessidade de registro da cooperação internacional para a busca do bem estar social das nações.

A previsão legislativa para a criação de mecanismos no intuito da composição de condições de existência humana digna consta

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Pós graduado em Direito Civil e Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR, Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR.

e-mail: saulkritski@hotmail.com

<sup>2</sup> Sabe-se que o período histórico de 1945 tem como base estruturante o término da Segunda Grande Guerra que teve início em 01 de setembro de 1939 e término em 02 de setembro de 1945.

eclipsada na Constituição da República Federativa do Brasil quando o Estado, social intervencionista, propõe garantias fundamentais e os direitos sociais concernentes ao bem estar, ao desenvolvimento e a igualdade de sua população.

A executabilidade social da dignidade da pessoa humana está estritamente vinculada ao condicionamento eficiente da criação e garantia de condições de existência humana digna, sendo supedâneo para o direito subjetivo.

As discussões a respeito do financiamento de projetos e programas sociais de erradicação da pobreza sofreram estruturação com o advento da Emenda Constitucional n. 31/2000, a qual, em seu bojo, preceitua a criação de fundos junto aos entes públicos abastecidos com percentuais da arrecadação tributária do ICMS de produtos considerados supérfluos.

Por sua vez, em 21 de março de 2017, o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), ao publicar dados do ano de 2015 a respeito do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), constatou que o Brasil ocupa atualmente o 79º (septuagésimo nono) lugar entre as 188 nações que tiveram seu IDH avaliado.

Os indicadores constataam que a renda da saúde e da educação no país tiveram recuo em seu desenvolvimento proporcionalmente de 19 (dezenove) posições o que resulta numa necessidade de revisão quanto as metas estabelecidas pelo poder público.

Por essa razão torna-se pertinente avaliar o mecanismo utilizado pelo legislador no sentido de considerar essa ferramenta, fundo, como meio de se obter uma queda na desigualdade existente no país.

A Carta Cidadã de 1988 estabeleceu como princípio fundamental de sua constituição, em seu art. 3 inciso III, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais, demonstrando claramente que o legislador constituinte sabia da realidade social do país, bem como optou pelo reconhecimento da via social e intervencionista como

mecanismo para a superação da pobreza e o atingimento de uma igualdade social.

Por sua vez, ao designar a competência concorrente entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal, estabeleceu o Poder Constituinte, em art. 23 inciso X da CRFB, que é comum a todos os entes da federação combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos.

A Emenda Constitucional n. 31, de 14 de dezembro de 2000, promoveu alteração no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, introduzindo artigos que criaram o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza a nível federal, sendo que também estabeleceu que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deveriam instituir Fundos de Combate à Pobreza, com os recursos provenientes de previsão legislativa, devendo os referidos Fundos ser geridos por entidades que contem com a participação da sociedade civil.

Assim, a Lei Complementar n. 111, de 6 de julho de 2001, dispõe sobre o Fundo de Combate e Erradicação da Pobreza, na forma prevista nos artigos 79, 80 e 81 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, merecendo destaque, ainda, que a composição do Conselho Consultivo do referido fundo deverá conter representação da sociedade civil demonstrando claro interesse do legislador em que a sociedade civil conheça da utilização desses recursos, bem como logre acompanhar o desenvolvimento das políticas públicas concernentes à matéria. Contudo, tal promoção a nível federal vigorou somente até o ano de 2010, restando, aos Estados, Municípios e Distrito Federal a competência de estabelecer unitariamente fundos vinculados à receitas do ICMS e do ISS.

É neste viés que a efetividade e a eficacalidade do fundos instituídos mediante a edição da Emenda Constitucional n. 31/2000 se tornam preponderantes ante a execução de direitos fundamentais instituídos pela constituição, não se podendo olvidar que os direitos fundamentais instituídos pelo constituinte visam a participação

estatal no desenvolvimento de uma sociedade mais justa e solidaria, não havendo a possibilidade de descaracterizar uma das facetas mais modernas da Carta de 1988.

## **2. O estudo do desenvolvimento e a sua concepção internacional**

### **2.1 A Organização das Nações Unidas e o direito ao desenvolvimento**

Para Juan Camilo Castellanos Restrepo e Milany Andrea Gómez Betancur o desenvolvimento como mecanismo de busca para uma vida humana digna remontam como trajeto histórico os idos do ano de 1891 quando a Igreja Católica emite a encíclica *Rerum Novarum* e o Papa Leão XII estabelece o conceito e as condições básicas para cidadãos na busca de promover igualdade no acesso aos bens de consumo básicos.

Es complejo hacer una descripción de lo que significa el concepto “desarrollo” en el campo de las ciencias sociales y humanas, pues es una palabra polisémica que ha designado múltiples realidades en diferentes momentos de la historia, especialmente durante el siglo XX. Aunque ya desde 1891 la Iglesia Católica, en cabeza del papa León XII, en la encíclica *Rerum Novarum*, hace referencia a este concepto desde la perspectiva de la igualdad de condiciones para todos los hombres y del libre acceso a los bienes, se puede decir que será después de los años 30 que surgirá con la perspectiva del crecimiento económico e industrial, en el Acta británica de desarrollo colonial de 1929.

En las posteriores décadas este término ha tenido una concepción generalizada (no fortuita) y persistente, que hace referencia exclusivamente al desarrollo económico, aproximación sustituida a partir de los años 70, momento en el que tal vocablo dejó de hacer referencia llanamente al crecimiento económico de una comunidad y se aprestó a recoger las políticas de distribución económica, social, cultural y ambiental que deben acompañar

este processo, así como los mecanismos jurídicos aptos para llevar a cabo dichas políticas

O interesse pelo movimento posteriormente chamado de desenvolvimentista teve além da encíclica de Leão XII manifestações similares por parte do Vaticano, neste sentido registram Restrepo e Betancur que “*Mensajes similares fueron enviados por Pablo VI en la Populorum Progressio en 1967, por Juan Pablo II en la Sollicitudo Rei Socialis en 1987 y en Centesimos Annus en 1991, lo mismo aconteció con Benedicto XVI em el año 2009 con la encíclica Caritas in Veritate, en época más reciente*” [RESTREPO, p. 509], contudo as manifestações mais antigas tendem a seguir um critério comum à época que era o de enfatizar o critério econômico como meio para o social.

Naquele momento não se concebia uma evolução ou um desenvolvimento para a dignidade humana sem que isso fosse promovido mediante a economia. De qualquer maneira, impossível não correlacionar que desde a manifestação do Vaticano até o momento inúmeros foram os pactos ou tratados que serviram para consubstanciar o desenvolvimento nos dias atuais. Os autores colombianos destacam como fontes do direito ao desenvolvimento a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração da Filadélfia de 1944, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966 entre outros.

Importante avaliar que os direitos humanos devem ser analisados no plano internacional como garantias mínimas de direitos (universais), nas palavras do Professor Dr. Marcos Augusto Maliska “...além de um imperativo ético, é um pressuposto necessário ao desenvolvimento humano” [MALISKA, p. 55], este foi o resultado de anos de produção diplomática internacional e porque não dizer de consequência advinda dos conflitos bélicos.

A situação vivenciada com a Segunda Guerra Mundial, a exemplo das atrocidades vivenciadas com o regime Nacional Socialista Alemão, resgataram da autonomia da soberania estatal e

nacional a questão dos direitos mínimos de dignidade ou dos chamados Direitos Humanos. Com o advento da ONU a relação de proteção dos Direitos Humanos deixaram de estar estritamente e exclusivamente à soberania dos Estados. Assim, tem-se que “*A extensão da ideia de Direitos Humanos está intimamente ligada à institucionalização jurídica e não jurídica, pelas Nações Unidas*” [MALISKA, p. 55].

A promulgação da Carta das Nações Unidas (26 de junho de 1945- entretanto em vigor em 24 de outubro do mesmo ano) estabeleceu, a nível internacional, o desenvolvimento da garantia e de interesse na proteção dos Direitos Humanos, sendo importante marco de desenvolvimento por parte da ONU. As sequelas das guerras vivenciadas naquele período serviram para que as nações estabelecessem mediante organismos internacionais o chamado pacto pela paz ou império da paz.

Maliska ainda indica que o desenvolvimento ocorrido a nível internacional durante os anos de 1970 e 1980 permitiram a criação de comissões instrumentos de proteção dos Direitos Humanos e neste sentido destaca a criação da Comissão de Discriminação Racial e mecanismos de observação da obrigação e preservação dos Direitos Humanos.

Outro avanço a nível de proteção dos Direitos Humanos foi a criação por meio do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional – TPI. Também indica o Professor Maliska manifestação de Stephan Hobe no que concerne a retrospectiva histórica a respeito do desenvolvimento da proteção internacional dos Direitos Humanos como mais um instrumento que visou em sua gênese estabelecer critérios de controle ou ainda de desenvolvimento dos Direitos Humanos, no sentido de evitar com que os Estados promovessem sistemas normativos similares àqueles estabelecidos durante a Segunda Grande Guerra.

Importa referir organismos internacionais foram criados justamente em um momento de reconstrução supranacional, onde o derramamento de sangue exigiu uma coesão das nações no sentido

de intentar evitar a repetição das atrocidades vivenciadas. O desenvolvimento doutrinário de jurídico a respeito dos Direitos Humanos teve um salto exponencial no período e até hoje busca equalizar a legislação interna com a externa. Assim, conforme expõe MALISKA p. 56-57 “*A internacionalização material da proteção internacional dos Direitos Humanos, de um lado, tem, em termos mínimos, influência sobre a ordem jurídica e, com isso, sobre a soberania dos Estados, e, de outro, contrasta com os mecanismos de imposição do direito material, que, de modo geral, ainda não conhecem completamente a tendência correspondente das características supranacionais da autorização de imposição das respectivas organizações internacionais de Direitos Humanos (...) O autor, no entanto, chama a atenção para a proteção regional dos Direitos Humanos, em especial para as Convenções Europeia e Americana, que possuem mecanismos institucionalizados, como a Comissão de Direitos Humanos e o Tribunal para julgar questões de Direitos Humanos*”

Neste sentido compreende-se que os mecanismos de proteção dos Direitos Humanos, pelo menos em razão dos exemplos das Comissões Americana e Europeia, logram ultrapassar o sentido da jurisdição nacional, podendo, se for o caso, recorrer à jurisdição internacional.

Transcende a conceituação anterior quanto a soberania das nações, pois a partir do momento em que há a possibilidade de que determinado organismo internacional formule e proponha objetivos internos a conceituação a respeito de soberania automaticamente sofre revisão, “*A proteção internacional e regional, ao transcender os mecanismos de proteção estatais, traz, com respeito aos Direitos Humanos, uma outra perspectiva para o Estado, que não possui mais exclusivamente a função de garantidor da proteção dos Direitos Fundamentais*” [MALISKA, p. 57]

Colaciona o autor ensinamento apresentado por Canotilho (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3a ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1275) quando

este trata a respeito do dimensionamento do direito constitucional em face da supranacionalidade de questões como a garantia dos Direitos Humanos: *“Para Canotilho, ‘as relações internacionais devem ser cada vez mais, relações reguladas em termos de direito e justiça, convertendo-se o direito internacional numa verdadeira ordem imperativa, à qual não falta um núcleo duro material duro – o jus cogens internacional – vertebrador, quer da ‘política e relações internacionais’, quer da própria construção constitucional interna. Segundo o autor ainda, ‘para além deste jus cogens, o direito internacional tende a transformar-se em suporte das relações internacionais através da progressiva elevação dos Direitos Humanos – na parte em que não integrem já o jus cogens – a padrão jurídico de conduta política, interna e externa. Estas últimas premissas – o jus cogens e os Direitos Humanos –, articuladas com o papel da organização internacional, fornecerão um enquadramento razoável para o constitucionalismo global”* [MALISKA, p. 58]

Foi mediante a Carta das Nações Unidas assinada em 1945 que a cooperação internacional foi levada à termo e em é seu art. 55 que estabelece a finalidade da cooperação econômica e social das nações no que tangue ao desenvolvimento. Para este dispositivo a cooperação internacional deverá conceber como finalidade a criação de condições necessárias ao bem estar, resultando em relações pacíficas entre as nações.

Posteriormente, em seu art. 56 a mesma Carta estabelece o comprometimento das nações firmantes quanto ao compromisso de se promover o preceituado no artigo precedente<sup>3</sup>, consubstanciando, assim, em obrigatoriedade estatal interna a promoção do bem estar de sua população.

#### Capítulo IX

#### COOPERAÇÃO ECONÓMICA E SOCIAL INTERNACIONAL

Artº. 55 Com o fim de criar condições de estabilidade e bem-estar, necessárias às relações pacíficas e amistosas entre as Nações,

<sup>3</sup> <https://www.unric.org/pt/informacao-sobre-a-onu/12> - acesso em 04/08/2018

baseadas no respeito do princípio da igualdade de direitos e da autodeterminação dos povos, as Nações Unidas promoverão:

- a. A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social;
- b. A solução dos problemas internacionais económicos, sociais, de saúde e conexos, bem como a cooperação internacional, de carácter cultural e educacional;
- c. O respeito universal e efectivo dos direitos do homem e das liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.

Artº. 56 Para a realização dos objectivos enumerados no Artº. 55, todos os membros da Organização se comprometem a agir em cooperação com esta, em conjunto ou separadamente.

Esse direito cunhado na esfera internacional percorreu interessante período histórico de amadurecimento no organismo principalmente se considerado o período de gestação no contexto do pós-guerra - II Guerra Mundial - com o advento da Carta da ONU de 1945, em especial ao conteúdo do art.55.

Note-se que o desenvolvimento - A elevação dos níveis de vida, o pleno emprego e condições de progresso e desenvolvimento económico e social - alçado pelo organismo internacional como objetivo não vislumbra apenas a busca pelo desenvolvimento econômico e qualitativo da vida dos cidadãos, mas vai além. Na nossa interpretação o mecanismo busca estabelecer o desenvolvimento à nível social, o que, automaticamente, abrange a esfera econômica e como consequência a melhoria nas condições de vida.

Por sua vez, o desenvolvimento será reconhecido como direito pela Resolução n. 41/128, sendo o mecanismo para a consecução de um processo econômico, social, cultural e político que objetiva a busca pelo bem estar da sociedade.

O organismo internacional estabelece em sua justificação para a referida resolução uma conceituação de desenvolvimento, em seu

art. 1<sup>o4</sup> consta a conceituação do direito ao desenvolvimento, bem como há previsão quanto a obrigatoriedade da participação dos cidadãos e o desempenho dos Estados em promover meios para a consecução do direito ao desenvolvimento, neste sentido, compreendemos importante, neste momento, abordar o conceito, vejamos:

Artigo 1<sup>o</sup>

§1. O direito ao desenvolvimento é um direito humano inalienável, em virtude do qual toda pessoa e todos os povos estão habilitados a participar do desenvolvimento econômico, social, cultural e político, para ele contribuir e dele desfrutar, no qual todos os direitos humanos e liberdades fundamentais possam ser plenamente realizados.

§2. O direito humano ao desenvolvimento também implica a plena realização do direito dos povos à autodeterminação que inclui, sujeito às disposições relevantes de ambos os Pactos Internacionais sobre Direitos Humanos, o exercício de seu direito inalienável à soberania plena sobre todas as suas riquezas e recursos naturais.

Inúmeros estudos vem sendo promovidos quanto ao conceito de desenvolvimento humano, ou ainda, quanto ao atingimento desse desenvolvimento, principalmente quanto ao impacto de políticas que melhoram a qualidade de vida das pessoas. Até pouco tempo atrás o desenvolvimento de determinada nação era analisado mediante o estudo do seu produto interno bruto – PIB, porém, esta relação de produção econômica com o crescimento do desenvolvimento foi questionada por compreender incompatível

---

<sup>4</sup> Article 1

1. The right to development is an inalienable human right by virtue of which every human person and all peoples are entitled to participate in, contribute to, and enjoy economic, social, cultural and political development, in which all human rights and fundamental freedoms can be fully realized.

2. The human right to development also implies the full realization of the right of peoples to self-determination, which includes, subject to the relevant provisions of both International Covenants on Human Rights, the exercise of their inalienable right to full sovereignty over all their natural wealth and resources". <http://www.un.org/documents/ga/res/41/a41r128.htm> - acesso em 04/08/2018

com o real significado de desenvolvimento. Amartya K. Sen desenvolve assim uma nova concepção para análise do desenvolvimento, para tanto não desconsidera completamente a produção - PIB mas tampouco o utiliza de maneira isolada. Então, como promover um estudo que seja capaz de avaliar o desenvolvimento? Como é possível aferir se determinada nação logrou criar e implantar políticas que consigam promover o desenvolvimento?

Se o desenvolvimento é considerado como um direito humano ao ponto de ser passível de proteção estatal e internacional, sendo ainda objeto de atingimento por parte de políticas públicas para a consecução do bem estar da sociedade e suas liberdades, é preciso antes de mais nada considerar conceitualmente o que vem a ser desenvolvimento, uma vez que o desenvolvimento na premissa apresentada por Sen determina a consideração de inúmeros requisitos e ponderações não se restringindo apenas ao conceito de liberdade. Se para alguns o desenvolvimento já é parte de um sistema normativo jurídico capaz de ser considerado como direito, aplicável, inclusive, pela coercibilidade, para outros o conceito ainda carece de mecanismos para a implementação concreta desse direito [RASTREPO, p. 519]<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Indudablemente, la coercibilidad es un elemento esencial para garantizar el ejercicio y aplicación del derecho y, por esta necesidad imperiosa de mecanismos pragmáticos para la exigibilidad de las normas, el derecho internacional se encuentra hoy en una crisis de positividad; pese a ello, el derecho internacional no deja de ser derecho y los derechos humanos no pierden su carácter por no existir mecanismos para su aplicación ya que el plano coercitivo no debe confundirse con el normativo, o sea, la situación de no existir medidas coercibles para su aplicabilidad, no implica que no exista la norma jurídica de derechos humanos. Al contrario, ella existe, pero su ejecución es lo que está limitado.

Y en esta lógica existe el derecho al desarrollo porque la norma jurídica no sólo está consagrada expresamente en la Declaración de 1986, que aprobó la Asamblea General de Naciones Unidas, con 146 votos en favor, uno en contra y ocho abstenciones. El derecho al desarrollo ya estaba incorporado en otros instrumentos jurídicos internacionales reconocidos, como se mostró anteriormente, lo que lo convierte en un derecho síntesis que recoge los derechos civiles, políticos, sociales y económicos, tanto las necesidades individuales como las de los pueblos y las perspectivas e ideales de cooperación presentadas en instrumentos anteriores para el bienestar de todos los seres humanos.

## 2.2 A liberdade como mecanismo de desenvolvimento

O trabalho apresentado por Amartya K. Sen busca sedimentar o conceito de liberdade como fenômeno basilar para o desenvolvimento. Para tanto, estabelece cinco tipos distintos de liberdades que, conforme leciona, servem de instrumento para a consecução de desenvolvimento são estes: a) liberdades políticas; b) facilidades econômicas; c) oportunidades sociais; d) garantias de transparências; e) segurança protetora.

A perspectiva das liberdades ganha um parâmetro universal, pois conforme estabelece Sen é a liberdade ou as liberdades que logram estabelecer um desenvolvimento capaz de reduzir as desigualdades e propiciar um crescimento econômico. A liberdade dos direitos civis, a liberdade para consecução social da justiça, a liberdade de mercado garantidor da distribuição de renda e de trabalho entre outros são ferramentas para o desenvolvimento de um país.

Por outro lado, nos casos em que há carência de liberdades, independentemente do nível econômico ou da riqueza produzida, o resultado pode ser o da restrição da participação civil, o não acesso a níveis básicos de saúde ou assistência médica, também relacionados com a não universalidade de acesso à educação e à instrução básica para a melhoria nas condições de emprego. *“As liberdades não são apenas os fins primordiais do desenvolvimento, mas também os meios principais. Além de reconhecer, fundamentalmente, a importância avaliatória da liberdade, precisamos entender a notável relação empírica que vincula, umas às outras, liberdades diferentes. Liberdades políticas (na forma de liberdade de expressão e eleições livres) ajudam a promover uma segurança econômica. Oportunidades sociais (na forma de serviços de educação e saúde) facilitam a participação econômica. Facilidades econômicas (na forma de oportunidades de participação no comércio e na produção) podem ajudar a gerar abundância individual, além*

*de recursos públicos para os serviços sociais. Liberdades de diferentes tipos podem fortalecer umas às outras*” [SEN, p. 25-26]

Se por um lado o objetivo do desenvolvimento está diretamente relacionado com a liberdade humana, há de se destacar a característica instrumental de determinadas liberdades como mecanismos de se lograr a eficácia da liberdade humana. Ou seja, Sen indica a liberdade humana como finalidade do desenvolvimento, sendo, no entanto, também a liberdade, em sentido estrito, de diversos tipos, o mecanismo para a consecução desse fim, a liberdade humana: *“A importância intrínseca da liberdade humana como o objetivo preeminente do desenvolvimento precisa ser distinguida da eficácia instrumental da liberdade de diferentes tipos na promoção da liberdade humana”* [SEN, p. 56]

Assim, Sen enfatiza a necessidade de se compreender que as liberdades políticas compreendem forte instrumento e mecanismo para que as pessoas determinem seu modo de viver, considerando, obviamente, sua realidade cultural. O princípio democrático é o meio concebido pelo economista para compreender que os direitos civis logrem promover uma representação política, democrática, contendo no seio das decisões governamentais a representação popular.

Pode-se observar que a matéria “liberdade” ganha uma conotação de ferramenta universal que pressupõe o estabelecimento e o avanço do desenvolvimento. Aqui, se verifica que a economia não pode considerar apenas o crescimento ou o aumento de renda para se destacar como desenvolvimento. Existem outras fontes que interagem e se articulam para demonstrar o desenvolvimento, neste caso, essas liberdades demonstram e são constatadas por Sen quando avalia o produto interno bruto em contraste com o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH. Para ele o crescimento econômico não se justifica como fim em si mesmo, mas sim como meio para que as liberdades logrem promover o desenvolvimento. Esta nova concepção que avalia que o crescimento econômico não é o meio único de desenvolvimento é corroborado por boa parte da

doutrina, principalmente se considerado os estudos a respeito da pobreza.

Neste aspecto e considerando os estudos apresentados pelo Banco Mundial, pode-se avaliar que o nível de pobreza registrada no mundo teve importante redução do ano de 1981 até 2008. No ano de 1981 estimasse que haviam cerca 1,5 bilhão de pessoas viviam com menos de 1 dólar por dia, sendo que para o período de 2008 essa população caiu para 805 milhões. Boa parte dessa redução se deve ao fato de que países como Índia e China tiveram um desenvolvimento econômico pujante resultando na retirada de milhares de pessoas da linha da pobreza, para Angus Deaton “*O milagre do crescimento chinês puxou praticamente sozinho o declínio em números absolutos ...Na Índia, onde houve outro milagroso crescimento gigantesco, o número de pessoas vivendo com menos de 1 dólar por dia caiu de 296 milhões para 247 milhões, e a parcela da população abaixo da linha de pobreza recuou de 42% para 21%*” [DEATON, p. 227].

Contudo, em que pese a consideração de desenvolvimento econômico com a redução de pobreza, ainda há que se considerar que as liberdades direcionadas por Sen não são objeto de claro avanço nesses países ou ainda em nível global. Se por um lado há um desenvolvimento econômico capaz de retirar da pobreza milhares de pessoas, por outro, ainda restam situações em que as liberdades mínimas inexistem. O acesso a saúde, a participação cívica, a disposição de um meio ambiente adequado e sustentável ou ainda condições dignas de trabalho são quesitos que se considerados como liberdade e desenvolvimento conforme direciona Sen, destoam do desenvolvimento econômico logrado pelo efeito da globalização.

A redução da pobreza extrema como meio de se propiciar desenvolvimento econômico e, principalmente social, na literatura de Sen, encontra nos exemplos de países asiáticos a referência. O crescimento econômico como fator do estabelecimento do desenvolvimento social é costumeiramente contestado por estudos

opostos, se por um lado alguns consideram que o efeito globalizante nada mais fez do que aumentar a riqueza daqueles já ricos, tornando pobres os mais pobres, por outro lado a globalização permitiu que em países como Índia e China e também aqueles do leste asiático comprovassem um aumento de renda e conseqüentemente um maior acesso à saúde e educação. Em que pese esse comprovado crescimento econômico ainda é factível observar e constatar que as desigualdades internas tendem a crescer, fato é que para Deaton “*As médias chinesa e indiana estarem crescendo não significa necessariamente que a maré alta da prosperidade faz todos os barcos desses países subirem*” [DEATON, p.234].

Contudo, se anteriormente o autor ressalta a educação básica e a disponibilidade de acesso a um sistema de saúde, outro ponto relevante indicado por Sen, neste sentido usando como exemplo a Índia, tem-se aqui o fato histórico importante a ser avaliado, como no caso da reforma agrária. Neste sentido compreende Sen que mesmo havendo um desenvolvimento diferenciado entre os estados indianos, aqueles que promoveram uma redistribuição de terra associado a educação de qualidade e acesso à saúde, responderam com o desenvolvimento de uma sociedade menos miserável ou na pobreza extrema, desta maneira resta ressaltado que a pobreza de renda em determinado momento se confunde com a pobreza de capacidades, sendo que esta, ainda que persistente políticas de desenvolvimento, pode se manter estagnada.

É por essa razão que compreendemos que a liberdade defendida por Sen não está desvinculada da consecução da igualdade, por mais das vezes no conceito de desconstrução da desigualdade social. Para tanto, além das questões de caráter político participativo não há de se buscar a redução da desigualdade primando pelo desenvolvimento sem perpassar a mazela da pobreza, Sen ressalta que “*As questões básicas de fundamentação obrigam-nos, por razões já expostas, a entender a pobreza e a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm. A expansão das capacidades*

*humanas enquadra-se diretamente nessas considerações básicas. Acontece que o aumento das capacidades humanas também tendem a andar junto com a expansão das produtividades e do poder auferir renda. Essa conexão estabelece um importante encadeamento indireto mediante o qual um aumento de capacidades ajuda direta e indiretamente a enriquecer a vida humana e a tornar as privações humanas mais raras e menos pungentes. As relações instrumentais, por mais importantes que sejam, não podem substituir a necessidade de uma compreensão básica da natureza e das características da pobreza” [SEN, p. 126].*

### **3. Desenvolvimento e pobreza**

#### **3.1 O Desenvolvimento e a Constituição**

Em que pese as normativas internacionais promovidas logo após o término da Segunda Grande Guerra Mundial em 1945 inaugurando uma nova ordem mundial que buscava a promoção e o império da paz, mas que, ao mesmo tempo, dividia o planeta em nações desenvolvidas e não desenvolvidas, entre estados com regime capitalistas e regimes comunistas, resultou, ironicamente, em uma guerra silenciosa entre potencias nucleares. Contudo, houve neste período o florescimento da argumentação e a equiparação da economia social mediante o desenvolvimento.

O modelo ideológico de desenvolvimento foi promovido pelos países que defendiam regimes econômicos e sociais distintos, por um lado havia o regime capitalista encabeçado pelos EUA e a Grã Bretanha, por outro havia a União Soviética e todas aqueles países satélites que compuseram o sistema comunista. É de convir que ambos regimes defenderam a utilidade e a preponderância de suas ideologias impondo um status de desenvolvimento aos demais e reforçando o papel daqueles que se encontravam na situação de Estados Centro e Estados Periféricos [MALISKA, p.17].

Sabe-se que o regime capitalista saiu vitorioso principalmente com a queda do muro de Berlim (1989) e com o colapso da União Soviética (1991), contudo o conceito de desenvolvimento apresentado pelos vencedores acabou servindo de modelo aos demais atores internacionais. Obviamente há uma percepção colonialista anterior a esse período e que também serve de justificativa para a preponderância da ideologia capitalista. Porém, se o conceito de nação desenvolvida, avançada e futurista, era os EUA e a Europa, então, qual seria o ideal a ser seguido pelo terceiro mundo? Haveria a possibilidade de se buscar uma identidade nacional de avanço e desenvolvimento entre um país latino-americano e um europeu? A resposta estaria na promoção do desenvolvimento de ideologia liberal mas com participação estatal na elaboração de mecanismos que visassem o desenvolvimento, ou seja, a presença do Estado social e a participação do mercado na economia, desta maneira estariam os países, aos olhos de alguns, em processo de desenvolvimento econômico e social, contudo, há importante crítica a respeito dessa dualidade visto que o emprego dessas ideologias ao desconsiderar as especificidades e as culturas locais, na realidade, somente acabam distanciando e polarizando ainda mais as nações [FOLLONI, p. 69], com isto questiona-se se há soberania suficiente para lograr discernir o modelo de desenvolvimento que se tentará construir entre as nações.

O ponto de reflexão repousa no entendimento de que os países latino americanos – periféricos – devido a sua dependência econômica nunca chegaram a formar um estado com soberania e independência de fato e isto em razão de qualquer outra potência econômica. Ao exemplo ocorrido pela Inglaterra, França e Alemanha, os países latino-americanos, portanto, dependentes economicamente, nunca conseguiram verdadeira autonomia, o que, por si só, lança dúvida quanto à soberania considerada pelo Direito Internacional [MALISKA, 19-20].

É neste cenário internacional que se deu a normatização constitucional que visou emoldurar o desenvolvimento hoje

estudado e foram intentadas por primeira vez no Brasil perante a Constituição de 1967.

Compreende-se como primeiro intento a tímida [FOLLONI, p. 71] previsão contida na Constituição Brasileira de 1967, promulgada em 24 de janeiro em decorrência do Golpe de Estado de 1964, no Título III *Da Ordem Econômica e Social*, em seu art. 157, inciso V, onde estabelece como fundamento da ordem econômica o desenvolvimento econômico, buscando a realização da justiça social. Note-se claramente que o conceito utilizado pelo artigo 157<sup>6</sup> indica inequivocadamente que o desenvolvimento estaria diretamente associado à evolução econômica, sendo esta alcançada; a economia e sua evolução, como conceito de desenvolvimento, é que se estaria então possibilitando uma justiça social.

Prossigui a Carta de 1967 com o uso da terminologia desenvolvimento econômico dando a conotação de que o processo de desenvolvimento do país estaria atrelado intimamente com a economia, em posteriores modificações a carta utilizou a terminologia “desenvolvimento nacional” (art. 160, art. 4<sup>o</sup>, inciso I e art. 8<sup>o</sup>, inciso V) mas ainda com forte relação com o desenvolvimento do produto interno.

É de se reconhecer que existe previsão legislativa para a formulação de mecanismos no sentido de promover condições de existência humana digna, conforme se observa na Carta Magna de 1988, esta situação caracteriza que o Estado brasileiro é signatário da Carta das Nações Unidas na promoção de intervenção social, principalmente no que tange as garantias fundamentais e aos direitos sociais concernentes ao bem estar, ao desenvolvimento e a igualdade de sua população. Neste diapasão é de se constatar que a evolução dos direitos fundamentais, de primeira, segunda e terceira dimensão (ainda existem aqueles que detectam mais duas

---

<sup>6</sup> Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios:  
(...)

V - desenvolvimento econômico;

dimensões) foram objetos de conquistas sociais uma vez que nestas dimensões os direitos fundamentais vieram a consolidar a proteção do ser humano ante os anseios decorrentes dos acontecimentos históricos. Portanto, compreende-se que os direitos fundamentais formulam-se e concretam-se com o tempo, com as circunstâncias, com os anseios, de modo a possibilitar uma adaptação quanto a busca por dignidade.

Não adentrando à seara que trata a respeito dos conceitos de direitos humanos, direitos fundamentais e ainda aos direitos humanos fundamentais, é fato de que o desenvolvimento tem sido reconhecido por parte da doutrina como direito fundamental de terceira dimensão<sup>7</sup> mesmo carecendo de uma estrutura normativa que logre promover eficácia concreta, porém, ao considerar a estrutura constitucional, e a disposição dos direitos fundamentais, diz Sarlet, que independentemente da existência de resultado concreto do direito fundamental a real relevância se encontra na previsão, seja direta ou indireta, e como formadora da estrutura do Estado Democrático de Direito, ademais, diz Sarlet que *“É justamente nesse contexto que os direitos fundamentais passam a ser considerados, para além de sua função originária de instrumentos de defesa da liberdade individual, elementos de ordem jurídica objetiva, integrando um sistema axiológico que atua como fundamento material de todo o ordenamento jurídico”* p.61.

Numa análise constitucional do termo desenvolvimento, é importante observar o artigo 151, inciso I, da Constituição Federal, onde indica que a igualdade deverá ser um valor a ser “...promover o equilíbrio do desenvolvimento sócio-econômico entre as diferentes regiões do País”, também em artigo 239, §1º, artigo 218, §2º, art. 5º, XXIX, ou seja, a Carta trata em seu bojo inúmeras vezes a respeito do desenvolvimento, seja no âmbito da promoção de igualdades regionais, seja na estruturação da aceleração do

---

<sup>7</sup> SARLET “A atribuição da titularidade de direitos fundamentais ao próprio Estado e à Nação (direitos à autodeterminação, paz e desenvolvimento) tem suscitado sérias dúvidas no que concerne à própria qualificação de grande parte destas reivindicações como autênticos direitos fundamentais” p. 49

crescimento econômico, no plano do avanço tecnológico e claramente no sentido de elevação na qualidade social.

Neste sentido a conceituação aqui compreendida a respeito de desenvolvimento envolve a necessidade de uma atuação estatal com o intuito de se lograr mudanças qualitativas na sociedade, prestigiando o bem estar social da maioria da população. (HACHEM, p. 152-153)

A atual noção de desenvolvimento, portanto, pressupõem a interdependência do aspecto econômico com outros elementos, tais como o social e o político, e a ocorrência de transformações estruturais que permitam, para além das mudanças qualitativas, a sua manutenção de forma sustentável. Ele não se confunde com mero crescimento, circunscrito à elevação produtiva em termos quantitativos, nem com a modernização, que não acompanha a melhoria generalizada das condições de bem-estar social da maioria populacional

Em que pese a descrição literal da terminologia, conforme salienta FOLLONI p.73, ainda há os casos em que o desenvolvimento se encontra implícito; *“Além disso, embora visto amplamente, o desenvolvimento não é livre de qualificações materiais. Ele deve ser buscado em ‘equilíbrio’ com o ‘bem-estar em âmbito nacional’ (art. 23, par. Único); deve ser um ‘desenvolvimento equilibrado’ (art. 192, caput); sua busca não pode contradizer o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225, caput) – em relação, aliás, aproximada da noção de desenvolvimento sustentável do Relatório Brundtland, da ONU, de 1987...”*

Conforme ensina Sarlet o desenvolvimento se encontra abrangido pelos chamados direitos de solidariedade e fraternidade de terceira dimensão, ou, para parte da doutrina, de terceira geração. No magistério de Sarlet constata-se que o desenvolvimento, *a priori*, logra se enquadrar no conceito de direito fundamental pois encontra sua positivação estabelecida pela Carta de 1988. Contudo, como nos casos dos demais direitos de terceira dimensão, o desenvolvimento carece de mecanismos ou técnicas próprias de efetivação ou ainda de eficácia. Compreendemos que esse déficit esteja diretamente relacionado com o fato de que o desenvolvimento, compreendido como direito fundamental, *a priori*, tem sua

titularidade no próprio Estado, promovendo, assim, ainda, críticas quanto a sua fiel estrutura de direito fundamental.

### 3.2 A pobreza e a Constituição

A conceituação de pobreza se demonstra tarefa impossível de ser atribuída ao presente trabalho, todavia a terminologia pode requerer interpretações e aspectos que muitas das vezes dependem da conceituação individual a respeito de pobreza. Contudo, sabe-se, de fato, que ao não dispor de alimento, abrigo e saúde, fatos que se configuram necessidades básicas, se está diante da pobreza.

Obviamente que o conceito muitas das vezes se dá de modo intuitivo, por comparação. Hoje, analisar a fuga em massa de emigrantes da Venezuela para o Brasil ou de africanos para a Europa, denota uma situação clara de que há pobreza no seu local de origem, independentemente do motivo pelo qual a pobreza resultou, assim, seja pelas condições precárias do país natal ou ainda pela inevitável carência de alternativa ao *status quo*, a fuga se demonstra a derradeira alternativa.

No Brasil tem-se que existam cerca de 14,8 milhões<sup>8</sup> de pessoas pobres ou que vivem na extrema pobreza. Do ano de 2016 até 2018 a extrema pobreza registrou aumento em 11,2% em todo o país, sendo que todas as regiões estudadas apresentaram crescimento nos índices<sup>9</sup>. Corrobora com esses dados o informe promovido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE<sup>10</sup> referente ao ano de 2017, onde destaca que conforme recorte

---

<sup>8</sup><https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas> (acesso 06/08/2018)

<sup>9</sup><https://www.valor.com.br/brasil/5446455/pobreza-extrema-aumenta-11-e-atinge-148-milhoes-de-pessoas> (acesso 06/08/2018)

*“Todas as regiões exibiram indicadores piores de pobreza. O Nordeste concentrava 55% da população extremamente pobre. No ano passado, eram 8,1 milhões de pessoas na região com renda per capita abaixo de R\$ 136, boa parte concentrada na Bahia e em Pernambuco. É um contingente 10,8% maior do que o registrado no ano anterior, ou 800 mil pessoas a mais”.*

<sup>10</sup> <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101459.pdf> (acesso 08/08/2018)

do Banco Mundial, cerca de 52,16 milhões de brasileiros vivem com menos de 5,50 dólares (no ano de 2016).

A pobreza pode ser considerada a situação onde o indivíduo não obtém condições mínimas para o exercício de sua cidadania. Nesta condição o ser humano não possui a capacidade de direcionar sua vida ou de lograr satisfazer as necessidades mínimas e por necessidades mínimas pode-se compreender desde a alimentação, o trabalho digno, a segurança, a moradia entre outros. Mas além dessas características já reconhecidas da pobreza existe, ainda, outra face dessa mazela, que é o fato de que ao indivíduo que esta em condição de pobreza é negada a autodeterminação e o desenvolvimento próprio [REZA, p.3], destacam ainda alguns que a pobreza dependerá das condições culturais a respeito do conceito de pobreza, sendo necessário destacar que para determinadas culturas a pobreza poderá ser a ausência de consumo de determinados bens, enquanto que para outras seria a inexistência de condições ou capacidade de consumo.

Essa situação também se observa quanto aos índices de pobreza e o requisitos para compreensão dessa pobreza, vez que a linha que define o que é ou não pobreza muitas das vezes será concebida por organismos internacionais que não logram especificamente estabelecer de maneira segura o que é pobreza ou não.

Se os mecanismos ou as metodologias para aferição da pobreza são muitas das vezes objeto de questionamento à nível global [DEATON, p. 235], a conceituação e delimitação do que vem a ser pobreza também é um objeto de forte crítica por parte da doutrina, para outros, [SALVIA, LÉPORE, p. 1] a pobreza somente faz enfatizar ainda mais a inexistência ou a carência de direitos<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> A menudo la pobreza es entendida como la causa de la denegación de derechos humanos fundamentales, puesto que se acepta que tal situación entraña un grave daño a la vida y a la dignidad humana. El derecho a una vida digna es un derecho humano consagrado por los instrumentos internacionales y supone el cumplimiento de un conjunto más amplio de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.

Neste sentido é que se desenvolveu um processo de conceituação da pobreza, vez que ao conceituar o que vem a ser a pobreza é que se logra implementar, a princípio, mecanismos de efetivação do desenvolvimento, ou ainda, a conceituação também a respeito do desenvolvimento, pois, em sendo o desenvolvimento um valor ou ainda um direito, servirá como base para a busca constitucional da erradicação da pobreza. Mas neste sentido ainda importante considerar conceitos de delimitação ou tipos de pobreza, para o Banco Mundial a pobreza extrema significa a inexistência ou carência de acesso a serviços básicos para o ser humano, tais como alimento, educação, saúde e moradia.

Por pobreza moderada compreende aqueles casos em que há acesso à saúde, educação e moradia, contudo o acesso a esses bens e a qualidade deles ainda dificultam ou impossibilitam um desenvolvimento adequado, perpetuando esses indivíduos em um ciclo dependente. Corroborando com o ensinamento apresentado por SEN, citam SALVIA e LÉPORE p. 7<sup>12</sup> que os estudos abrangidos

---

<sup>12</sup> Una mayor especificación de los alcances del enfoque puede constatararse a partir de la consideración de la tesis que sugiere la menor variación histórico-social del espacio de las capacidades, que le permite a Sen afirmar la idea de un “núcleo irreducible de pobreza absoluta”. Según esta interpretación, la pobreza es una noción absoluta en el espacio de las capacidades, en tanto que es relativa en el espacio de los bienes y sus características. En consecuencia, el estudio de la pobreza debe distinguir, por un lado, el fracaso de las capacidades básicas, dominio de la pobreza absoluta, y por el otro, la falta de acceso mínimamente adecuado a los medios comunes de realización de tales capacidades, dominio de la pobreza relativa. Apelando a esta distinción analítica, Sen procura superar el antagonismo entre las definiciones absolutas y relativas de la pobreza (Sen, 1992). Frente a este marco de referencia, la literatura especializada reconoce el valor del enfoque, en la medida que aporta una visión novedosa para la descripción del desarrollo humano como realización de capacidades centrales, identificando a la libertad como su propósito final. Sin embargo, se remarcan las dificultades existentes para convertirlo en un instrumento de evaluación y de orientación de políticas, dada la distancia entre los alcances de la noción de capacidades y el modo en el que el espacio de las capacidades puede ser efectivamente operacionalizado. A lo que cabe agregar que la ausencia de una teoría explícita sobre el bien humano, dificulta convenir no sólo una lista de capacidades esenciales, sino también los parámetros a partir de los cuales es posible establecer los umbrales de actualización de tales capacidades. Pese a este carácter incompleto, el enfoque contiene un considerable poder reductor, al especificar que no sólo debemos valorar la felicidad, o la realización de deseos, como sostienen los enfoques basados en la utilidad; o los ingresos o el acceso a recursos, como sostienen los enfoques basados en el criterio de la opulencia y otras variantes no utilitaristas. Por eso, el mismo Sen afirma que la parte más desafiante de los argumentos en favor del enfoque radica precisamente en lo que niega.

pelos organismos internacionais por mais que intentem mensurar especificamente o alcance da pobreza ainda carecem de uma linha de corte que considere metodologicamente como o desenvolvimento ou carência deste, impacta na erradicação da pobreza. Ademais, o conceito de liberdade apregoado por SEN se demonstra demasiadamente abstrato como que para ser capaz de configurar com índice de aferição do desenvolvimento e conseqüentemente da pobreza.

O fato é que o legislador constituinte optou por determinar textualmente o combate à pobreza como um dos objetivos fundamentais do Brasil, para tanto estabeleceu em seu artigo 3º, inciso III, o ato de erradicar a pobreza e sua marginalização na sociedade brasileira. Mais adiante ao estabelecer competência comum entre os entes da federação, determinou novamente a responsabilidade concorrente em combater a pobreza e os fatores de marginalização, *vide*, artigo 23, inciso X, conseqüentemente, por sua vez, o desenvolvimento relacionada ao erradicação da pobreza, se apresenta mediante interpretação implícita no §§ 2º do artigo 5º, tal como aceito por parte da doutrina (HACHEM, p. 150).

Não há como dissociar a erradicação da pobreza com o desenvolvimento, principalmente se este for considerado como um direito fundamental, vez que logra abranger o interesse do legislador constituinte numa sociedade igualitária e solidária com uma atuação própria do Estado em utilizar mecanismos que consagrem a erradicação da pobreza e a retirada da marginalização de determinadas regiões.

As discussões a respeito do financiamento de projetos e programas sociais de erradicação da pobreza sofreram estruturação com o advento da Emenda Constitucional n. 31/2000, a qual, em seu bojo, preceitua a criação de fundos junto aos entes públicos abastecidos com percentuais da arrecadação tributária do ICMS de produtos considerados supérfluos. No entanto, esses recursos destinados e baixo comando dos entes federados, aparentemente, não vem demonstrando resultados satisfatórios, vez que, como se

observa, a pobreza nos últimos anos tem aumentado. É de se questionar se a aplicação desses recursos tem sido o mecanismo suficiente para que as atividades programáticas de estado são suficientes ou insuficientes para lograr equacionar a realidade da pobreza no país.

## **Conclusão**

Não há como negar que a erradicação da pobreza se demonstra como dever do Estado brasileiro, tampouco há como negar o comando expresso do legislador constituinte quanto a erradicação da mazela da pobreza no Brasil. Contudo, ainda restam dúvidas quanto a aplicação desse dever de erradicação da pobreza, principalmente se considerado o uso do chamado direito fundamental de desenvolvimento, ou, ainda, direito fundamental ao desenvolvimento (conceitos ainda que necessitam de maior maturação).

Conforme acima exposto considera-se, como parte da doutrina, o direito ao desenvolvimento como um direito fundamental de terceira dimensão e com isso passível de exigência mediante conceito de direito coletivo.

Em que pese a ainda nebulosa concepção a esse respeito, compreendemos que a exigência estatal quanto a erradicação da pobreza perfaz obrigatoriamente a aceitação de que desenvolvimento tem natureza de direito fundamental, além, claro, de também tratar-se de direito humano, vez que se encontra previsto em organismos internacionais – Resolução 41/128 – ONU.

Os índices de pobreza no país demonstram que Emenda Constitucional n. 31/2000 que criou fundos de combate à pobreza, abastecidos com percentuais da arrecadação tributária do ICMS de produtos considerados supérfluos, não lograram reduzir os índices recentemente alçados, o que revela o questionamento se para essa obrigatoriedade constitucional haveria de se promover interpretação no sentido de reconhecer a ‘erradicar a pobreza’ como

dever fundamental do estado para além do direito fundamental de desenvolvimento.

## Referências

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

CARDUCCI, Michele. **Relação entre desenvolvimento econômico, desenvolvimento constitucional e originalidade do Brasil**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 12, n. 49, p. 15-26, jul./set. 2012.

DEATON, Angus. **A Grande Saída: Saúde, Riqueza e as Origens das Desigualdades**; tradução Marcelo Levy. – 1 ed. – Rio de Janeiro: intrínseca, 2017.

FERNANDES, Francisco Liberal. **A pobreza perante o direito**. Escola de Direito do Porto da Universidade Católica Portuguesa. Revista Eletrônica de Direito Junho de 2014, n. 2.

FOLLONI, André. **A Complexidade Ideológica, Jurídica e Política do Desenvolvimento Sustentável e a Necessidade de Compreensão Interdisciplinar do Problema**. Revista Direitos Humanos Fundamentais, Osasco. Janeiro-Junho de 2014.

GABARDO, Emerson. **A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento social em um Estado Social**. Revista Digital de Direito Administrativo, vol. 5, n. 1, p.99-141. Ribeirão Preto: 2018.

GOMES, Eduardo Bianchi. MASSUCHIN, Barbara Andrzejewaki. **Direitos fundamentais e direito ao desenvolvimento. A Conferência de Copenhague: uma nova tentativa de cooperação internacional para uma política climática eficiente**. Revista de Direito Administrativo&Constitucional. Fórum, Belo Horizonte,2003 – n. 11.

HACHEM, Daniel Wunder. **A Noção Constitucional de Desenvolvimento para Além do Viés Econômico: Reflexos sobre algumas tendências do Direito Público Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo&Constitucional. Fórum, Belo Horizonte, 2013 – n. 53.

- MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI: A Integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006
- NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos fundamentais e justiça constitucional em estado de direito democrático**, 1ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2012.
- PRADO, Mariana Mota. **O Paradoxo das Reformas do Estado de Direito: Quando reformar iniciais se tornam obstáculos para reformas futuras**. Revista de Sociologia Política V. 21, n. 45. Março de 2013.
- REZA, Sonia Yolanda Rocha. **Pobreza, socialización y movilidad social: tesis doctorado**, Universidad Iberoamericana: México, 2007.
- RASTREPO, Juan Camilo Castellanos. BETANCUR, Milany Andrea Gómez. **El Desarrollo como Derecho. Una Perspectiva Histórica de su Consagración Jurídica Internacional**. Revista: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Vol. 44, n. 121. Medellín - Colombia. Julio-Diciembre de 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.
- SALVIA, Agustín. LÉPORE, Eduardo. **Desafíos del Enfoque de los Derechos Humanos y del Desarrollo en la Lucha Contra la Pobreza: Aportes al Debate desde las Ciencias Sociales**. Universidade Católica Argentina - UCA. [www.top.org.arg](http://www.top.org.arg) (acesso em 03/08/2018)
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**; Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.



## **Pobreza: Um enfoque a realidade Brasileira através dos ensinamentos de Amartya Sen**

*Elisangela Marli Zakszeski*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

A Carta da República Federativa do Brasil de 1988(BRASIL,1988) prega em seu artigo 3º, os seus objetivos fundamentais, entre estes encontram-se junto ao inciso III, a erradicação da pobreza.

Denota-se que o artigo acima, prevê que como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, entre outras coisas, a construção de uma sociedade justa, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais. Pois bem, foca-se o presente estudo na questão da Pobreza na visão de Amartya Kumar Sen<sup>2</sup> e a realidade Brasileira.

Tem-se profunda tristeza e decepção de que em pleno século XXI ainda discuta-se sobre a questão da pobreza e da desigualdade

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direito junto ao Programa Interinstitucional de Mestrado em Direitos Fundamentais e Democracia-MINTERI- UNIBRASIL, Linha de Pesquisa: Jurisdição e Democracia. Especialista em Direito Público pela Universidade Anhanguera-Uniderp(2010).Procuradora efetiva do Poder Legislativo do Município de Cruz Machado-Estado do Paraná e conselheira e relatora do Conselho Subseccional de Ética de União da Vitória-Estado do Paraná. ORCID id: 0000-0003-3247-3868

<sup>2</sup> AMARTYA KUMAR SEN-Nasceu em Santiniketa, Índia, em 1933. Economista e filósofo, seus escritos influenciaram substantivamente análises e programas de organismos da ONU e do Banco Mundial. Em 1998, ganhou o Nobel da Economia. Principais obras: A ideia de Justiça (2009); Desenvolvimento como Liberdade(1999) Desigualdade Reexaminada(1992)

social, agravada ao fato de possuir uma promessa, uma garantia constitucional de erradicação do referido problema, o qual afeta diretamente o próprio desenvolvimento da sociedade, e que, ao contrário da norma constitucional, não houve uma erradicação mas um aumento deverás considerável, tanto que apura-se um retrocesso de 10(dez anos).

O presente artigo é um breve estudo, longe de ser um estudo conclusivo, pois, a pobreza é um mal que afeta tanto as sociedades ricas como as pobres, um problema antigo a ser combatido, se é que pode ser combatido.

Tem-se a pobreza como uma das mais graves forma de privação que impõe à alguns indivíduos de uma sociedade sujeitar-se a limitações tanto de liberdade como de capacidades, a qual classicamente estava ligada a questão de renda. Através dos ensinamentos do economista e filósofo Amartya Kuman Sen, vislumbra-se a questão da pobreza além da visão clássica de renda, e para tanto, tem-se as obras *Desenvolvimento como Liberdade e Desigualdade Reexaminada*, como referência.

A primeira parte, do estudo trata de breve explanação sobre o conceito de sociedade e sociedade justa, passando a analisar a questão da pobreza e a diferenciação desta da desigualdade social, pois apesar de estarem interligadas, não são iguais. Prosseguindo apresenta-se a realidade Brasileira reproduzida através de dados extraídos de pesquisas efetuadas pelo IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e estatísticas) e Fundação Getúlio Vargas efetuando-se algumas considerações. Dando continuidade, trata-se a pobreza através da visão do economista Amartya Kumar Sen, o qual foi além de pensar a pobreza apenas e tão somente com relação a deficiência de renda, mas sim como uma privação grave de liberdade e de capacidade. Por fim apresenta-se as considerações finais do presente estudo.

Na presente pesquisa utiliza a abordagem de natureza teórica, usando as técnicas metodológicas de pesquisa bibliográfica e consulta a pesquisa de campos efetuadas e publicadas pelos institutos de pesquisa acima informados.

## 2. Sociedade e sociedade justa

Concebe Eugen Ehrlich (MALISKA, 2015,p.15) a sociedade como um agrupamento de associações onde, o mundo da vida e também o direito não conhecem o indivíduo desvinculado do seu contexto, mas como pertencente a uma associação social formada por um conjunto de pessoas, com regras reconhecidas por estes as quais determinam o seu agir.

Na visão de John Rawls (LOVETT, 2013, p.21), a sociedade também é vista como uma associação em um sistema de cooperação e com regras, mas neste passo o autor ressalta a questão de conflitos e de identidade de interesses entre seus membros, nos seguintes termos:

[...] a sociedade é, mais ou menos, uma associação autossuficiente de pessoas que em suas relações mútuas reconhecem determinadas regras de condutas como obrigatórias e, que, em sua maior parte, agem de acordo com elas. Suponha que essas regras especifiquem um sistema de cooperação projetado para ampliar o bem de quem dele participa. Pois bem, embora a sociedade seja um empreendimento cooperativo voltado ao benefício de todos, ela será normalmente marcada pelo conflito e também por uma identidade de interesses. (LOVETT, 2013, p.21)

Para Rawls(LOVETT,2013,p.23), a estrutura básica da sociedade seria um conjunto de instituições e práticas sociais que sistematicamente influenciam o modo como serão as nossas vidas, independente do esforço individual, ou seja, essas instituições e práticas incluem obviamente o sistema de governo e as leis, mas também, coisas menos óbvias, como a organização da economia e, em alguns casos, as condições culturais.

Pois bem, tem-se, portanto, que dentro de uma sociedade rica ou pobre, os seus membros não possuem as mesmas oportunidades e que mesmo que estejam sobre as mesmas regras, que em tese

deveriam reverter em benefício a todos, haverá conflitos e diferenças de oportunidades entre os seus membros.

O que seria uma sociedade justa? Em *Uma teoria da Justiça*, o ilustre filósofo John Rawls (2000, p.4), coloca a justiça como a primeira virtude das instituições sociais, onde para este, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis e os direitos assegurados pela justiça não são sujeitos à negociação política ou a cálculo de interesses sociais.

Tem-se que uma estrutura básica mais justa de uma sociedade, seguindo os ensinamentos de Rawls, seria aquela que alguém escolheria se não soubesse qual viria a ser seu papel particular no sistema de cooperação daquela sociedade, ou seja, nesta situação hipotética, onde o lugar do estado natural, imagina-se pedir às pessoas que escolham uma estrutura básica a partir de “uma posição original” e, como ninguém espera que saiba qual papel ocupará na sociedade esta escolha dar-se-ia atrás de “um véu da ignorância”.(LOVETT, 2013, p.24).

Segundo este a argumento de Rawls na posição original, de trás do “véu da ignorância”, não se escolheria princípios gerais utilitaristas<sup>3</sup>, mas princípios da justiça como equidade. Portanto, uma sociedade será justa na visão de John Rawls se está além de ser ordenada, possuir uma equitativa distribuição de direitos, deveres e vantagens entre os seus membros, onde está equidade será feita por meio da aplicação dos princípios da liberdade da igualdade, que são escolhidos pelos membros dessa sociedade com base no senso de justiça e com imparcialidade.

---

<sup>3</sup> Princípios utilitaristas: O utilitarismo sustenta, fundamentalmente, que as ações, leis, instituições etc, podem ser julgadas como melhores ou piores de acordo com a tendência que tenham de ampliar ao máximo o somatório e felicidade dos indivíduos, considerando a felicidade de cada pessoa. Quando apresentado pelo filósofo inglês Jeremy Bentham(1748-1832) no final do século XVIII, o utilitarismo constituiu-a em uma doutrina filosófica impressionante- ou mesmo radical. Ela coloca de lado toda e qualquer referência à vontade divina, aos interesses da sociedade, aos costumes e tradições, à lei da natureza,etc. No lugar disso tudo, a doutrina pregava o que se pensava ser o procedimento diretamente racional e científico de simplesmente medir a felicidade de cada indivíduo e depois calcular a felicidade da população como um todo. (LOVETT, 2013,p.11)

Dispõe GARGARELLA (2008, P.19) que “as instituições básicas da sociedade não devem se distinguir apenas por serem organizadas e eficientes, elas devem ser, sobretudo justas. E, se não forem então, deverão ser “reformadas ou abolidas”. Afirmo ainda o autor que:

O objetivo primário da justiça é a estrutura básica da sociedade ou, mais exatamente, o modo como as instituições mais importantes distribuem os direitos e deveres fundamentais, e, determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social. Por instituições mais importantes, entendo a constituição política e as principais disposições econômicas e sociais. (GARGARELLA, 2008,p.19)

Gargarella citando John Rawls, dispõe ainda, a questão de que uma sociedade onde se predominam circunstâncias de Justiça seria aquela em que “não existem nem uma extrema escassez nem uma abundância de bens, onde as pessoas são mais ou menos iguais entre si (quanto as suas capacidades físicas e mentais) e também vulneráveis às agressões dos demais.”(GARGARELLA,2008, p.20)

Segundo Rawls(GARGARELLA,2008), não existe um critério independente que possa nos dizer o que é justo fazer, porém aponta que existem procedimentos que podem ajudar-nos a chegar a resultados equitativos. Citando o pensamento igualitário, Gargarella, aduz que: “uma sociedade justa deve, na medida do possível, tender a igualar as pessoas em suas circunstâncias, de tal modo que o que ocorra com suas vidas fique sob sua própria responsabilidade. (GARGARELLA, 2008, p.27)

Diante dos fatos acima, pergunta-se: O que reflete a realidade brasileira sobre a pobreza? A promessa constitucional de erradicação de pobreza é uma realidade ou uma utopia? A pobreza é uma privação somente de renda? O que é ver a pobreza além da renda?

### 3. Desigualdade social e pobreza

Necessário fazer um breve apontamento sobre a desigualdade social e a pobreza, a fim de que não sejam confundidas e tratadas como sinônimos, pois apesar de estarem interligadas não são a mesma coisa, sendo a desigualdade nada mais do que a distância social entre os mais ricos e os mais pobres em uma determinada circunstância e a pobreza estaria ligada mais diretamente a questão de renda, sendo este o conceito clássico, mas conforme aqui demonstraremos não é a único fator.

No que concerne a desigualdade social na humanidade está estaria ligada diretamente à relação de poder, estabelecida desde o princípio dos tempos, para fins de conceituar, faz-se uso de dois pensadores: Karl Marx<sup>4</sup>, onde para este a desigualdade social era um fenômeno causado pela [divisão de classes, e, diante da existências entre estas de](#) classes dominantes, estas se utilizavam da miséria gerada pela desigualdade social como instrumento de manter o domínio estabelecido sobre as classes dominadas, numa espécie de ciclo.

Na atualidade constata-se a divisão de classe sociais, entre estas a classe alta, média e baixa, sendo com relação a esta última ocorreria uma subdivisão para a denominada “linha da pobreza” e desta a chamada “abaixo da linha de pobreza”, conforme a aborda a presente pesquisa. Já na concepção de Jean -Jaqcques Rousseau(ROUSSEAU,1753, p.12) em sua obra, o “*Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens*”, apresentada por Nélon Jahr Garcia, a desigualdade é dividida em duas espécies, sendo uma natural ou física(diferenças de idade, saúde, forças, etc) e outra moral ou política(especie de convenção, autorizada pelo consentimento dos homens), citemos:

---

<sup>4</sup> DESIGUALDADE SOCIAL-Contexto histórico: Disponível em :<http://desigualdade-social.info/contexto-historico.html> Acesso em 19/02/2019 às 10:13 horas

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais ricos, mais honrados, mais poderosos do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.( ROUSSEAU, 1753,pg. 12)

Prosseguindo, com relação a pobreza, o IPEA<sup>5</sup>, em artigo publicado junto a sua revista, conceitua pobreza como “situações de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico”.(VASCONCELOS,2007, pg.01-03)

O que é pobreza?(VASCONCELOS,2007,pg.3) Neste ponto a situação de pobreza estaria presente quando as pessoas têm tão pouca renda que não conseguem satisfazer as necessidades socialmente estabelecidas, sendo a sua medição construída com base na ideia das capacidades, onde a escolha de uma linha de pobreza deveria refletir o custo de alcançar as necessidades humanas básicas.

Tem-se que a pobreza pode ser vista por outras formas, não só os aspectos de renda, mas de forma mais ampla, relacionada “à privação dos itens mais necessários à existência digna, tais como liberdade, bem-estar, saúde, educação, direitos, empregos, meios para participar do mercado de consumo, e tantos outros quanto se possa pensar.” (VÉRAS, 1999)

Entende-se que talvez a melhor conceituação de pobreza é a realidade dura e crua vivenciada pela própria pessoa que vivenciada esta situação e para tanto, a forma retratada por Deepa Narayan(2000), ao ouvir os pobres sobre a sua realidade, é deverás chocante, conforme trecho extraído do artigo “A pobreza como um fenômeno multidimensional” dos autores Antonio Pedro Albernaz Crespo e Elaine Gurovits, cita-se:

---

<sup>5</sup> IPEA- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), órgão ligado ao Ministério do Planejamento do Governo Federal

Pobreza é fome, é falta de abrigo. Pobreza é estar doente e não poder ir ao médico. Pobreza é não poder ir à escola e não saber ler. Pobreza é não ter emprego, é temer o futuro, é viver um dia de cada vez. Pobreza é perder o seu filho para uma doença trazida pela água não tratada. Pobreza é falta de poder, falta de representação e liberdade. (CRESPO, GUROVITS, 2002,p.11)

Diante da triste realidade acima exposta, passamos a tratar da pobreza segundo a realidade brasileira.

#### **4. Dados dos índices de pobreza no Brasil**

*Ainda que a pobreza seja perceptível em diversos lugares e situações, é muito difícil captar exatamente sua dimensão, suas carências e quais as medidas possíveis para amenizar o sofrimento das pessoas que estão diante desta situação e que vivem com pouco ou nenhum recurso.*

De acordo com os dados consultados e divulgados pelo IBGE através da agência Brasil (OLIVEIRA, 2017), publicados em 15/12/2017, o Brasil hoje conta com 50 milhões de brasileiros que vivem na linha de pobreza, tendo como maior índice de pobreza registrado no Nordeste, onde tal condição afetaria 43,5% da população. A Pesquisa divulgada faz parte da síntese de indicadores sociais –SIS 2017, da qual se extrai que o menor índice de pobreza é encontrado na região Sul do país, no percentual de 12,3%.

Segundo os dados do IBGE(OLIVEIRA,2017), viveriam na considerada linha de pobreza os que tem renda familiar equivalente a R\$ 387,07(trezentos e oitenta e sete reais e sete centavos)-mensais ou U\$5,5(cinco dólares e meio) por dia, valor este adotado pelo Banco Mundial para definir se uma pessoa é pobre ou não.

A pesquisa releva uma triste realidade: O Brasil considerado como um país rico é na verdade um país profundamente desigual e a desigualdade gritante se dá em todos os níveis, quer seja por regiões do país, por gênero(no geral mulheres ganham menos), raça e cor: onde os trabalhadores pretos ou pardos respondem pelo

maior número de desempregados, têm menor escolaridade, ganham menos, moram mal e começam a trabalhar bem mais cedo exatamente por ter menor nível de escolaridade, conforme dados extraídos pelo IBGE(OLIVEIRA,2017).

Assustador é constatar nos termos da referida pesquisa que um país onde a renda per capita dos 20% que ganham mais, cerca de R\$ 4,5 mil, chega a ser mais de 18 vezes que o rendimento médio dos que ganham menos e com menores rendimentos por pessoa – cerca de R\$ 243(duzentos e quarenta e três reais).Os dados são chocantes, porém, efetivamente demonstram que a previsão constitucional de erradicação de pobreza e diminuição da desigualdade social ainda, no Brasil, infelizmente, não saiu do papel.

**Segundo a pesquisa aqui citada, há desigualdade acentuada no** que diz respeito à distribuição de renda no país, onde a Síntese dos Indicadores Sociais 2017 comprovou, mais uma vez, que o Brasil continua um país de alta desigualdade de renda, inclusive, quando comparado a outras nações da América Latina. Tem-se ainda segundo o estudo como destaque negativo as Regiões Norte e Nordeste com os maiores valores sendo observados no Maranhão (52,4% da população), Amazonas (49,2%) e Alagoas (47,4%).Em todos os casos, a pobreza tem maior incidência nos domicílios do interior do país do que nas capitais, o que está alinhado com a realidade global, onde 80% da pobreza se concentram em áreas rurais.

Em estudo efetuado pela Fundação Getúlio Vargas (FGV,2018), publicado em data de 10 de setembro de 2018, constata-se que a pobreza e a desigualdade social aumentaram nos últimos 4 (quatro)anos no Brasil, retornando a pobreza aos níveis do começo da década (2011) e que portanto, esse período caracterizaria uma década perdida, assim como, que houve um retrocesso com relação a desigualdade social que o Brasil não experimentava mais de três anos consecutivo e que isso também explicaria o mau desempenho econômico do país.

Confrontando os estudos, tem-se que o IBGE divulgou em 2017 que o Brasil contava **com 50 milhões de brasileiros vivendo na Linha de pobreza**. A Fundação Getúlio Vargas em seu estudo indica um aumento da pobreza e da desigualdade até **o segundo trimestre de 2018** (dados publicados em setembro de 2018), onde **há 23,3 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza**, ou seja, com rendimentos de R\$232,00 por mês, cerca de 11,2% da população.

Diante deste lamentável resultado, aponta o estudo que a miséria subiu 33% nos últimos quatro anos, onde ter-se-ia, 6,3 milhões de novos pobres, comparando o estudo que o número seria inclusive superior a população do Paraguai. Conclui os pesquisadores da Fundação Getúlio Vargas que a pobreza atual voltou aos níveis do começo da década (2011) e que, esse período caracterizaria como uma década perdida.

Em “*A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil*”(BARROS; HENRIQUES; MEDONÇA,2001, p.01) pesquisadores do IPEA, “o Estado Brasileiro não pode ser considerado como um país pobre, mas com muitos pobres”, onde os “os elevados níveis de pobreza que afligem a sociedade encontram seu principal determinante na estrutura da desigualdade brasileira, uma perversa desigualdade na distribuição da renda e das oportunidades de inclusão econômica e social.

Assim, a pobreza, refere-se a situações de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico e, portanto, haveria uma medida invariante no tempo das condições de vida dos indivíduos em uma sociedade, onde a linha de pobreza equivaleria a esta medida, e esta seria o parâmetro que permitiria uma sociedade específica, considerar como pobres todos aqueles indivíduos que se encontrem abaixo do seu valor.(BARROS; HENRIQUES; MEDONÇA, 2001)

Segundo os autores acima citados, os elevados níveis de pobreza que afligem a sociedade encontram seu principal

determinante na estrutura da desigualdade brasileira, tanto na distribuição de renda como na distribuição de oportunidades de inclusão econômica e social e que uma estratégia de redução da pobreza solicita o crescimento da renda per capita ou a distribuição mais igualitária da renda, onde uma combinação de políticas que estimulem o crescimento econômico e diminuam a desigualdade, em princípio, aparenta conceder maior eficácia e velocidade ao processo de combate à pobreza.( BARROS; HENRIQUES; MEDONÇA, 2001,p. 19)

Pelos dados aqui apresentados, pode-se dizer que efetivamente a nossa sociedade não é justa, que as pessoas não vivem nas mesmas condições e muito menos possuem as mesmas oportunidades. Mas que sim, vivem ou melhor sobrevivem em condições de constantes privações e desigualdades sociais.

É difícil acreditar a sobrevivência de uma pessoa, quanto o mais de uma família inteira, formada por três, quatro ou mais pessoas, com uma renda familiar equivalente a R\$ 387,07(trezentos e oitenta e sete reais e sete centavos) -mensais ou U\$5,5(cinco dólares e meio) por dia, valor este adotado pelo Banco Mundial para denominar se a pessoa é pobre, a chamada **linha de pobreza**.

Mas o que é mais triste que isso? É saber que não, não houve a tão sonhada erradicação da pobreza, aquela pregada pela Constituição da República Federativa do Brasil como um de seus fundamentos, mas ao contrário, sofreu um retrocesso de 10(dez) anos. É saber que em vez da erradicação da pobreza, criou-se uma nova classe dentro da já tão incrédula e vergonhosa chamada “linha de pobreza”, a classe denominada “abaixo da linha de pobreza, onde a renda familiar seria a de R\$232,00 por mês (duzentos e trinta e dois reais), conforme dados aqui apresentados.

A realidade Brasileira acima demonstrada, comprova que vivemos um período de retrocesso com relação ao combate à pobreza, não havendo efetivamente políticas públicas para a redução e muito menos a tão sonhada erradicação, mas ao contrário, vislumbra-se um agravamento da pobreza e da desigualdade social

dentro do país, quer por regiões, quer por raça, sexo, idade, etc, a pobreza atingiu todos os segmentos da nossa sociedade como “uma moléstia” que se quer evitar, mas nada se faz para se proteger e adquirida é tratada de forma superficial, ignorando um tratamento mais severo ou a busca pela cura.

Não se tem dúvidas, o Brasil não é uma sociedade justa, assim como, a erradicação da pobreza prevista como fundamento da República Federativa do Brasil até então são promessas não cumpridas, uma utopia.

## **5. A pobreza além da renda**

A pobreza assombra tanto os países ricos como os pobres e a sua diminuição, sim diminuição! Não se fala em erradicação, por entender-se que erradicar é utópico, pois trata-se de um mal antigo da sociedade que possui inúmeras causas além apenas do fator renda historicamente identificado como causador, talvez, sendo estes um dos fatores que levam a tão difícil e árdua batalha de combater a pobreza em país e a busca por soluções efetivas.

O conceito usual da pobreza sob a ótica da renda, sofreu ampliações, sendo certo que Amartya Kumar Sen trouxe uma grande contribuição para tanto, conforme pode-se observar neste pequeno estudo. A pobreza não é só de renda e partindo deste princípio passa-se uma análise através dos estudos de Amartya Sen, principalmente através de duas das suas importantes obras: “Desenvolvimento como liberdade (2000) e Desigualdade Reexaminada (1992), as que conduzem esse estudo.

Amartya Kumar Sen, filósofo, economista e ganhador do prêmio Nobel da Economia em 1998, teve a pobreza e a desigualdade como preocupação e inspiração em suas obras, principalmente com relação a obra “Desenvolvimento como liberdade, vejamos:

Vivemos em um mundo de opulência SEN precedentes, de um tipo que teria sido difícil até mesmo imaginar um ou dois séculos atrás.

Também tem havido mudanças notáveis para além da esfera econômica. O século XX estabeleceu o regime democrático e participativo com o modelo preeminente de organização política. Entretanto vivemos num mundo de privações, destituição e opressão[..**Existem problemas novos convivendo com os antigos: a persistência da pobreza** e de necessidades essenciais não satisfeitas, fontes coletivas[.] violação de liberdades políticas [..], ameaças cada vez mais graves ao nosso meio ambiente. Superar esses problemas é parte central do processo de desenvolvimento.(grifos nossos) (SEN,2000,p. 9-10)

A pobreza é vista por SEN(2000), em sua obra Desenvolvimento como Liberdade como uma forma de privação, privação esta que afetaria o processo de desenvolvimento onde a condição de agente dos indivíduos seria essencial para lidar com privações.

[...] o crescimento do Produto Nacional Bruto(PNB) ou das rendas individuais pode ser muito importante como um meio de expandir as liberdades desfrutadas pelos membros da sociedade[...] Ver o desenvolvimento como expansão de liberdades[...] dirige a atenção para os fins que a tornam importante, em vez de restringi-la a alguns meios[...].

O Desenvolvimento requer que se removam as **principais fontes de privação de Liberdade: pobreza e tirania, carência de oportunidades econômicas e destituição social, negligencia dos serviços públicos e intolerância ou interferência excessiva de Estados repressivos.** [...]às vezes, a ausência de liberdades substantivas relaciona-se diretamente com a pobreza econômica, que rouba das pessoas a liberdade de saciar a fome, de obter uma nutrição satisfatória ou remédios para doenças tratáveis, a oportunidade de vestir-se ou morar de modo apropriado, de ter acesso a água tratada ou saneamento básico[.] vincula-se estreitamente `a carência de serviços públicos e assistência social, [...]um bem sistema planejado de assistência médica e educação[...]Em outros casos, a violação da liberdade resulta diretamente de uma negação de liberdades políticas e civis por regimes autoritários e de restrições impostas a liberdade de participar da vida social, política e econômica da comunidade.” (grifos nossos)(SEN,2000, p.17-18)

A expansão de liberdade segundo SEN é um principal fim e o principal meio do desenvolvimento, sendo a pobreza considerada a principal forma de privação de liberdade. A privação gerada pela pobreza, portanto, limitaria as escolhas e oportunidades das pessoas em exercer sua condição de agente a qual restrita e limitada as oportunidades sociais, políticas e econômicas. Tem-se assim, no presente caso, a pobreza como uma forma de privação de liberdade que vem limitar as escolhas e as oportunidades do indivíduo. (SEN,2000, pg. 09-10).

Tem-se que um número imenso de pessoas em todo o mundo são vítimas de várias privações de liberdade, a fome coletiva é uma destas a qual nega a milhões a liberdade de busca de sobreviver. (SEN,2000, pg. 29)

A visão da liberdade que prega SEN, é disposta nos seguintes termos:

[...]envolve tantos processos que permite a liberdade de ações e decisões com oportunidades reais que as pessoas têm, dadas as suas circunstâncias pessoais e sociais. A privação de liberdade pode surgir em razão de processos inadequados[...] ou de oportunidades inadequadas que algumas pessoas têm para realizar o mínimo que gostariam.(SEN,2000,p.31)

A liberdade é vista por SEN, como um poder de escolha, de ação, de decisão das pessoas. A liberdade como forma de autonomia e autodeterminação para o indivíduo exercer a sua condição de agente, sendo a liberdade um instrumento no processo de desenvolvimento e a pobreza uma das principais causas de privação de liberdade.

SEN diferencia a liberdade(2000, pg. 31-40), em liberdade constitutiva, a qual seria a liberdade referente as capacidades elementares do indivíduo, sendo estas as que se referem às capacidades elementares como ter condições de evitar privações(fome, ter boa saúde, etc), a liberdade de participação

política(democracia, votar, etc), liberdade de expressão. Já o segundo tipo de liberdade, a liberdade instrumental estaria ligada a liberdade que as pessoas têm de viver do modo como bem desejarem, ou seja, a liberdade de ter escolha, de escolher, autodeterminação, é o tipo de liberdade que é o instrumento, o meio para atingir determinados fins.

Para SEN(2000,p.38-40), as liberdades instrumentais necessárias para a promoção do desenvolvimento, relaciona-se em cinco tipos, quais sejam:

- 1) **As liberdades políticas** referem-se às escolhas das pessoas na arena política: escolher quem vai governar, sob quais regras etc.; isso inclui também a liberdade de crítica às autoridades e a expressão política, e outras.
- 2) **As disponibilidades econômicas** [economic facilities] referem-se ao poder de os indivíduos usarem os recursos econômicos, tais como os bens e serviços, as possibilidades de fazer transações, o acesso à renda e ao crédito etc. Incluem as oportunidades tidas pelos indivíduos para fins de consumo, produção e troca.
- 3) **As oportunidades sociais** referem-se aos arranjos sociais para o provimento de educação, saúde, e outros serviços sociais capacitantes.
- 4) **As garantias de transparência** dizem respeito à confiança mútua entre os indivíduos, em suas interações sociais, confiança que é fundamental para o sucesso dessas interações. As garantias de transparência incluem o direito à informação em todos os níveis, principalmente nas esferas públicas.
- 5) **A proteção social** inclui arranjos sociais destinados a proteger as parcelas mais vulneráveis da população: assistência e previdência social, seguro-desemprego, abertura de frentes de trabalho emergenciais etc. (SEN,2000, p.38-40)

Assim, possuindo as liberdades acima expostas, segundo Sen, o indivíduo poderia exercer sua “condição de agente”, participar da sociedade, da tomada de decisões e exercer os seus direitos políticos e civis.

Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem[...]moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros[...] com uma sólida base racional para reconhecermos o papel positivo da condição de agente livre e sustentável [...] (SEN,2010,p.26)

Em *Desenvolvimento da Liberdade* Amartya Sen(2000), trata a pobreza como “uma privação das capacidades básicas de um indivíduo”(SEN,2000,p.109) e não apenas como uma renda inferior a um patamar pré-estabelecido, ou seja, Sen, trata a pobreza além do fator renda.

Pode-se extrair dos ensinamentos de Amartya Sen, a relevância destacada por este com relação ao desenvolvimento além do fator econômico. Não está a dizer que ele ignora este fator, mas que apenas a renda não seria um único fator para considerar se a pessoa é pobre ou não, sendo a renda mas um meio do que um fim para o combate à pobreza e para o desenvolvimento de uma sociedade, onde as privações seriam um impedimento para o exercício das liberdades e o desenvolvimento.

Assim, a pobreza não deve ser vista apenas e tão somente pelo fator de possuir renda suficiente ou não, estar ou não acima ou abaixo da linha de pobreza, mas que tal fator é variável em razão da capacidade e das oportunidades e do ambiente de cada pessoa.

Em sua obra “*Desigualdade Reexaminada*”(SEN,2001) Amartya faz a abordagem dominante de identificação da pobreza através de uma “linha de pobreza” divisória, definida como o nível de renda abaixo do qual as pessoas são diagnosticadas como pobres, onde a medida convencional de pobreza partiria, portanto, da contagem do número de pessoas abaixo da linha de pobreza – assim chamada “incidência”(head count)- e define o índice de pobreza como a proporção do total da população que resulta estar abaixo da linha de pobreza(quer dizer, a fração da população identifica como pobre). A medição da pobreza dar-se-ia através de dois exercícios distintos, porém inter-relacionados:(1) a *identificação dos pobres*, e (2) a *agregação dos parâmetros estatísticos com respeito aos*

identificados como pobreza para derivar um índice global de pobreza. (SEN,2001, p. 165).

Nesse sentido, ressalta o autor que o uso tradicional da taxa de incidência como uma medida de pobreza pode distorcer uma política antipobreza ao ignorar a miséria maior dos mais pobres entre os pobres. (SEN,2001, p.168)

A pobreza é vista por Amartya, na forma descritiva e política, onde se efetua-se a identificação da pobreza como um reconhecimento de privação, para os fins de levar a uma recomendação de alguma política a ser feita pela sociedade para combater essas deficiências e ainda, a pobreza como um assunto de identificação do foco da ação pública. Nesse sentido, esclarece o autor:

[..]pode ser um erro gastar muito tempo escolhendo qual das duas visões adotar. Tentei sustentar em um outro lugar que este é um argumento em favor de adotar-se a primeira visão, primeiramente descrita, de forma que o diagnóstico precede a escolha de políticas. Isso também é importante para assegurar que a indisponibilidade de recursos públicos para auxiliar na eliminação de severas privações não nos faça redefinir a própria pobreza. (SEN,2001, p. 170)

Portanto, uma recomendação de política está condicionada à exequibilidade, mas o reconhecimento da pobreza tem de ir além disso, esta deve diagnosticar a privação, determinar o que devemos fazer, e, se tivermos os meios daí proceder as escolhas de políticas reais em conformidade com os nossos meios. A concepção da pobreza defendida por Sen, estaria ligada a deficiência de capacidades básicas para alcançar os níveis certos níveis minimamente aceitáveis, ou seja: “(1) a concepção da pobreza como baixa utilidade e (2) a concepção da pobreza em termos de baixa renda (ou mais genericamente, de parcelas reduzidas de bens primários ou de recursos).(SEN,2001, p.174)

Com relação a abordagem da pobreza como “baixa renda”, sustenta o autor que a pobreza não é uma questão de bem-estar baixo, mas da incapacidade [inability) de buscar o bem-estar precisamente pela falta de meios econômicos. Portanto, não é adequado considerar a pobreza em termos de renda considerando apenas as rendas, independentemente da capacidade para realizar funcionamento rendáveis dessas rendas, sendo que esta adequação da renda é variável de acordo com as características pessoais e as circunstâncias. (SEN,2001,p.170)

Portanto, extrai-se dos ensinamentos de Sen que o fato de se ter uma renda inadequada não seria uma questão de ter um nível de renda abaixo da linha de pobreza fixada externamente, mas de ter uma renda abaixo do que seria adequado para gerar os níveis especificados de capacidades para a pessoa em questão.

Assim, “uma “linha de pobreza” que venha a ignorar completamente as características pessoais não irá fazer justiça às verdadeiras preocupações sobre o básico na pobreza, a insuficiência de capacidade devida a meios econômicos inadequados, assim como, que os recursos são importantes para a liberdade e a renda é crucial para evitar a pobreza. Em “*A ideia de Justiça*” (SEN,2001, p.217) deixa claro que a identificação da pobreza com baixa renda está bem estabelecida:

[...] pessoas diferentes podem ter oportunidades completamente diferentes para converter a renda e outros bens primários em características da boa vida e no tipo de liberdade valorizada na vida humana. Assim, a relação entre os recursos e a pobreza é variável e profundamente dependente das características das respectivas pessoas e do ambiente em que vivem-tanto natural como social.”

Deve-se assim, levar em consideração que existem pessoas diferentes, com oportunidades e capacidades diferentes em exercer a liberdade para poderem atingir seus planos de vidas, onde estas diferenças podem resultar em variáveis, ou seja, podem levar uma

pessoa a pobreza e a outra não, tudo vai depender das escolhas de cada indivíduo.

Segundo Gargarella(2008, p.75), “A capacidade de uma pessoa,[...], vem conjugar os distintos desempenhos que alguém pode atingir: ter certa capacidade é ser capaz de atingir uma série de “desempenhos”. O desempenho deve ser entendido no sentido das “diferentes coisas que a pessoa consegue fazer ou chega a ser.

Percebe-se que nas obras que conduzem os presentes estudos sobre pobreza ambas vem a se complementar, sendo a Pobreza trata por Sen, como uma forma de privação tanto de liberdade como de capacidades e principalmente na questão da variação e da diferenças entre as pessoas em razão de suas características e do ambiente em que vivem, fatores estes que podem influenciar na oportunidade deste indivíduo em converter renda ou não, sendo que estas privações pode-se ligar a situação de pobreza ou não do indivíduo dentro da sociedade.

Em “*Desenvolvimento como liberdade*” (2000), Sen, apresenta três argumentos a favor da pobreza como uma privação das capacidades, onde tem-se a pobreza não exclusivamente ligada a falta ou insuficiência de rendimentos, mas em decorrência da privação de capacidades que o indivíduo estaria exposto. Os argumentos em favor da pobreza como privação das capacidades, seriam:

- 1) A pobreza pode ser sensatamente ser identificada em termos de privação de capacidades; a abordagem concentra-se em privações que são *intrinsecadamente* importantes (em contraste com a renda baixa, que é importante apenas *instrumentalmente*).
- 2) Existem *outras* influencias sobre a privações de capacidades – e, portanto, sobre a pobreza real- além do baixo nível de renda (a renda não é o único instrumento de geração de capacidades).
- 3) A relação instrumental entre baixa renda e baixa capacidades é *variável* entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos (o impacto da renda sobre as capacidades é contingente e condicional) posição (SEN,2000, pg. 109-110)

Ter-se-iam assim, as privações geradas pela própria limitação do indivíduo, aquela em razão de outras influências sobre as privações de capacidades e ainda a que se refere entre baixa renda e baixa capacidades ser variável entre comunidades e até mesmo entre famílias e indivíduos, em razão do uso da renda de forma desproporcional ao interesse de alguns membros da família em detrimento de outros.

A perspectiva da pobreza baseada na capacidade nos leva a compreender melhorar o entendimento da natureza e das causas da pobreza e da privação, desviando a atenção principal dos meios (a renda) para os fins que as pessoas tem razão para buscar e, correspondentemente, para as liberdades de poder alcançar estes, fins. (SEN, 2000, p. 112)

Por fim, importante ressaltar a pobreza trata por SEN como uma forma de privação *relativa* de rendas a qual pode gerar uma privação absoluta de capacidade. Nesse sentido o autor exemplifica a questão de ser pobre em um país rico na forma de uma grande desvantagem em capacidade, pois segundo extrai-se dos ensinamentos de Amartya Sen, mesmo quando a renda absoluta da pessoa é elevada pelos padrões mundiais, ou seja, acima dos índices utilizados pelo Banco Mundial, em um país rico é preciso cada vez mais renda para que o indivíduo possa comprar mercadorias suficientes para realizar o mesmo funcionamento social e isso poderia gerar dificuldades na participação deste indivíduo da sociedade desta comunidade, podendo acarretar a exclusão social.

Entende-se, neste caso a exclusão tanto a eventualmente provocada pelos demais membros ou pelo próprio indivíduo ao se ver frustrado em não obter oportunidades e capacidades suficientes para obter a sonhada “vida boa”.

Ainda em sua obra “Desenvolvimento como Liberdade” Amartya Sen, (SEN, 200, p. 113) distingue pobreza de inadequação de capacidade da noção de pobreza como baixo nível de renda. Nesse sentido, as duas perspectivas vinculam-se, sendo a renda um meio importantíssimo de se obter capacidades e, com maiores

capacidades para viver, aumentar-se-ia o potencial de uma pessoa para ser mais produtiva e auferir renda mais elevada, podendo ser particularmente importante para a eliminação da pobreza de renda. A pobreza teria solução? Sen coloca como uma das possíveis causas para combater a pobreza o aumento das capacidades das pessoas, através:

“Melhor educação básica e serviços de saúde elevem diretamente a qualidade de vida; esses dois fatos também aumentam o potencial de a pessoa auferir renda e assim livrar-se da pobreza medida pela renda. Quanto mais inclusivo for o alcance da educação básica e dos serviços de saúde, maior será a probabilidade de que mesmo os potencialmente pobres tenham uma chance maior de superar a penúria. (SEN,2000, p. 113)

A pobreza seria a privação da vida que as pessoas realmente podem levar e das liberdades que elas realmente têm, sendo que a expansão das capacidades humanas, tende a andar junto com a expansão das produtividades e do poder de auferir renda, onde aumento de capacidades ajuda direta e indiretamente a enriquecer a vida humana e a tornar as privações humanas mais raras.

A contribuição de Sen no domínio dos problemas da desigualdade e pobreza estende-se desde os aspectos conceituais e de mensuração aos de políticas públicas, onde a dimensão de avaliação dos estados sociais em termos dos seres e fazeres, e do espaço aberto aos indivíduos para escolher entre seres e fazeres alternativos, isto é, em termos dos funcionamentos e capacidades dos indivíduos para levarem adiante seus planos de vida. Esta dimensão avaliatória representaria o grau de liberdade efetivamente gozado pelos indivíduos em uma sociedade, segundo a ética do desenvolvimento de Amartya Sen. (KERSTENETZKY, 2000, p. 117)

Amartya Sen(2000) afirma que a carência (material e de condições paritárias de desenvolvimento de capacidades) condiciona as escolhas e ações das pessoas, as quais, por conseguinte, não fazem opções genuinamente livres.

Os fracassados e os oprimidos acabam por perder a coragem de desejar coisas que outros, mais favoravelmente tratados pela sociedade, desejam confiantemente. A ausência de desejo por coisas além dos meios de que uma pessoa dispõe pode refletir não uma valoração deficiente por parte dela, mas apenas uma ausência de esperança, e o medo da inevitável frustração. O fracassado enfrenta as desigualdades sociais ajustando seus desejos às suas possibilidades (SEN, p.10-11).

Pode-se concluir através da visão de Amartya Sen, que a pobreza esta além do conceito de renda, que as pessoas são diferentes, seus anseios e projetos são múltiplos, que não há uma verdade inequívoca que se aplique a todos, indistintamente, por isso a pobreza é um problema antigo e a sua erradicação é uma utopia.

## 6. Considerações finais:

A realidade da pobreza no Brasil demonstra um período de retrocesso com relação ao seu combate, não havendo efetivamente políticas públicas para a redução e muito menos a tão sonhada erradicação, mas ao contrário, vislumbra-se um agravamento da pobreza e da desigualdade social dentro do país, quer por regiões, quer por raça, sexo, idade, etc, a pobreza atingiu todos os segmentos da nossa sociedade como “uma moléstia” que se quer evitar, mas nada se faz para se proteger e adquirida é tratada de forma superficial, ignorando um tratamento mais severo ou a busca pela cura.

A “moléstia” é visível, é palpável, é real, infelizmente. A situação de pobreza é demonstrada pelos dados aqui expostos através de pesquisa realidade pelo IBGE(2017), o Brasil até 2017(OLIVEIRA 2017)contava com **50 milhões de brasileiros vivendo na Linha de pobreza e**, segundo a Fundação Getúlio Vargas(2018) até **o segundo trimestre de 2018 o Brasil possui 23,3 milhões de pessoas vivendo abaixo da linha de pobreza**, ou

seja, com rendimentos de R\$232,00 por mês, cerca de 11,2% da população.

Amartya Sen defende que pobreza não deve ser confundida com má distribuição de riqueza ou renda, mas sim com a supressão ou não promoção das capacidades humanas, capacidades estas que deveriam ser estimuladas e exploradas a fim de desenvolver as potencialidades e a aperfeiçoarem suas habilidades e que a pobreza seria uma privação de liberdade.

É inegável que a ausência de políticas pública mais eficientes agravam a situação dos menos favorecidos e que isto irá refletir em uma forma de privação do mesmo com relação a oportunidades, no desenvolvimento de suas capacidades, na conversão destas em geração de renda, e com isso a sua liberdade de escolha será limitada, restrita e conseqüentemente sofrerá privações em todas os segmentos e sua participação na sociedade como membro será cada vez menos ativa, levando-o conseqüente a exclusão.

Da mesma forma o indivíduo torna-se um “refém” de sua própria incapacidade em gerar renda utilizando as oportunidades eventualmente concedidas, de desenvolver sua capacidade, em aceitar as privações impostas por sua condição, afastada espontaneamente e aceita viver cada vez com menos. O agente que se submete a estas condições torna-se um “preso”, o qual aceita a sua “condenação” de forma pacífica, sujeitando apenas e tão somente a cumprir “a pena imposta”, ou seja, a viver cada vez com menos, a submeter a não mais prover escolhas, mas a aceitar as escolhas que lhe são feitas.

A sociedade, sim, esta também tem uma parcela de contribuição com a pobreza, pois “fecha os olhos” aos problemas sociais na sua grande maioria. Limita-se a “esconder dos seus olhos”, os menos favorecidos, como uma forma de autoproteção, como uma regra utilitarista, ou seja, primando pela falsa sensação de felicidade gerada pela grande maioria que não se encontra na considerada “linha de pobreza” ou pior ainda, “abaixo da linha de pobreza”.

As pessoas possuem oportunidades e capacidades diferentes, compete, portanto, incentivar através de políticas à que este indivíduo desenvolva estas capacidades, converta tanta as suas capacidades individuais como oportunidades na forma de produzir renda.

A pobreza infelizmente afasta o indivíduo da própria sociedade e a carência de políticas públicas dificultam ao indivíduo ao exercício de sua capacidade e da oportunidade. Ao indivíduo se faz necessário se libertar das privações impostas pela pobreza e buscar o seu lugar ao sol”, que não se acomodem. Que os 50 milhões<sup>6</sup> de brasileiros que vivem na Linha de pobreza e 23,3 milhões<sup>7</sup> de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza, não se satisfaçam apenas com políticas públicas que busquem apenas e tão somente mascarar a violação dos direitos e aceitem a conviver cada vez com menos.

Nas obras de Sen, aqui reproduzidas neste estudo, tem-se a pobreza além do conceito clássico apenas ligada a renda, sendo necessário, nos termos aqui demonstrado, “ver” além da renda. Ver a pobreza além da renda é reduzir as privações de liberdade através de políticas públicas eficientes que incentivem, estimulem e ampliem as capacidades e as oportunidades ao indivíduo menos favorecido, para ser possível que venham a participar efetivamente da sociedade e não afastar-se desta cada vez mais, para que seja possível converterem em renda as oportunidades e as suas capacidades, tornando-se cada vez mais livres e possam efetivamente fazer a suas escolhas, a fim de serem cada vez menos dependente das escolhas efetuadas pelo Estado na condução do seu viver.

## Referências

BARROS, Ricardo Paes de; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. **A estabilidade inaceitável: desigualdade e pobreza no Brasil**. Disponível em: [http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td\\_0800.pdf](http://www.en.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/TDs/td_0800.pdf). Rio de Janeiro, junho de 2001-Texto para discussão n.º 800. Acesso em 06/02/2019.

---

<sup>6</sup> Dados de 2017-IBGE(OLIVEIRA, 2017)

<sup>7</sup> Dados FGV, 2018

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 fev.2019.

CRESPO, Antônio Pedro; GUROVITS, Elaine. **A pobreza como um fenômeno multidimensional**. Disponível em:[http:// https://rae.fgv.br/rae-eletronica/vol1-num2-2002/pobreza-como-fenomeno-multidimensional](http://https://rae.fgv.br/rae-eletronica/vol1-num2-2002/pobreza-como-fenomeno-multidimensional). Acesso em 20/02/2019.

**DESIGUALDADE SOCIAL**-Contexto histórico: Disponível em [:http://desigualdade-social.info/contexto-historico.html](http://desigualdade-social.info/contexto-historico.html) Acesso em 19/02/2019.

FGV. **Pobreza e desigualdade aumenta nos últimos 4 anos, revela o estudo**. Publicação 2018.Disponível em:<https://portal.fgv.br/noticias/pobreza-e-desigualdade-aumentaram-ultimos-4-anos-brasil-revela-estudo>. Acesso em 06 de fevereiro de 2019.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias de justiça depois de Rawls**: Um breve manual de filosofia política.Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2008.

[KERSTENETZKY, Celia Lessa](#). **Desigualdade e pobreza: lições de Sen**.*Rev. bras. Ci. Soc.* [online]. 2000, vol.15, n.42, pp.113-122. ISSN 0102-6909. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092000000100008>.

LOVETT, FRANK. **Uma teoria da justiça, de John Rawls**,Tradução de Vinicius Figueira. Porto Alegre:Penso, 2013.

MALISKA, Augusto Marcos. **Introdução à sociologia do direito de Eugen Ehrlich**: aportes para uma reflexão atual sobre pluralismo e Constituição. 2.ed. Curitiba:Juruá, 2015.

RAWLS,John. **Uma teoria da Justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Linita M.R.Esteves. São Paulo:Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques.**Discurso sobre a origem da desigualdade entre os homens**. Apresentação de Néelson Jahr Garcia.Disponível em [http://www.portalentretextos.com.br/download/livros-online/discursosobre\\_a\\_origem\\_da\\_desigualdade\\_entre\\_os\\_homens.pdf](http://www.portalentretextos.com.br/download/livros-online/discursosobre_a_origem_da_desigualdade_entre_os_homens.pdf). Acesso em 22 de fevereiro de 2019.

SEN, Amartya kumar . **A ideia de justiça**. Tradução: Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes.São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

\_\_\_\_\_. **Desenvolvimento como liberdade**. 6. ed. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras,2000.

\_\_\_\_\_. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução de Ricardo Doninelli Mendes.Rio de Janeiro: Record, 2001.

OLIVEIRA, Niemar. **IBGE.50 milhões de brasileiros vivem na linha de pobreza**.Disponível em :<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>.Aceso em 06 de fevereiro de 2019.

VASCONCELOS, Lia. **Sociedade - as dimensões da pobreza**: Disponível em:[http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1132:reportagens-materias&Itemid=39](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=1132:reportagens-materias&Itemid=39). Acesso em 19/02/2019 as 10:57 ano 4- edição 31/11/2007.

VERÁS MPB 1999,**Notas preliminares sobre exclusão social, um problema brasileiro de 500 anos**. In MPB VERÁS. Por uma sociologia da exclusão social. O debate com Serge Paugam.EDUSC, São Paulo.

**A teoria do reconhecimento de Axel Honneth como  
forma de recondução dos excluídos ao espaço público  
deliberativo e a salvaguarda da plena fruição do  
direito à moradia àqueles que vivem em precárias  
condições habitacionais**

*Fabio Rodrigo Milani*



## **É possível o aumento da participação popular na administração pública?**

*Sérgio Luis Versolato de Abreu <sup>1</sup>*

### **Introdução**

O período moderno tem início com novas ideias. Estas buscavam estabelecer as bases para uma convivência social, para um desenvolvimento social estável. Superar “a condição de guerra de todos, sendo neste caso cada um governado por sua própria razão e nada havendo do que possa lançar mão que não lhe ajude na preservação de sua vida contra os seus inimigos”. (HOBBS, 2003, p. 112).

Os teóricos contratualistas começaram a firmar as bases para o Estado Moderno. Os teóricos como Hobbes, Locke e Rousseau divergem em alguns pontos, como por exemplo sobre o que seria o estado de natureza. Mas, todos concordam que as pessoas precisam se organizar racionalmente através de alguma forma de contrato social (RAMOS, 2015, p. 112/116).

Em um momento mais recente, o Estado moderno amadureceu uma forma de organizar a sociedade através de uma Administração Pública sólida, organizou uma Burocracia para dirigir o Estado. Uma vez que existia uma necessidade de ordem,

---

<sup>1</sup> Mestrando em Direito pelo UNIBRASIL. Graduado em Filosofia pela UFPR. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba (atual UNICURITIBA). Especialista em Direito Eleitoral e Processual Eleitoral. Atualmente chefe de Cartório Eleitoral da 155ª Zona Eleitoral de Piraquara/PR e servidor do TRE/PR há 23 anos.

disciplina e previsibilidade, que os sólidos pré-modernos não conseguiam dar uma resposta, isto foi “um dos motivos mais fortes por trás da urgência em derrete-los era o desejo de, por uma vez, descobrir ou inventar sólidos de solidez duradoura, solidez em que se pudesse confiar e que tornaria o mundo previsível e, portando, administrável”. (BAUMAN, 2000, p. 10).

Este artigo pretende apresentar a discussão sobre a participação popular na Administração Pública no Brasil. Um breve resumo da Administração Pública em um momento em que a modernidade estava na fase sólida, como se deu ou não a participação popular neste período. A relação da Democracia participativa e a Administração Pública Líquida será apresentado em outro capítulo. Entre os dois extremos a relação do Estado e da sociedade estará em discussão. Discussão sobre a possibilidade de um novo modelo de Administração Pública. Em um debate sob a perspectiva da Democracia Participativa e autores de direito administrativo, em busca de um caminho não tão sólido, não tão líquido, talvez gelatinoso em uma Administração Pública incompleta e que não alcançou seu pleno desenvolvimento (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 186).

## **1. Administração pública sólida e distanciamento democrático**

No final do século XIX e início do século XX houve um desenvolvimento do Estado moderno, conseqüentemente da administração pública. A burocracia, que historicamente sempre existiu nos Estados, foi somente com o Estado moderno que ela alcançou seu ápice. Quando ocorreu uma simbiose perfeita entre o Estado Moderno e a Burocracia. Esta simbiose teve como consequência trazer ordem ao caos, tornar o mundo mais estável, mais previsível, mais seguro.

A administração pública se serviu, em seu período sólido, da Burocracia. Com ela instituiu leis ou normas administrativas para orientar o Estado moderno rumo a um futuro promissor e previsível. Segundo Weber só a autoridade burocrática que

desempenha atividades regulares, pode dar ordens à execução de certas tarefas, usa um método para regular os deveres e direitos e estabelecido por meio de um regulamento (WEBER, 1982, p. 229). Esta burocracia seria a chave do futuro, neste sentido a Administração Pública precisaria ser ordenada hierarquicamente, ser impessoal a tal ponto que “o cargo tende a continuar existindo e a ser ocupado por outra pessoa” (WEBER, 1982, p. 230).

A burocracia sonhada por Weber, seria possível em uma fase da modernidade sólida. Neste tipo de Administração não havia espaço para a participação popular. A Administração pública deveria seguir normas pré-estabelecidas, impessoais, ser especializada e estar acima dos partidos. A preocupação com a ordem na sociedade não deixava espaço para a discussão no interior da Administração pública, “a luta pela ordem não é a luta de uma definição contra outra, de uma maneira de articular a realidade contra uma proposta concorrente” (BAUMAN, 1999, p. 14). Como poderia prosperar a Democracia em um ambiente assim, não há espaço para divergência ou debate. Seria como se houvesse uma “luta da determinação contra a ambiguidade, da precisão semântica contra a ambivalência, da transparência contra a obscuridade, da clareza contra a confusão” (BAUMAN, 1999, p. 14).

Este pensamento de uma administração pública sólida levou ao extremo a eficiência no Estado nazista. Como deixa claro, em seu livro Hannah Arendt, ao descrever a surpresa de Adolf Eichmann, um dos administradores públicos mais competentes do Estado nazista, quando tomou conhecimento de sua condenação durante o julgamento:

[...] depois, veio o último depoimento de Eichmann: suas esperanças de justiça tinham se frustrado; a corte não havia acreditado nele, embora ele tivesse sempre feito o máximo para dizer a verdade. A corte não o entendia: ele nunca tinha nutrido ódio aos judeus, e nunca desejou a morte de seres humanos. Sua culpa provinha de sua obediência, e a obediência é louvada como virtude. (ARENDR, 1999, p. 269).

Eichmann foi julgado em Jerusalém em 1961 e enforcado em 31 de maio de 1962. Mas, como no caso da Administração Pública no Brasil, em que momento e até que ponto a modernidade sólida influenciou a administração pública.

No Brasil a formação da Administração Pública sempre teve uma sensação de não estar acabada, ou de ser uma construção incompleta. Segundo Bresser Pereira o patrimonialismo, com características clientelista, foi dominante até a década de trinta do século passado. Pode-se dizer que a modernização que teve início na Europa no século XIX, chegou a Administração Pública brasileira apenas em 1936. Não foi mera coincidência se estabelecer uma reforma burocrática no Brasil em um período de regime autoritário (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 163).

A burocracia ideal não levava em conta parâmetros democráticos. Seria dirigida por uma classe esclarecida, acima do bem e do mal, acima inclusive dos partidos, teria “no conhecimento, seu ativo mais importante e, na eficiência ou na racionalidade, sua justificação maior” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 10). Os parâmetros utilizados seriam da modernidade sólida, uma fé na razão, na organização, ligado a eficiência, o auge da Administração pública sólida estava em um Estado forte e racional.

No Brasil não houve o abandono de um modelo de administração por outro, houve uma mistura, ora prevalecendo em alguns momentos uma administração mais clientelista, ora prevalecendo uma administração mais burocracia e profissional. Este fato criou atritos em alguns momentos entre políticos profissionais e burocratas públicos.

A reforma de 1936 levou a um crescimento do formalismo excessivo sob o regime autoritário. “No seio da burocracia pública, foram os militares e, especificamente os ‘tenentes’ que desempenharam um papel político decisivo” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 14). Estes tenentes com formação militar, positivista, conduziram o Estado para a burocracia moderna. O regime

autoritário teve como áreas de objeto da reforma burocrática: a administração de pessoal; o orçamento e a administração orçamentária; além da administração de material, por meio de uma simplificação e padronização; e por fim, a revisão e racionalização de estruturas e métodos (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 165).

Conduzir a sociedade, organizar o Estado com um fim específico, rumo a um futuro promissor, rumo a um progresso e desenvolvimento nacional com base na razão humana.

Os objetivos citados são característicos da modernidade sólida, Bauman explora em diversos de seus livros estas características, principalmente quando se refere a necessidade de ordenar a sociedade. Para a modernidade há uma “incapacidade da sociedade de alcançar uma existência ordeira por si mesma, também proclamou que o estabelecimento da ordem social requer assimétrica da atuação” (BAUMAN, 1999, p. 111). Isto queria dizer dividir a sociedade em atores capazes de realizar certos objetivos. A modernidade reivindicava uma exclusividade para atuação, de forma a definir

[...] o estado de ordem como distinto do caos formulado na ideologia da superioridade da razão sobre as paixões, da conduta racional sobre os impulsos irracionais e do conhecimento sobre a ignorância ou superstição” (BAUMAN, 1999, p. 111).

A implementação da Administração Pública Sólida não chegou a se concretizar de forma completa no Estado Brasileiro, devido à queda do regime autoritário de Vargas. Neste momento houve um novo fortalecimento de setores ligados ao patrimonialismo e clientelismo. Os governos civis tentaram retomar o fortalecimento da burocracia, sua profissionalização, criaram-se diversas comissões que buscavam sistematizar estudos sobre: “delegação de competência; estruturas e rotinas dos ministérios; fixação de responsabilidades; reagrupamento de funções; e supressão de órgãos desnecessários” (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 167).

Estes estudos não prosperaram, em um regime democrático a complexidade da sociedade reflete na própria administração. Havia um impasse, como se defender de práticas patrimonialistas e clientelistas. O clientelismo leva a uma degeneração da própria democracia, e corrompe a própria burocracia nos termos previstos por Weber. Seria a tecnocracia, burocratas profissionais necessários para planejar o desenvolvimento da própria sociedade, suficientes para uma boa administração como pensava Weber? Eichmann estava sendo julgado e condenado justamente por ser um funcionário público exemplar, profissional e competente.

No Brasil a burocracia ganhou um novo impulso com a queda da democracia, passou a crescer de tamanho, ganha vida própria. Surge a burocracia pública, que passa a querer o monopólio do aparelho do Estado, a dizer o que pode ou não pode ser feito. Neste momento ganha voz e vez formações tipicamente moderna como economistas e engenheiros, a razão e a ciência ganham força (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 10/11).

Não é coincidência que a próxima reforma administrativa venha sob um novo governo autoritário, afinal não há nenhuma instituição mais apegada a valores modernos do que o Exército. Dirigir, ordenar a sociedade são características modernas que irão se repetir na Reforma Desenvolvimentista de 1967. Novamente não haverá espaço para valores democráticas na relação entre Administração Pública e sociedade. O Estado assume papel dirigente, em um momento em que no mundo começa a questionar as Administrações Públicas. Movimentos sociais passam a exigir que a sociedade seja ouvida. Momento em que a modernidade sólida era questionada, estava se transformando pelo menos em outras partes do mundo.

Para o Brasil infelizmente era o momento da guerra fria, momento em que a dúvida, o questionamento não era uma opção. A reforma burocrática de 1967, pode ter sido importante e necessária, mas fortemente influenciada por uma modernidade sólida, não abriu espaço para a participação da sociedade em sua elaboração. A burocracia mesmo não completando o ideal

weberiano de administração precisava ser substituída. Esta substituição se deu por uma forma de administração em direção ao desenvolvimento, “distinguiu com clareza a administração direta da administração indireta, e garantiu às autarquias e fundações desse segundo setor, e também às empresas estatais, uma autonomia de gestão maior” (BRESSER PEREIRA, 1998, p. 167).

São dois tipos de burocracias tipicamente modernas, embora sejam diferentes, a nova burocracia deixa claro seu apego a modernidade sólida no plano da administração pública. Por meio de Planos Nacionais de Desenvolvimentos, um pacto “reunirá toda a burguesia e a burocracia política na qual os militares voltam a ser preeminentes é o pacto burocrático-autoritário” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 20).

Neste momento se percebe que não há espaço para a participação popular, embora a sociedade comece a se organizar. Surgindo mesmo sob um governo autoritário, movimentos que deram origem as Comunidades Eclesiais de Base e se espalharam pelo Brasil a partir da segunda metade da década de 60 do século passado (LEAL, 2011, p. 320).

No próximo tópico será descrito como a administração pública sólida começa a se liquefazer. Existe uma insatisfação crescente a este modelo de administração que não abre espaço a participação da sociedade.

## **2. Democracia participativa e administração pública líquida**

A modernidade sofre mudanças, concepções firmes que regeriam a Administração Pública na década de 30 do século passado não mais respondem aos anseios da sociedade. A ilusão de segurança se desfaz, o ideal de um futuro previsível também fica cada vez mais distante. Até mesmo a concepção de que a Administração Pública, deveria ser conduzida por técnicos, estes seriam suficiente para a sociedade se desenvolver.

A sociedade tem demandado uma maior necessidade de participação democrática, de tal forma que a gestão pública teria que levar em conta uma “lógica da competência técnica e pela ideologia da sociedade do conhecimento, típicas do capitalismo globalizado do século XXI” (RIBEIRO, 2013, p. 298).

A própria pluralidade e diversidade ficam aparentes em uma sociedade democrática, não há como um regulamento ou normas da Administração responderem a todas as perguntas. Há uma tensão crescente entre o técnico e o político, necessidade de explicações e de satisfações a serem prestadas pelo técnico, tanto à sociedade e quanto ao político.

O judiciário começa a intervir continuamente para preservar e efetivar direitos, uma vez que o direito de reclamação se encontra expresso no capítulo da Constituição que regula a Administração Pública. O próprio direito de participação é definido como direito fundamental implícito na atual Constituição (SCHIER, 2002, p. 27).

Dois movimentos influenciaram a Administração Pública sólida, um deles mencionado no final do capítulo anterior. Um aumento dos anseios da população por mais liberdade de participação e poder de decidir sobre os rumos e o que a Administração deve realizar. A relação entre Administração e administrados repercute na doutrina, “na atual reflexão científica, cultural e política sobre problemas da Administração, um dos fulcros da atenção situa-se nas relações entre Administração e administrados” (MEDAUAR, 2013, p. 219).

O cidadão passa a se considerar como sujeito de direitos e deveres em face da Administração Pública (LEAL, 2011, p. 314), exigir participação não só individualmente, mas em Associações, Comunidades, Sindicatos de tal forma acuando a Administração Pública tradicional. Exige-se novos métodos e formas de a Administração Pública se relacionar com os Movimentos Sociais emergentes.

A democracia participativa é fundamental para o desenvolvimento do cidadão como da própria sociedade, é através

do processo de participação que se assegura um aumento da igualdade política, há uma troca de experiência e a influência psicológica decorrente do processo de participação. É através de um “sistema ideal de Rousseau é concebido para desenvolver uma ação responsável, individual, social e política como resultado de processo participativo” (PATEMAN, 1992, p. 38). Por meio de um círculo virtuoso em que quanto mais se participa, mais as pessoas se tornam aptas a participar.

Os movimentos sociais passaram a pressionar e apresentar um novo anseio frente a Administração Pública.

Outro fator veio externamente, uma crise no Estado de bem-estar social, provocou uma onda, conhecida como neoliberalismo e atingiu a Administração Pública brasileira. Aspectos do patrimonialismos e clientelismos, não chegaram a ser efetivamente ou totalmente afastados pelas reformas administrativas e burocráticas, as tentativas de reformas falharam por vários motivos, entre eles a resistência da própria estrutura burocrática, dos partidos e políticos. Houve uma confusão, estabelecida quando dos períodos de redemocratização, confundindo democracia com clientelismo.

A Administração com diversos órgãos dividiu sua estrutura, com órgãos ligados aos Ministérios sociais com repartição entre os partidos políticos; órgãos de infraestrutura, em tese preservados por técnicos burocráticos; e por fim, órgãos de coordenação econômica, vítima do clientelismo indiscriminado (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 18).

A crise no Estado brasileiro aprofundou drasticamente, resultando numa aplicação tardia na Administração Pública Brasileira do que já estava em curso no mundo a muito tempo, uma forma de “reforma gerencial ou da gestão pública de 1995” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 21). Esta reforma tinha um caráter descentralizador, visava dar mais flexibilidade a administração pública tendo como foco “a distinção entre a administração direta e indireta e, nesta, a criação de fundações públicas” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 22).

O Estado não tem todas as respostas, a pressão dos administrados se faz sentir. A Administração Pública Sólida desejada por Weber começa a se liquefazer. A sociedade exige participar e decidir, por vezes corrigir rumos, o técnico-burocrata se sente acuado. “Uma sociedade verdadeiramente autônoma só pode existir segundo o seu próprio projeto, isto é, como uma sociedade que admite uma liberdade de autocrítica, questionamento e reforma cada vez maior, mas do que um dado padrão de felicidade, como seu único propósito e razão de ser” (BAUMAN, 1998, p. 85).

Nesse esteio veio as Emendas Constitucionais da década de 90 do século passado, trazendo novos princípios para a administração pública. Gerando certa instabilidade própria de nossa fase da modernidade, conforme o próprio princípio da eficiência sendo “recebido com desconfiança pela doutrina administrativa brasileira, marcada por uma crítica ao ideário neoliberal da reforma administrativa” (GABARDO, 2017, p. 2).

Mal a administração pública começa se firmar em um sentido é acuada com novas mudanças, regras levam até a um repensar o próprio significado da eficiência no sentido como Max Weber concebia (CHACOSKI, 2004, p. 170).

Há uma crítica constante da sociedade a própria administração pública sólida, que reflete na desconfiança sobre a “centralização do poder, o formalismo do processo administrativo e a desconfiança que estava por trás do excesso de regulamentação burocrática” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 22). Todas estas críticas ficaram mais forte com a própria Constituição Federal de 1988, que visou fortalecer a concepção de cidadão em detrimento a concepção de súdito do administrado. A constituição “rompeu com a estrutura jurídica do Estado autoritário” (SCHIER, 2002, p. 7), inaugurando um momento em que novos valores começaram a informar o ordenamento jurídico.

O capitalismo passou de um modelo pesado/sólido na qual o Capital estava fixo em uma linha de montagem para um capitalismo em um formato mais leve/líquido, deslocando-se em uma

velocidade inimaginável na metade do século passado (BAUMAN, 2000, p. 83). Os governos tiveram que repensar suas formas de administrar, as próprias legislações e regulamentos feitos no tempo da modernidade sólida para durar e regular o mercado foram afetados. Regulamentos e legislações não conseguiam segurar o Capital que ia de uma ponta a outro no mundo em questão de um acesso a internet.

O modelo de administração gerencial foi resultado da globalização econômica, esta situação levou a uma movimentação do capital de forma rápida e constante. Esta situação afetou a forma de os governos administrarem o Estado, a segurança e a estabilidade das administrações públicas necessitaram ser revistas e reformuladas (SCHIER, 2002, p. 130/131).

Os dois movimentos exigiam mudanças na Administração Pública, a pluralidade de atores se fez sentir cada vez mais presente na sociedade. Situação que refletiu diretamente na relação entre Administrador e administrado por maior desejo de participação.

O sistema jurídico buscou dar um rumo a Administração Pública, mas quanto mais novas perspectivas e concepções, trazidas pela modernidade líquida, repercutiam na sociedade, mais a Administração Pública precisava ser repensada. A Administração Pública Líquida gera uma insegurança maior e uma imprevisibilidade que pode ser prejudicial para a sociedade, pode gerar mais problemas do que solução. Neste sentido há necessidade de equilíbrio, isto “para minimizar os problemas complexos e fazer todos os atores sociais se sentirem partes de um conjunto” (CARVALHO, 2015, p. 70).

Um novo modelo de gestão pública exige um repensar, substituir a lógica moderna que se encontra em modelos de gestão burocrática e gerencial. Por uma nova forma de Administração. Na qual a Democracia e o controle popular tenham espaço, uma forma de Administração Pública Gelatinosa, em que todos os envolvidos, desde cidadãos, organizações não governamentais, associações, sindicatos, movimentos sociais em geral possam em diferentes esferas do Estado envolvidos na discussão de temas complexos que

devem ser organizados para a deliberação e construção do ideal coletivo. Situação que será melhor debatida no próximo item.

### **3. Democracia, controle popular e administração pública gelatinosa**

O choque da realidade nesta nova fase da modernidade, em que as informações se propagam rapidamente. O capital se move sem que o Estado possa fazer nada para impedi-lo, os postos de trabalho podem aparecer ou desaparecer em uma velocidade espantosa.

Os fatores acima influenciando o próprio Estado, a forma de administrá-lo. O Estado é colocado em cheque e sua Administração não pode ser do mesmo tipo como era na época da Administração Pública Sólida, também não pode ser do tipo Administração Pública Líquida. Pois este tipo de administração gera mais insegurança e pode criar tamanha instabilidade que ameaçaria o equilíbrio da própria sociedade.

Uma das principais características da Democracia, para a própria sobrevivência da Administração Pública “é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais” (DAHL, 2015, p. 25). Partindo deste princípio básico devemos encarar a necessidade de firmar na sociedade os pilares descritos como liberdade, representação, responsabilização e participação (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 28).

O primeiro consenso necessário é que a Democracia é fundamental e certos requisitos precisam ser respeitados. Não há como se desconsiderar nesta equação o Estado e quem faz a administração do estado. O serviço prestado pelo poder público está e tem necessidade de estar previsto no próprio ordenamento jurídico (SCHIER, 2004, p. 28); a partir deste pressuposto podemos ver que há uma incompatibilidade com um modelo de Administração Pública Líquida.

Como evitar o clientelismo, o fato de cada administrador fazer o que bem entende, simplesmente por achar que poderá resolver determinado problema, em uma concepção de Administração Pública Líquida; ou por outro lado um apego a normas, a um modelo burocrático impessoal como na concepção de Administração Pública Sólida.

São questões que devem possuir uma saída pela própria Democracia, tanto Carole Pateman quanto Bresser Pereira deixam claro que a solução se dará por um aumento da participação, como diriam buscar um “modelo de democracia que emerge nas sociedades mais avançadas é menos exigente: é uma democracia participativa ou republicana” (BRESSER PEREIRA, 2005, p. 82). Da mesma forma podemos incluir “a inclusão política da sociedade civil organizada permite superar o atual modelo de democracia representativa” (BIER, 2010, p. 581).

A participação popular aumenta não só o controle sobre as atitudes da Administração, quanto também a busca de soluções em “situações que demandam flexibilidade, como na prestação de serviço direto ao cidadão, como o atendimento nas áreas de saúde, educação e assistência social (CARVALHO, 2015, p. 66). Os Conselhos Municipais e Estaduais cumprem este papel ao possibilitar a efetiva participação da população, a própria Constituição Federal de 1988 prevê, em seu artigo 198, a participação popular. Essas novas dinâmicas de relação com o Estado incentivaram a busca de outras soluções (VENTURA, 2016, p. 714), um novo modelo de Administração Pública, nem sólida, nem líquida, mas gelatinosa.

Uma Administração que pode ser moldada, não tão rígida, mas que possa ser influenciada pela sociedade civil organizada. Em certos casos até um simples requerimento ou reclamação pode trazer mudanças na forma como a Administração deve agir em casos semelhantes no futuro.

A democracia participativa é resultado de um amadurecimento da sociedade. É um processo de aprendizado

constante, no Brasil há experiências neste sentido, como o orçamento participativo e audiências públicas.

Não há uma restrição ao voto, defendido como baluarte da democracia representativa, mas vai além disto, está mais em consonância com o momento da modernidade em que vivemos, um momento em que a informação deve ter liberdade de ir e vir.

O Estatuto das cidades é um exemplo em que não basta apenas disponibilizar a possibilidade de participar, é necessário ir além, “a publicidade é outro mecanismo propiciador ao controle democrático da ação urbanística estatal” (RAMOS, 2006, p. 97). A circulação da informação é fundamental para o funcionamento do controle popular sobre a Administração Pública, assim como o é a Democracia.

O objetivo principal não é encontrar o consenso. “À determinação moderna de buscar ou forçar o consenso a mentalidade pós-moderna só pode responder com sua habitual tolerância da divergência” (BAUMAN, 1999, p. 270). Mas tem por finalidade permitir a manifestação de opiniões diferentes que possam ser ouvidas e discutidas. As duas características descritas nos parágrafos anteriores, tanto a democracia deliberativa como a publicidade devem segundo Bresser Pereira, se juntar a duas outras características para a democracia. Estas características seriam a produção de uma decisão vinculante e a continuação do debate.

Estes fatores auxiliaram a própria Administração Pública em suas atividades, também exigem que haja um quadro de servidores públicos preparados e dispostos. Democracia dá trabalho e exige empenho para que possa se concretizar, este empenho não só da Administração Pública, mas de todos os outros atores da sociedade civil.

## **Considerações finais**

A participação popular é fundamental para a construção da democracia, esta construção passa por uma maior participação junto a Administração Pública.

No decorrer deste artigo descrevemos como a adoção de um modelo burocrático era necessário, para resolver problemas em um modelo arcaico de administração pública. Entretanto, este modelo não deixou espaço e nem possibilitou um desenvolvimento democrático. O modelo era fruto de uma época carregada pelos valores da modernidade sólida, eivado por uma necessidade de segurança, estabilidade, previsibilidade.

O fato do modelo começar a se estabelecer em momentos autoritários do país não é mera coincidência. Modelo burocrático não conseguiu se estabelecer em sua plenitude, ficando a impressão de estar incompleto.

A redemocratização minou parcialmente este modelo, assim nova tentativa em outro momento autoritário buscou modernizar a Administração Pública. Em um contexto internacional a crise da modernidade já estava fortalecida, novos paradigmas estavam sendo construídos e outros abalados.

A participação popular colocou a necessidade de repensar o modelo burocrático de administração pública, modelos de gestão passaram de um extremo a outro. Movimentos sociais e novas organizações começaram a se fazer ouvir e influir o modo de administrar.

Houve a necessidade do “reconhecimento de um espaço público não-estatal e a necessidade das organizações de responsabilização social tornaram-se particularmente importantes no momento em que a crise do Estado se intensificou” (BRESSER PEREIRA, 2005, p. 87), momento que alguns passaram a defender como única alternativa a propriedade privada e uma democracia elitista.

Mas outro modelo começava a se firmar paralelo a esta situação. Um modelo que já era defendido por muitos, e mesmo inconscientemente já aplicados em vários movimentos sociais:

A afirmação da teoria da democracia participativa, de que a condição necessária para o estabelecimento de uma forma de governo democrático consiste numa sociedade participativa, não é de todo irrealista; se pode ou não ser compreendido, o ideal dos

primeiros teóricos “clássicos” da democracia participativa permanece, com uma intensidade muito maior, uma questão viva e em aberto. (PATEMAN, 1992, p. 136).

A sociedade civil passa a buscar um novo modelo de participação, pois só em um ambiente em que “uma sociedade civil é forte, os desenhos de partilha permitem que esta desafie a decisão da sociedade política de não implantar processos participativos” (AVRITZER, 2008, p. 60). O modelo de administração pública no Brasil é uma mistura que parece uma construção de um filme de terror, há aspectos ainda patrimonialistas, outros clientelistas, outros altamente burocráticos e ainda outros aspectos em que a participação se faz mais presente.

A necessidade de buscar um ponto de equilíbrio é importante, vários autores como nos textos de Fabiola Cristina Costa de Carvalho, Luiz Carlos Bresser Pereira, Tiago Ventura e outros salientam esta urgência. No entanto são unânimes que isto só será possível com uma gestão democrática, com uma participação da sociedade e uma abertura da própria Administração Pública, isto para que seja possível a construção de um novo modelo de Administração Pública, a qual chamaria de uma Administração Pública Gelatinosa, uma administração mais apropriada para o momento em que vivemos da modernidade.

Concordando com o grande desafio futuro já colocado por Bresser Pereira que “para a sociedade brasileira é o de fazer uma síntese desses dois ciclos – algo que é possível e que dará orientação e sentido para sua burocracia pública” (BRESSER PEREIRA, 2007, p. 28).

## Referências

ARENDDT, Hannah. **Eichemann em Jerusalém**. São Paulo: Editora Schwarcz, 2015.

AVRITZER, Leonardo. Instituições participativas e desenho institucional: algumas considerações sobre a variação da participação no Brasil democrático. In: **Opinião Pública**, Campinas, v. 14, n. 1, jun. 2008, p. 43-64.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade e Ambivalência**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1999.

\_\_\_\_\_. **O Mal-estar da Pós-Modernidade**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 1998.

\_\_\_\_\_. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar Editora, 2001.

BIER, Cierilei Aparecida; FEUERSCHUTTE, Simone Ghisi; SCHMITZ, Leandro Costa, et al. Sociedade, empresa e governo: uma experiência de implementação de um novo paradigma de democracia participativa. **Cadernos EBAPE.BR. FGV**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 4, artigo 1 dez. 2010, p. 580-599.

CARVALHO, Fabiola Cristina Costa de; SILVA, Cássia Carolina Borges de; GARCIA, Ana Paula Prado, et al. “Juntos Faremos”: Deliberação como alternativa de Gestão na Administração Pública. In: **Administração Pública e Gestão Social**, México: Editor Científico, n. 7, abr./jun. 2015, p. 63-71.

CHACOSKI, Davi. O Princípio da Eficiência e o Procedimento Administrativo. In: **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 4, n. 18, out./dez. 2004, p. 160-196.

DAHL, Robert A. **Poliarquia**. São Paulo: Editora Edusp, 2015.

GABARDO, Emerson; PONTES FILHO, Valmir. **Problemas Emergentes da administração Pública**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2017.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, forma e poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Tradução de João Paulo Monteiro, Maria Beatriz Nizza da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LEAL, Rogerio Gesta; CASTRO, Matheus Felipe de. Fundamentos Redefinitórios do Direito Fundamental de Participação Social na Política Brasileira. In: **Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 11, jan./dez. 2011, p. 311-338.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PATEMAN, Carole. **Participação e Teoria Democrática**. Tradução de Luiz Paulo Rouanet. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1992.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. **Reforma do Estado para a Cidadania: A Reforma Gerencial Brasileira na Perspectiva Internacional**. São Paulo: ENAP, 1998.

\_\_\_\_\_. Democracia Republicana e Participativa. In: **Novos Estudos Cebrap**, v. 71, mar./2005, p. 77-91.

\_\_\_\_\_. Burocracia Pública e Classes Dirigentes no Brasil. In: **Revista Sociologia Política**, Curitiba, v. 28, jun./2007, p. 9/30.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Participação popular como condição de efetividade da gestão urbano-democrática. In: **A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional**. Belo Horizonte: Editora Fórum, ano 6, n. 25, jul./set. 2006, p. 95-108.

RIBEIRO, Frank de Paula. Democracia; expertise e burocracia: relações entre política, técnica e participação. In: **Ciências Sociais Unisinos**, São Leopoldo, v. 49, n. 3, p. 297-305, set./dez. 2013.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. **A Participação Popular na Administração Pública: O Direito de Reclamação**. São Paulo: Editora Renovar, 2002.

\_\_\_\_\_. Administração Pública: Apontamentos sobre os Modelos de Gestão e Tendências Atuais. In: **Cenários do Direito administrativo: estudos em homenagem ao Professor Romeu Felipe Bacellar Filho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

VENTURA, Tiago. Democracia e participação. Inovações democráticas e trajetória participativa no Brasil. In: **Cadernos EBAPE.BR FGV**. Rio de Janeiro, v. 14, n. 3, artigo 3 jul./set. 2016, p. 705-720.

WEBER, Max. **Ensaio de Sociologia**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1982.

## Os casos trágicos e os limites da racionalidade jurídica (Dworkin, Hart, Atienza e Lariguet)

*Erico Sanches Ferreira dos Santos*<sup>1</sup>

### Introdução

Como afirma William Pugliese (2017, p. 15), justifica-se a passagem do processo para a Teoria do Direito como via imprescindível para a investigação do fenômeno do Direito ou da resolução jurídica dos casos. Esse problema pode ser bem demonstrado pela distinção entre casos fáceis e difíceis.

Referindo-se a William Lucy, Pugliese (2017, p.15) sustenta que a filosofia jurídica e política contemporânea se desenvolve principalmente em torno de duas questões: a racionalidade e a legitimidade dos julgamentos.

E resume com propriedade o porquê dessa preocupação: “o motivo da discussão se resumir a esses dois pontos pode ser facilmente explicado: sem que os juízes tenham legitimidade e sem que as decisões tenham racionalidade, não há decisão válida” (Pugliese, 2017, p.15).

A distinção entre casos fáceis e difíceis na Teoria do Direito Contemporânea se dá por influência da obra de Dworkin, muito embora, ao fim e ao cabo, tal distinção acabe não se mostrando

---

<sup>1</sup> Possui graduação em Direito pela Universidade de São Paulo (2000). Atualmente é juiz federal substituto - Justiça Federal de 1º Grau no Paraná, atuando em Vara de Juizado Especial Federal previdenciário. Especialista em Direito Previdenciário e Processo previdenciário. Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário do Brasil - Unibrasil/PR. Email: ericosantos10@gmail.com

relevante para sua perspectiva de direito como integridade. Com efeito, ao final das contas, os casos fáceis, para Dworkin, nada mais são do que uma modalidade de casos difíceis, desafiando o mesmo tipo de raciocínio para solução. Em outras palavras, o uso da lógica dedutiva para solução do caso, o que distinguiria um caso fácil, não compromete de forma alguma sua construção em relação aos casos difíceis. Como diz Dworkin (2007, p. 423), “Hercules não precisa de um método para casos difíceis e outro para os fáceis”.

Segundo Atienza (1997, p. 246), a distinção entre casos fáceis e difíceis cumpre um papel essencial no que se denominam como “teorias standard” da argumentação jurídica e, também, de maneira geral, na Teoria do Direito Contemporânea.

O mesmo autor afirma que Alexy e MacCormick, as duas referências em relação às chamadas teorias standard da argumentação, partem da distinção entre casos fáceis e difíceis (2014, p. 232). Atienza, contudo, propõe a existência de uma terceira modalidade de caso, a dos casos trágicos (2014, p. 253).

Um caso trágico, na concepção do professor de Alicante, assim pode ser considerado quando *“não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”*. A adoção de uma decisão, ainda segundo o autor, não significa enfrentar uma simples alternativa, mas sim um dilema (2014, p. 253). Nesse sentido, considera que a racionalidade jurídica não pode desconhecer a existência de casos trágicos e deve deixar um lugar para o sentimento do trágico no mundo do Direito (1997, p. 246).

Por sua vez, Lariguet, professor da Universidade de Córdoba, na Argentina, entende que os casos trágicos expõem um limite na racionalidade jurídica, em contraposição à expectativa de integridade e completude de Dworkin e Alexy, no sentido de que sempre há uma saída racional. Na linha de Jon Elster, Lariguet considera que os casos trágicos expõem os limites da racionalidade, e não considerá-los significa nada mais nada menos do que uma forma de irracionalidade.

## 1. O Pesadelo e o Nobre Sonho – Crítica de Hart a Dworkin

Em famosa palestra, que deu origem ao ensaio “*A Teoria do Direito Norte-Americana pelos olhos Ingleses: o pesadelo e o nobre sonho*”, Hart, positivista inglês, grande antagonista de Dworkin, se “aventura” a falar, como ele próprio afirma, sobre o tema da Teoria do Direito norte-americano, ressaltando a aparente obsessão dos americanos pelo problema judicial, ou seja, por aquilo que os tribunais fazem e deveriam fazer, no modo como os juízes raciocinam ou deveriam racionar em casos específicos.

Hart atribui essa concentração de esforços dada a característica do funcionamento do Judiciário americano, notadamente da Suprema Corte, no sentido de apreciar os casos mais importantes da sociedade, como já havia salientado Tocqueville, inclusive com o poder de declarar inconstitucional uma lei perfeita e acabada, o que, então, era de fazer chocar qualquer jurista britânico (1999, p. 147).

Para Hart, a Teoria do Direito norte-americana oscilava entre dois extremos, entremeados por muitas posições intermediárias. A esses extremos conferiu os nomes de Pesadelo e Nobre Sonho.

“O Pesadelo é esse. As partes em um caso acreditam ter o direito de receber dos juízes uma aplicação da lei existente à sua disputa, não o ter novo direito feito para resolvê-la” (Hart, 1999, p. 147).

Hart ressalta, sob a lente de um eminente juiz inglês, Lord Radcliffe, que a imagem do juiz é aquela do “declarador do direito objetivo, imparcial, erudito e experiente”, que não deve ser confundida com a imagem bem diferente do legislador. A seu turno, “o Pesadelo é que esta imagem do juiz, que o distingue do legislador, seja uma ilusão, e que as expectativas que dela derivam estão fadadas à decepção(...)”. O grande exemplo moderno seria a decisão de *Roe vs. Wade*, que aboliu legislação centenária sobre o aborto.

Ao que chama Nobre Sonho, como antítese do Pesadelo, Hart diz ser a representação da crença, talvez da fé, “*de que, a despeito de*

*aparências superficiais em contrário, e a despeito mesmo de períodos inteiros de aberrações e erros judiciais, ainda se pode oferecer uma explicação e uma justificativa para a expectativa comum das partes de que os juízes apliquem a seus casos a lei existente e não que façam novas leis para eles, mesmo quando o texto específico de uma regra constitucional, lei ou precedente disponível, pareça não oferecer nenhuma orientação de decisão determinada”* (1999, p. 148).

Hart destaca duas características inerentes ao que denomina Nobre Sonho, o particularismo e o holismo. Quanto à primeira, trata-se da prática de não se buscar uma origem no direito natural universal, mas o de explorar fundamentos ligados aos fins e valores específicos de uma sociedade (1999, p. 150).

Quanto ao holismo, significa dizer que a solução para o caso não depende somente de uma lei específica para a situação, isso porque o direito deve ser interpretado como um conjunto de princípios, valores e padrões relativamente bem consolidados (Hart, 1999, p. 150). Trata-se de visão oposta à noção do Pesadelo, para o qual há situações em que o juiz efetivamente terá que criar uma regra, mediante uma escolha não juridicamente controlada, aquilo que o juiz Holmes chamou de “prerrogativa soberana de escolha”, em uma ação de legislador intersticial.

A par dessa distinção, e reconhecendo a possibilidade da abordagem holística, inclusive citando um exemplo de sua pátria, a saber, o caso da responsabilização da fábrica de refrigerantes frente a um consumidor, Hart questiona se, ainda assim, há possibilidade de existirem princípios conflitantes, de modo a não afastar por completo o Pesadelo. E acrescenta, “quais seriam os motivos para se acreditar que deve haver alguma solução única para tais conflitos esperando que o juiz a descubra e não solicitando sua escolha?” (1999, p. 152)

A partir desses questionamentos, Hart traz Dworkin, afirmando se tratar do mais nobre sonhador de todos, com uma base filosófica mais ampla e qualificada que seus predecessores e formidáveis poderes de argumentação (1999, p. 153).

Para Dworkin, mesmo no mais difícil dos casos haverá solução já estabelecida pelo direito, não cabendo ao juiz legislar em hipótese alguma. Assim, Dworkin considerava que o juiz Holmes estava errado em relação à “prerrogativa soberana de escolha” e a legislatura “intersticial” (Hart, 1999, p. 152).

Segundo a leitura de Dworkin, o juiz, não importa a dificuldade do caso, deve determinar o que a lei é, e não o que deve ser, ainda que possa estar errado. Já existe uma lei para o caso, estando apenas no aguardo de sua descoberta. Se houver falha, esta não será da lei, mas sim da limitada capacidade de discernimento do juiz.

Para Hart, a principal crítica à teoria de Dworkin deve exatamente se concentrar nessa sua insistência de que, mesmo não havendo modo de demonstrar qual de duas soluções conflitantes, ambas igualmente fundamentadas na lei existentes, é correta, ainda assim deve haver uma única resposta certa à espera de descoberta (Hart, 1999, p. 156).

Vale trazer o arremate brilhante de Hart em sua palestra:

“Para concluir, permitam-me dizer o seguinte: apresentei a Teoria do Direito norte-americana como situada entre dois extremos, o Pesadelo e o Nobre Sonho; o entendimento de que os juízes sempre criam e nunca encontram o direito que impõem às partes, e o entendimento oposto de que nunca o criam. A exemplo de qualquer outro pesadelo e de qualquer outro sonho, esses dois são, em minha opinião, ilusões, embora tenham muito valor para ensinar ao jurista enquanto este está acordado. A verdade, talvez não muito empolgante, é que ora os juízes fazem uma coisa, ora fazem outra. (...)” (Hart, 1999):

O autor considera, contudo, que a visão de Dworkin, mesmo que venha a retardar, não elimina o processo de criação judicial do direito, “uma vez que, em qualquer caso difícil, podem apresentar-se diferentes princípios que apoiam analogias concorrentes, e um juiz terá que frequentemente de escolher entre eles, confiando, como um legislador consciencioso, no seu sentido sobre aquilo que

é melhor, e não em qualquer ordem de prioridades já estabelecida e prescrita pelo direito relativamente a ele, juiz” (Hart, 2001, p. 338).

Dworkin, a seu turno, considera que o sonho que encontram em sua obra é mais tolo do que nobre. Isso porque, “em vez da questão enganosa de saber se os juízes encontram regras no “direito existente” ou inventam regras que ali nunca estiveram, devemos nos perguntar se os juízes tentam determinar quais são os direitos das partes ou se inventam aquilo que consideram como novos direitos para servir a fins sociais.” Dworkin pretende “convencer os juristas a por de lado a imagem toda do direito existente, a favor de uma Teoria do Direito que considera as questões sobre direitos jurídicos como questões especiais sobre direitos políticos”(Dworkin, 2002, p. 451).

## **2. Crítica de Atienza a Dworkin – os casos trágicos**

Atienza assume que os chamados casos trágicos, assim considerados, de maneira simplificada, aqueles para os quais não haveria uma solução no sistema, estão excluídos de quase toda a Teoria do Direito Contemporâneo.

Para Atienza, os filósofos estão mais propensos a aceitar a existência de casos jurídicos trágicos do que os juristas. Para Muguerza, o sentido de tragédia é necessário para preservar a tensão entre Direito e Justiça. Por sua vez, para Ricoeur, os casos trágicos supõem um chamado a um sentido dificilmente formalizável de equidade, ou, em outras palavras, a um sentido de “justeza”, mais do que de “justiça” (1997, p. 256).

Atienza considera acertada sua própria conclusão em outro texto de anos antes, quando defendia que a teoria da argumentação deveria comprometer-se com uma concepção, uma ideologia política e moral, mais crítica com relação ao Direito dos Estados Democráticos, e assim também uma perspectiva mais realista (1997, p. 252). Isso porque o Direito nos Estados Democráticos não se consubstancia no melhor dos mundos jurídicos imagináveis, podendo muito bem um jurista resolver uma questão e argumentar

em favor de uma decisão que considera correta, mesmo tendo plena consciência que tal solução não é a contemplada pelo Direito Positivo (1997, p. 252).

Lembrando a definição já citada acima no sentido de que o trágico seria o caso em que “não se pode encontrar uma solução que não sacrifique algum elemento essencial de um valor considerado fundamental do ponto de vista jurídico e/ou moral”, Atienza refina seu raciocínio para estabelecer duas concepções práticas em que podem ocorrer os conflitos trágicos: a) uma situação em que o ordenamento provê pelo menos uma solução correta, mas essa se choca com a moral do juiz; b) uma situação em que o ordenamento não permite chegar a nenhuma conclusão (1997, p. 256).

Em relação à primeira hipótese, tratada como um conflito externo, podendo ocorrer inclusive em Estados Democráticos, Atienza afirma que, no final das contas, as razões morais são as últimas razões de qualquer racionalidade prática, de modo que o juiz, em qualquer um das posturas, estaria a decidir infringindo um ordenamento, ou como juiz, ou como cidadão (1997, p. 257).

No entanto, interessa mais a Atienza a segunda hipótese, situações que não surgem de algum déficit moral do sistema, mas sim de conflitos entre princípios, de conteúdo moral, pertencentes ao sistema (1997, p. 245-246).

Atienza se questiona sobre o que fazer frente aos casos trágicos. Como deveria se comportar o juiz? Poderia de alguma forma justificar a decisão que necessariamente haverá de tomar? (1997, p. 262) O autor de Alicante realiza ponderações a respeito:

1. Ainda que a existência de um caso trágico suponha que existam situações em que o sistema jurídico não permite chegar a uma resposta correta, isso não significa que a tomada de decisão escape por completo do controle racional. Nesse sentido, o fato de não haver uma resposta que possa ser qualificada como a correta, não significa que todas as possíveis alternativas sejam equiparáveis. Em outras palavras, o fato de não existir uma resposta perfeita não significa que não existam respostas piores que

- outras, de modo que cabe ao juiz, em tais situações, optar pelo mal menor (1997, p. 263).
2. Uma consequência do item anterior é a necessidade de que padece um juiz que esteja frente a um caso desse tipo de recorrer a critérios de razoabilidade, ou seja, a critérios que estejam situados entre o que poderia se chamar de racionalidade estrita (integrada tanto por respeito à lógica formal como aos princípios de universalidade, coerência, etc) e a pura e simples arbitrariedade. Uma decisão razoável não significa afrontar os primeiros critérios, mas sim o de torná-los eficientes por meio de um recurso a uma determinada filosofia política e moral. Se o direito não provê nenhuma resposta correta, não há outra alternativa, senão a de buscar apoio em outros âmbitos da razão prática (1997, p. 263).
  3. Há uma série de características dos sistemas jurídicos dos Estados contemporâneos (especialmente, e ainda que pareça paradoxal, dos Estados com maior carga social e democrática) que permite explicar porque se produzem casos trágicos. Por um lado, a ampliação dos direitos e, em particular, a expansão de direitos de conteúdo social e econômico, se traduz normativamente na proliferação de diretrizes e regras que possuem uma maior força expansiva – e, portanto, um maior potencial de gerar contradições. Por outro lado, afirma Atienza, a necessidade crescente de fundamentação das decisões de forma cada vez mais exigente dificulta que as possíveis contradições se mantenham ocultas. E, finalmente, assevera que as Constituições contemporâneas, na medida em que procuram representar todo o espectro de valores vigentes na sociedade, acabam por incorporar valores contrapostos, como por exemplo valores de cunho liberal em contraposição a valores de cunho social (1997, p. 264).
  4. Uma consequência do item 3 é que a maior presença de casos trágicos não significa necessariamente um indicativo de maior injustiça do sistema. Com efeito, em um sistema puramente liberal, sem nenhum tipo de proteção social, provavelmente seriam reduzidos os problemas relativos a tratamento desigual. Nesse sentido, a sensibilidade dos juízes para identificar e conviver com o trágico no direito não deve ser considerado um elemento particularmente perturbador ou disfuncional (1997, p. 264).

A consciência do trágico – e o sentimento de mal estar que o acompanha – pode muito bem servir de incentivo para que o juiz cumpra também seu dever como cidadão, ou seja, o dever de

contribuir para modificar o mundo social de maneira que diminua o trágico no Direito (nesse sentido, cabe dizer que não se pode ser bom juiz se não é um bom cidadão). Não é demais recordar a célebre frase do juiz Holmes, “a vida do Direito não é lógica, senão experiência” e, também, a frase de Unamuno, “a vida é tragédia, e a tragédia é perpétua luta, sem vitória nem esperança dela, é contradição”. Atienza encerra o artigo dizendo que não há razão para prescindir da experiência do trágico no Direito (1997, p. 265).

Um exemplo de caso trágico sempre citado por Atienza é o da situação do imigrante. Referindo-se ao seu país, Espanha, e sua Constituição, em caso de uma situação de imigração irregular, o juiz não terá outra solução, a não ser a de determinar a expulsão do indivíduo. Para Atienza, embora se trate de uma norma prevista na Constituição, ela não pode ser cumprida sem que haja uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana (2017, p. 206).

Para Atienza, a solução ideal para os conflitos trágicos é a atuação do “jurista estadista”, aquele que possui uma habilidade extraordinária para deliberar, na linha do que propõe Anthony Kronman no livro “The lost lawyer”. O autor da Universidade de Alicante ressalta que não é possível ter um Direito perfeitamente justo no contexto de sociedades tão injustas como as nossas. “A consciência do trágico, o sentimento de pesar ou de sacrifício deve atender precisamente à função de lembrar os juízes (os juristas) seu dever (como cidadãos) de contribuir para a mudança social, de modo a diminuir a dimensão do trágico no Direito” (Atienza, 2017, p. 207).

### **3. Crítica de Lariguet a Dworkin – ainda os casos trágicos**

Sob o ponto vista da filosofia moral, os conflitos trágicos são conhecidos como “dilemas morais”(Lariguet, 2004, p. 318). Segundo Lariguet (2004, p.219), professor da Universidade de Córdoba (Argentina), ainda que não seja de todo claro quando um conflito é genuinamente trágico, poderá ser assim considerado: a) quando não há solução racional possível, como, por exemplo,

porque os princípios em conflito são considerados mutuamente inderrotáveis ou incomparáveis; b) quando o conflito poderia ser resolvido com a eleição de um dos princípios, porém tal eleição representaria sacrifício ou perda moral.

Nesse sentido, Jon Elster entende que a racionalidade tem limites, entre outras coisas, quando a razão não nos diz o que fazer em certos casos (Lariguet, 2004, p. 319). Elster examina várias hipóteses que explicam esta incapacidade da razão, como, por exemplo, problemas de indeterminação e incomensurabilidade. Para Elster, como já afirmado acima, não admitir a natureza limitada da razão significa um compromisso com a irracionalidade (Lariguet, 2004, p. 320).

A resposta sobre o que é um conflito trágico não é simples. Isso porque o núcleo conceitual da categoria conflito trágico não está completamente identificado. Assim, os filósofos acabam discordando quanto ao que se considera um conflito trágico genuíno ou simplesmente aparente.

A diferença do caso trágico genuíno para o caso difícil seria, em princípio, a inexistência de uma solução racional possível, ou que, ao menos, na linha de Isaiah Berlin, pode haver uma solução, porém apenas com sacrifício ou perda moral, vale dizer, o sacrifício ou a perda de um princípio (Lariguet, 2004, p. 322).

Tal contexto leva à idéia de que não haveria uma solução racional possível. Lariguet, então, pergunta qual seria a diferença entre uma solução com sacrifício e a ausência de solução racional. Seria uma linha tênue, porém ambas hipóteses revelam o mesmo propósito, o de que existem casos que não possuem uma resposta correta (2004, p. 323).

Terrance McConnel, filósofo analítico, reconstituiu a discussão, no sentido de que somente há um conflito trágico genuíno se cada princípio não puder ser derrotado por outro (Lariguet, 2004, p. 325).

Porém, a questão pode ser aprofundada. Há filósofos que sustentam que há conflitos trágicos em um nível chamado intuitivo. Se o agente não é capaz de passar a um nível crítico que permita

dissolver a tragédia, ele chegará a conclusão de que não pode resolver o problema sem um sacrifício. E qual seria esse limite crítico? Para Richard Hare, este nível crítico seria uma amálgama de universalismo Kantiano e cálculo utilitarista a la Mill (Lariguet, 2004, p. 326).

Em outras palavras, o que Lariguet pretende demonstrar é que os conflitos trágicos colocam em descoberto os limites da racionalidade do direito, especialmente no sentido de que “*si hay conflictos trágicos genuínos, no habría argumentos que apoyaran racionalmente que hacer em um caso trágico*” (2004, p. 332).

A dificuldade em trazer os casos trágicos para as teorias standards está bem gizada pelo autor da Universidade de Córdoba. Ele afirma que a ponderação, bem como qualquer outra noção que intente racionalizar um conflito, poderia colapsar *si se aceptase que hay conflictos trágicos genuínos* (2004, p. 341).

Para Lariguet, a idéia de ponderação de princípios constitucionais se esqueceu dos desafios que os conflitos trágicos poderiam suscitar. Isso para não falar do desafio que, todavia, os filósofos práticos têm antes de fechar acordos firmes em torno do alcance de teses particularistas e universalistas (Alexy) no campo moral e jurídico e esmiuçar uma a uma todas as consequências das categorias racionalidade substantiva e narrativa, expondo suas possíveis relações (Lariguet, 2004, p. 342).

Lariguet afirma que, embora não exista um consenso claro de quando um conflito trágico é genuíno, os filósofos em geral aceitam que, se assim é o conflito, a racionalidade se encontra limitada. Lariguet, que parte de um campo de estudo mais amplo, filosófico, entende que tal noção, pelo menos em alguns casos, pode ser reproduzida no mundo do direito (2004, p. 343).

E a pergunta que o professor da Universidade de Córdoba faz é a seguinte: A tese sobre a existência de limites da racionalidade jurídica é inafastável (“*irrecusable*”)? (2004, p. 344)

Ele mesmo crê que a resposta deve ser negativa. Com efeito, Lariguet cita o exemplo de Dworkin, que rejeita a tese dos limites,

sem se converter a uma irracionalidade, como havia pensado Elster. Ressalta da teoria de Dworkin que os conflitos seriam situações raras, assim como a incomensurabilidade e a indeterminação, de modo que esses choques trágicos podem ser resolvidos por uma concepção interpretativista que ponha os valores em harmonia (2004, p. 344).

Lariguet considera que, de certa forma, o pensamento de Dworkin se assemelha ao de Richard Hare, embora este admita a existência de limites à racionalidade. Para Hare, os dilemas morais genuínos (conflitos trágicos) são “produtos de ficción”. Para este autor, como já salientado, o nível crítico é uma combinação de universalismo kantiano e cálculo utilitário. O universalismo kantiano conduz concretamente a considerar “imparcialmente” todos os interesses dos afetados, enquanto o cálculo utilitário permite maximizar o resultado (2004, p 345).

Usando expressão de Sartre, o que resta, nos casos trágicos, seria a moral do compromisso, ou seja, tomar uma decisão e comprometer-se. A noção de compromisso se refere ao sentido de o julgador se fazer responsável pelo que decide consciente de que sua escolha compromete toda a humanidade. Ao final, conclui que a questão sobre os limites da racionalidade e suas consequências estão longe de ser claras, tanto no campo da filosofia prática como, em particular, no mundo do direito. (Lariguet, 2004)

Lariguet faz referência ao texto de Hart, “A Teoria do Direito Norte-Americano pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho”, ressaltando a divisão dos juristas entre aqueles que identificam o direito com o “nobre sonho” e aqueles outros que o veem como um “pesadelo”, e passa a tratar de como a ideia de conflitos trágicos pode se inserir na teoria de Dworkin. Justifica-se partir de Hart, por se tratar de um positivista jurídico e principal adversário declarado de Dworkin (2006a, p. 208).

Dentre as críticas de Hart a Dworkin, o autor procura destacar apenas duas: primeira, a concepção restritiva de Dworkin em relação à discricionariedade judicial; segunda, o fato de ser cético em

relação à ideia de que sempre haverá uma única resposta correta (2006a, p. 207).

A teoria de Dworkin é construída de tal sorte que repele a possibilidade de existência de dilemas morais genuínos (2006a, p. 209). Ele rejeita a ideia de que não há resposta correta e de que existem lacunas normativas ou de reconhecimento genuínos, assim como afasta a ideia de que há valores incomensuráveis. Nega também que fenômenos de empate de princípios sejam situações reais nos sistemas jurídicos.

Lariguet aponta que um exemplo elucidativo da visão de Dworkin no sentido de afastar qualquer limite a racionalidade causado pelos conflitos trágicos pode ser traçado mediante a análise do capítulo 13 do livro “Levando os Direitos a Sério”, notadamente a tese da única resposta correta (2006a, p. 210).

Nesse sentido, Dworkin, no limite, considera que pode haver a eleição de uma resposta, baseada em sentimento, no que ele denomina de paixão serena. A noção de sentimento, como afirma Lariguet, não é nova com Dworkin, e já permeou outros filósofos, como Sartre, Hume e Kierkegaard. Dworkin procura demonstrar a inviabilidade da tese de várias respostas por meio de um exercício de reconstrução dos argumentos, os quais distingue em práticos e teóricos (2006a, p. 211).

Dentre vários aspectos da teoria Dworkiana, Lariguet considera que o argumento no sentido de que um sistema evoluído não permitiria a situação de não resposta é o que mais desafia seus críticos. Dworkin confia em duas coisas: a primeira, que a prática contém uma regra tácita que proíbe os empates; a segunda, a de que os juízes, se meditam com calma e tempo, concluirão que uma das partes possui o melhor conjunto de razões. Nesse sentido, para Dworkin, a questão de eventual empate, que poderia ser considerada uma versão de um conflito trágico, ou é impossível ou tão rara, verificável apenas em sistemas não evoluídos.

Ainda com Lariguet, Dworkin, no artigo “Do liberal values conflict?”, defende, em síntese, que os conflitos trágicos genuínos e

o argumento de incomensurabilidade decorrem de uma concepção de valores que não é necessariamente irrefutável. Há outra concepção, segundo Dworkin, na linha traçada em “O Império do Direito”, chamada interpretativista.

Dworkin faz um apelo para que sejam refinadas as concepções morais e políticas por meio de uma rede de convicções compartilhadas, aptas a afastar fenômenos como o da incomensurabilidade ou dos dilemas morais genuínos. Tal refinamento seria guiado por um conjunto de valores relativos ao florescimento dos agentes morais como seres humanos (Lariguet, 2006a, p.220).

De acordo com Dworkin, conforme relata Lariguet, tais convicções reformuladas ajudariam a ver porque valores como liberdade e igualdade não têm que necessariamente entrar em conflito ou serem considerados incomensuráveis (2006a, p. 220)

A crítica de Lariguet se dá também quanto a esse aspecto. Ele pergunta: Até que ponto essa rede de convicções não se trata de um intuicionismo disfarçado como sugerido explicitamente por Hare? (2006a, p.221)

E se assim for, prossegue Lariguet, apoiando-se em Hare, o intuicionismo, no fundo, não representa nada mais do que os sentimentos compartilhados dos filósofos que o sustentam. E se essa afirmação se mostra merecedora de crédito, onde se colocaria a resposta de Dworkin àqueles que consideram não haver respostas corretas?

Para Dworkin, aqueles que sustentam haver respostas e não “uma resposta” terminam garantindo que a solução se dê pela “eleição” e não pela “razão”. Uma eleição se consubstanciaria em um ato de vontade determinado por certos sentimentos. Agora, o que dizer das chamadas “convicções morais” de Dworkin, que não seriam nada mais do que um nome para este tipo de sentimento? (Lariguet, 2006a, p. 221)

Tais sentimentos nada mais seriam do que decorrentes de uma “educação moral”, a se seguir o pensamento de Sartre, que não deixa de ser relativa à cultura em que o agente se educa (no caso de

Dworkin, a cultura americana). Se assim é, prossegue Lariguet (2006a, p. 221), as convicções de Dworkin levariam, do mesmo como Hare concluiu em relação ao intuicionismo, ao relativismo moral. Embora Lariguet não saiba ao certo qual a verdadeira dimensão dessa conclusão, resta evidente ao autor que a ideia de convicções morais de Dworkin está longe de ser clara e encontra reflexo na cultura norte-americana. E isso acaba por se tornar um problema, pois o que propõe Dworkin é um refinamento a respeito do que realmente sejam os valores como a liberdade e igualdade, além do que possa representar a cultura local.

#### **4. Crítica da crítica - Lariguet a Atienza**

Por fim, para Lariguet, Atienza faz um diagnóstico correto quanto a teoria da resposta correta e dos casos trágicos, porém sua solução também é passível de críticas (Lariguet, 2006b, p. 97).

Com efeito, a ideia de que se possa identificar para os casos trágicos uma solução melhor ou pior passa necessariamente por uma ponderação e pela obtenção, assim, de uma resposta. Não há diferença substancial, por assim dizer, em relação à proposta de Dworkin. É nesse sentido que Lariguet inclui Atienza no grupo dos “nobres sonhadores”.

Lariguet parte novamente da ideia de Jon Elster para afirmar que se há limites de racionalidade, então a razão não poderá oferecer todas as respostas, pois haverá casos, presumivelmente trágicos, para os quais não haverá uma resposta correta racional possível.

Lariguet provoca novamente com o seguinte questionamento: Se há casos em que não há uma resposta racional possível, é permitido dizer que as respostas para esses casos são irracionais? Ele recorre a Sartre, no que chamou na obra “O existencialismo é um humanismo” de sentimento que orienta a algum dos valores em conflito. Tais sentimentos não são necessariamente sinônimos de irracionalidade (2006b, p.103).

Ao discorrer sobre a visão de Atienza sobre os casos trágicos, Lariguet se prende à idéia que considera a mais consistente para fins de teste dos limites da racionalidade, qual seja, a de que os casos trágicos são aqueles para os quais não há uma resposta. E é nesse ponto que Lariguet começa a apontar sua maior crítica à visão de Atienza. Isso porque o professor da Universidade de Alicante afirma que a existência de casos trágicos no sentido de não haver uma resposta correta, não significa afirmar que a tomada de decisões em um caso como esse escape por completo do controle racional. Aqui, portanto, é que se insere a crítica no sentido de Atienza ter realizado um bom diagnóstico, mas, talvez, sua conclusão não tenha sido a mais precisa ou afortunada (Lariguet, 2006b, p. 109).

Lariguet teme que a necessidade institucional de dar respostas aos casos, o que permeia o desenvolvimento sofisticado de ferramentas de resolução de conflitos por diversos juristas, tenha se incorporado ao subconsciente de Atienza (2006b, p.111). Afirma o autor que embora o sistema jurídico imponha a necessidade de julgamento, não se deve supor que todos os casos tenham uma solução racional (2006b, p.111).

## **Conclusão**

O tema relativo aos limites da racionalidade jurídica ainda desperta debates, com demonstram os artigos de Guillermo Lariguet, da Universidade de Córdoba.

Ao definir os extremos Pesadelo e Nobre Sonho, Hart atribui a Dworkin o título do mais nobres dos sonhadores, dada sua bagagem filosófica e sua enorme força argumentativa. Dworkin entende que a noção do juiz Holmes, citada por Hart, de “prerrogativa soberana do julgador” e de atuação como “legislador intersticial”, não se trata da melhor perspectiva em termos de Teoria do Direito.

Hart, por sua vez, positivista e grande antagonista de Dworkin, ao analisar a teoria norte-americana sob os olhos de um jurista inglês, procura demonstrar que a fragilidade da robusta

teoria de Dworkin se concentra, principalmente, na noção de que existe uma única resposta correta, algo que não consegue admitir.

Nesse sentido, Lariguet direciona a crítica a Dworkin especialmente porque, ao fim e ao cabo, sua pretensão de integridade e de única resposta correta pode levar a um intuicionismo, como alertado por Richard Hare, e a um relativismo moral, em plena contradição à pretensão universalista de Dworkin.

Atienza, a seu turno, ressalta a necessidade de o universo jurídico lidar com a categoria dos conflitos trágicos genuínos, os quais para ele, diferentemente do que ocorre no mundo da filosofia, costumam ser excluídos, em especial pela influência de Dworkin e sua tese relativa à resposta certa.

Lariguet, ao analisar a crítica de Atienza, aponta inconsistências de professor da Universidade de Alicante, em especial quanto a dois aspectos: a) no tocante à possibilidade de identificação de uma solução menos pior que outra, Atienza estaria a admitir a realização da ponderação nesses casos limites, o que esvaziaria, de certo modo, a noção de conflitos trágicos, que não deixariam de ser tão-somente casos difíceis; b) quando Atienza afirma que a solução dos casos trágicos não estaria excluída de um controle posterior de racionalidade, para Lariguet se trata de raciocínio similar ao de Dworkin, pois admite, assim, que racionalmente seja encontrada uma solução. Por tais razões, Lariguet afirma que Atienza se encontra no rol dos nobres sonhadores (2006b, p.113).

## Referências

ATIENZA, M. De nuevo sobre los casos tragicos. *AFDUAM I: Anuario de La Facultad de Derecho de La Universidad Autónoma de Madrid: Recent Submissions I*. 1997. p. 245-266.

\_\_\_\_\_. As razões do Direito - Teoria da Argumentação Jurídica. Rio de Janeiro: Gen. 2014.

\_\_\_\_\_. Curso de Argumentação Jurídica. Curitiba: Alteridade. 2017.

DWORKIN, Ronald. Levando os Direitos a Sério. São Paulo: Martins Fontes. 2002

\_\_\_\_\_. O império do direito. São Paulo: Martins Fontes. 2007.

HART, H. L. a.. A Teoria do Direito Norte-Americana pelos olhos ingleses: o pesadelo e o nobre sonho. In: Ensaio sobre Teoria do Direito e Filosofia. São Paulo: Elsevier. 1999

\_\_\_\_\_. O conceito de direito. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. 2001.

LARIGUET, Guillermo. Conflictos trágicos y Derecho. Posibles desafíos. In: Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho.. Universidad de Alicante. Departamento de Filosofía del Derecho | Marcial Pons. 2004. v. 27, 317-348.

\_\_\_\_\_. Conflictos trágicos genuinos, ponderación y límites de la racionalidad jurídica. In: *Revista Isonomia*. Mexico: Instituto Tecnológico Autónomo do México. 2006a

\_\_\_\_\_. Conflictos trágicos genuinos y respuesta correcta en torno a algunas ideas de Ronald Dworkin. *Revista de La Facultad de Derecho de Mexico*: Mexico. 2006b

PUGLIESE, W. Princípios da Jurisprudência. Belo Horizonte: Arraes Editores. 2017.

## A progressividade fiscal nos impostos reais e o princípio da diferença de Rawls

*Thiago Simões Pessoa*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

O Estado fiscal é fruto do Estado moderno, em razão dos entes estatais precisarem suprir suas necessidades básicas, após a desvinculação da figura do soberano com o Estado. Assim, as riquezas próprias dos soberanos não poderiam fazer frente às necessidades estatais, as quais deveriam ser arcadas pelos súditos e revertidas em seu favor.

Porém, é cediço que os administrados possuem capacidades distintas. Rawls, em sua teoria da justiça, demonstra que a loteria natural possibilita desigualdades já de início, as quais devem ser combatidas por meio de medidas e princípios próprios estabelecidos para a estrutura básica da sociedade em um momento anterior ao período societário.

Portanto, aceita-se a diferença existente nas sociedades entre os indivíduos, as quais decorrem de um elemento aleatório, e não propriamente de seu mérito próprio. A outorga de talentos, riquezas oriundas de herança familiar, ou mesmo o nascimento em famílias

---

<sup>1</sup> Procurador do Estado do Paraná. Mestrando em direitos fundamentais e democracia. Pós Graduado em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar. Pós graduado em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Graduado pela Universidade Católica Dom Bosco. Email: thiago-simpes@hotmail.com

mais abastadas e instruídas, não se encontram dentro do mérito ou escolha dos indivíduos, mas pertencem ao campo da sorte.

Assim, se afigura necessária a redistribuição das desigualdades, o que encontra campo fértil no ramo da tributação. Por meio dos impostos, é possível exigir que pessoas com maiores capacidades econômicas possam contribuir de forma mais enfática, e pessoas com menos riquezas possam contribuir menos (ou até mesmo deixar de contribuir). Assim, vislumbra-se uma forma possível de corrigir as desigualdades operadas pela loteria natural.

Este pensamento é de suma importância para se averiguar a possibilidade de estabelecimento de alíquotas progressivas em impostos considerados reais, operando-se o que a doutrina chama de progressividade fiscal. Registre-se que a questão que ainda remanesce em aberto é o limite da progressividade, ou seja, quando esta pode incidir nos impostos ditos reais, tendo o Supremo Tribunal Federal se ocupado recentemente do tema, apesar de ainda não pacificá-lo como um todo.

## **2. Uma teoria de justiça liberal igualitária**

### **2.1. Noções básicas da teoria da justiça de Rawls**

A teoria da justiça de Rawls surge como doutrina contraposta ao utilitarismo (), sendo o autor crítico ferrenho do princípio da máxima felicidade defendido pelo viés utilitarista, no qual se propõe basicamente que uma ação é boa a partir de uma visão consequencialista, sendo justa a ação que proporciona maior felicidade à maioria (maior prazer e menor dor).

Insta frisar que no utilitarismo seria possível em tese que uma minoria fosse prejudicada para se obter um bem maior para a maioria, o que é algo impensável para Rawls, que vai defender um valor intrínseco ao indivíduo, de modo que em nenhuma hipótese seria possível o sacrifício de um em função da melhoria dos demais, notadamente quando seria possível no utilitarismo “preferências ou

gostos ofensivos” (GARGARELLA, 2008, p. 9) - ações que não visam a melhoria do próprio indivíduo, mas sim prejudicar outros para satisfazer sua vontade egoística.

Partindo desta crítica, Rawls irá construir sua teoria de justiça a partir de um contratualismo hipotético (RAWLS, 1981, p. 33), no qual, diferentemente de outros autores que trabalhariam com um contratualismo real (pessoas reais que firmariam um contrato, levando em conta suas condições pessoais reais), irá pressupor uma sociedade ideal.

Para construir sua teoria, baseada neste contratualismo hipotético, Rawls se utiliza do que chama de posição original, na qual os indivíduos, num estágio pré-societário, e revestidos por uma ignorância acerca de seu status (e demais contingências sociais) na futura sociedade (o que chamou de véu de ignorância), realizariam as escolhas que regeriam a sociedade a ser criada (RAWLS, 1981, p. 37-38).

Portanto, a teoria de Rawls se refere a estrutura básica da sociedade, ou seja, num momento pré-societário no qual os indivíduos escolheriam a forma e os princípios que regeriam a sociedade a ser criada para o convívio social posteriormente.

Urge esclarecer que a escolha destes princípios de forma prévia é fundamental para o convívio social harmônico, uma vez que a sociedade naturalmente será desigual, em razão da outorga de benefícios a indivíduos decorrentes da loteria natural, os quais são arbitrários e pertence ao campo da sorte. Assim, a escolha prévia evita que todos conheçam suas contingências sociais e, assim, adotem os princípios que seriam justos independentemente da posição que vierem a ocupar posteriormente.

## **2.2. Os princípios de justiça**

A teoria de Rawls tem como objetivo regular a sociedade futura, por isso trabalha em um estágio pré-societário. Neste âmbito, é necessária a escolha de determinadas regras que regerão

a sociedade futura, o que Rawls chama de princípios (RAWLS, 1981, p. 63). Ao final o autor chega a conclusão de que serão escolhidos pelos indivíduos dois princípios, um relacionado à liberdade e outro à igualdade.

O primeiro princípio consiste em que “cada pessoa deve ter a mais ampla liberdade, sendo que esta última deve ser igual à dos outros e a mais extensa possível, na medida em que seja compatível com uma liberdade similar de outros indivíduos” (RAWLS, 1981, P. 67).

Porém, este princípio relacionado a liberdade, não se estende a todas as liberdades, mas somente às liberdades básicas, relacionadas às liberdades civis e políticas, como o direito ao voto, devido processo legal, liberdade de expressão e associação, direito de propriedade, entre outras (GARGARELLA, 2008, p. 24).

Registre-se ainda que existe uma prioridade lexical deste primeiro princípio, não podendo as liberdades básicas serem violadas em nome do segundo princípio relacionado à igualdade. E isto se dá em razão dos indivíduos não saberem suas condições na sociedade superveniente, motivo pelo qual escolheriam um amplo leque de liberdades básicas a serem desfrutadas independentemente de sua condição social (GARGARELLA, 2008, p. 25).

A prioridade deste princípio visa, em última instância, o afastamento de escolhas utilitaristas, evitando-se eventuais perseguições religiosas ou discriminações raciais, bem como sacrifícios de minorias em prol de benefícios sociais ou econômicos de uma maioria (SANDEL, 2017, p. 189).

De outro lado, há o segundo princípio, comprometido com um ideal de igualdade, no qual se afirma que as “desigualdades sociais e econômicas deverão ser constituídas de tal modo que ao mesmo tempo: a) espere-se que sejam razoavelmente vantajosas para todos; b) vinculem a empregos e cargos acessíveis a todos” (GARGARELLA, 2008, p. 25).

Por meio deste princípio, primeiramente, garante-se uma igualdade de oportunidades e acesso a cargos públicos. Com isso, busca-se que todas as posições sociais possam ser obtidas por todos

os indivíduos celebrantes do contrato social, independentemente de suas contingências sociais, sendo necessária a correção de arbitrariedades decorrentes da distribuição aleatória de talentos e outros benefícios advindos da loteria natural.

Ainda assim, estabelece-se uma segunda parte deste princípio, consistente na averiguação da validade de desigualdades sociais e naturais. Para tanto, somente será admitido desigualdade social e econômica caso esta reverta em favor dos menos favorecidos da sociedade.

Problematisando este segundo princípio, Michael Sandel traz a questão da progressividade dos impostos:

Por exemplo, sua fortuna está sujeita a um sistema progressivo de impostos sobre a renda do rico com o objetivo de favorecer a saúde, a educação e o bem-estar do pobre? Em caso positivo, e se esse sistema melhorou as condições do pobre em relação ao que elas poderiam ter sido em um regime mais rigoroso de distribuição de renda, então essas desigualdades seriam coerentes com o princípio da diferença. (SANDEL, 2017, p. 190)

Portanto, estas são as linhas gerais da teoria de Rawls. É possível à primeira vista já observar que sua teoria se conecta fundamentalmente com a questão da progressividade fiscal de tributos. É cediço que as liberdades básicas devem ser protegidas, dentre elas o direito de propriedade, e não podem sofrer mitigações em função do estabelecimento de benefícios sociais e econômicos da maioria.

Porém, é necessário afirmar que a tributação, e a própria progressividade fiscal, não necessariamente violam o direito de propriedade, o qual somente passa a ser objeto de violação a partir da extrapolação do princípio do não confisco. Assim, o simples estabelecimento de alíquotas progressivas contribui para redistribuição da riqueza e a correção de desigualdades sociais e econômicas, sem atingir o núcleo do direito de propriedade.

Nada obstante, resta averiguar os limites da progressividade no campo do direito de tributário, uma vez esta deve naturalmente reverter em favor dos menos favorecidos sob pena de notória injustiça.

### **3. A progressividade no direito tributário**

#### **3.1 A solidariedade social como fundamento do dever de pagar impostos**

A solidariedade social é a uma das bases estabelecidas pela Constituição Brasileira, constando expressamente do art. 3º, da CRFB/88, que é um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Aqui já se observa três valores fundamentais que regem a nação: a primazia pela liberdade, a busca pela consecução da justiça e da solidariedade social.

De outro lado, vislumbra-se que a solidariedade social encontra campo fértil para desenvolvimento no âmbito do direito tributário, no qual se busca o estabelecimento de tributos com a finalidade de conferir sustentação a Estado e aos diversos administrados.

Porém, é no campo dos impostos que aquele valor fundamental encontra seu ápice. Como se sabe, os impostos são tributos destinados a cobrir as despesas gerais enfrentadas pelo ente estatal, não apresentando uma vinculação direta com o fato gerador, a exemplo do que ocorre com as taxas e contribuições. Inclusive é vedada, por expressa disposição constitucional, a vinculação de receitas de impostos, conforme art. 167, IV, da CRFB/88.

Deste modo, os impostos são a espécie tributária que mais se adequam ao princípio da solidariedade social. E mais, se a construção de uma sociedade solidária é um objetivo da República Federativa, deve-se retirar de seu conteúdo inclusive um dever de promover este importante valor.

Assim, é deste pensamento que parte da doutrina brasileira enxerga um dever fundamental de pagar tributos, mais especificamente de pagar impostos (GODOI, 2017, p. 186). Também é possível observar a solidariedade social como fundamento da própria capacidade contributiva (PENHA, 2015, p. 5), de modo que cada um contribua para a sociedade da forma que melhor puder concretamente.

Ademais, não é possível esquecer a ligação direta da promoção da solidariedade social com o princípio da diferença de Rawls, uma vez que se busca a promoção de uma sociedade solidária à medida que também promove a correção das desigualdades sociais e econômicas existentes, permitindo a existência de desigualdades somente quando reverterem em favor dos menos favorecidos (L.S.; COSTA, 2011, p. 153-154).

Portanto, não é possível se esquecer da importância da solidariedade, a qual fundamenta inclusive um dever de pagar impostos, revertendo as desigualdades decorrentes da loteria natural em favor dos menos favorecidos, promovendo uma sociedade mais justa.

### **3.2 A capacidade contributiva: progressividade e isenções**

A capacidade contributiva é um princípio constitucional expresso, decorrente da solidariedade social (CARRAZA, 2017, p. 105), que pode ser inferido do teor do art. 145, §1º, do CF, que afirma que “sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte”<sup>2</sup>.

Por este princípio se infere o dever do legislador de eleger como hipótese de incidência fatos signos de riqueza (capacidade contributiva absoluta ou objetiva), bem como de empregar meios para que os sujeitos passivos tributários contribuam de acordo com

---

<sup>2</sup>Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em 10/10/2018.

o tamanho econômico do evento e de suas capacidades - capacidade contributiva relativa ou subjetiva (CARVALHO, 2013, p. 173).

Portanto, a capacidade contributiva informa principalmente o período legislativo e pré-legislativo, devendo ser utilizada como parâmetro para que todos os sujeitos passivos tributários contribuam para a construção de uma sociedade mais justa e solidária na exata medida de suas capacidades. Assim, é possível verificar na capacidade contributiva também a expressão do princípio da igualdade, tratando desigualmente os desiguais na medida de sua desigualdade.

Ademais, o princípio da capacidade contributiva se liga diretamente ao segundo princípio de justiça de John Rawls. Segundo o autor, a existência de desigualdades sociais e econômicas serão permitidas quando reverterem em favor dos menos afortunados. A partir da capacidade contributiva, aqueles que detêm maiores recursos decorrentes da exploração de suas contingências sociais (influenciada pela loteria natural) contribuirão de forma mais ativa para o sustento da sociedade, o que, em última medida, reverterá em favor dos menos afortunados por meio de medidas políticas ligadas a educação, saúde, entre outras.

Assim, podemos encontrar dois institutos jurídicos que encontram fundamentação direta na capacidade contributiva e no princípio da diferença de Rawls.

A primeira expressão do princípio da capacidade contributiva é a outorga de isenções tributárias (COÊLHO, 2018, p. 183), as quais retiram dos menos afortunados o dever de contribuir com o organismo social, em razão de não possuírem condições econômicas (e não se aproveitarem de qualquer forma – ou mesmo serem até prejudicados – pelas contingências sociais).

Portanto, é possível perceber que as isenções que forem concedidas a sujeitos passivos de forte capacidade contributiva, e não reverterem de um modo geral aos menos afortunados (ex.: desenvolvimento regional), serão consideradas inconstitucionais, uma vez que se assemelham a privilégios odiosos (TORRES, 2011, p. 311).

A segunda expressão do princípio da capacidade contributiva é a progressividade fiscal, ou seja, a instituição de alíquotas progressivas a depender da capacidade econômica do contribuinte, o que será analisado detidamente no item seguinte.

### **3.3 A progressividade fiscal no direito tributário**

Primeiramente, vale salientar que a progressividade fiscal encontra seu fundamento na capacidade contributiva, diferentemente da progressividade extrafiscal, a qual não utiliza a capacidade contributiva como fundamento, mas sim outras finalidades expressas na Constituição Federal, como a manutenção do Estado Federativo, a ordem econômica, a função social da propriedade, proteção do meio ambiente, dentre outras (ÁVILA, 2015, p. 165-166).

Segundo Roque Antonio Carrazza, todo o sistema tributário brasileiro deve ser informado pela progressividade fiscal, independentemente de previsão constitucional expressa, uma vez que se encontra diretamente ligada à questão da solidariedade social. Em suas palavras:

A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é o melhor meio de se afastarem, no campo dos impostos, as injustiças tributárias, vedadas pela Carta Magna. Sem impostos progressivos não há como atingir-se a igualdade tributária. Logo, o sistema de impostos, no Brasil, deve ser informado pelo critério da progressividade.

Impostos com alíquotas crescentes em função do aumento das suas bases tributáveis (bases de cálculo *in concreto*) levam corretamente em conta que o sacrifício suportado pelo contribuinte para concorrer com as despesas públicas é tanto maior quanto menos a riqueza que possui (e vice-versa). Ademais, permitem que o Estado remova, pelo menos em parte, as desigualdades econômicas existentes entre as pessoas. (CARRAZA, 2017, p. 107)

Neste sentido, é possível observar que a progressividade fiscal busca proporcionar que todos contribuam de forma equitativa aos benefícios retirados das contingências sociais. Dito de outro modo, quanto mais os indivíduos criem riquezas, o que decorre de suas habilidades, condições sociais pretéritas, entre outros fatores via de regra aleatórios, mais devem contribuir para o sustento do organismo social, de modo a reverter em favor dos menos favorecidos.

Diferentemente, é a questão da progressividade extrafiscal, a qual, por não se encontrar ligada diretamente com a promoção da melhoria dos menos afortunados – e sim com outros temas de fins não arrecadatários e solidários – deve encontrar justificativa constitucional expressa ou implícita, a qual deve ser adequada a promoção do fim almejado, a menos restritiva dentre as medidas eficazes existentes e apresentar proporcionalidade entre o benefício obtido e o sacrifício ocorrido (ÁVILA, 2015, P. 167).

Cabe esclarecer que o próprio Rawls tratou do tema da progressividade dos impostos (RAWLS, 1981, p. 216-217). Primeiramente, o autor defende que via de regra deveria existir um imposto proporcional à despesa, materializado num imposto sobre a renda que incidisse na medida dos benefícios advindos das contingências sociais, podendo conter isenções a determinados indivíduos.

Porém, os impostos poderiam ser “progressivos quando necessários para preservar a justiça da estrutura básica, a respeito do primeiro princípio de justiça e equitativa igualdade de oportunidade e assim promover as acumulações de propriedade e poder, tendentes a minar as correspondentes instituições” (RAWLS, 1981, p. 217).

Transportando as ideias do autor para o direito brasileiro, é possível observar uma desigualdade social extrema, fruto de um sistema altamente regressivo - inclusive um dos mais regressivos do mundo (FERREIRA, 2015, P. 38-39) - de modo a fazer incidir a

progressividade fiscal, ao menos enquanto perdurar esta condição, hábil a afetar diretamente a estrutura básica da sociedade.

Assim, apesar da progressividade fiscal, segundo Rawls, ser uma medida excepcional, esta deve ser amplamente aplicável a todo o sistema tributário brasileiro, notadamente aos impostos, tendo em vista que a amplitude da desigualdade social verificada no país faz necessária a utilização do instituto.

Portanto, atende-se em última medida ao princípio da diferença, sem violar o direito de propriedade, desde que seja respeitado o princípio do não confisco, que se apresenta como limite à progressividade tributária.

#### **4. A progressividade fiscal dos impostos reais**

##### **4.1 A classificação dos impostos em reais e pessoais**

A presente classificação possui como parâmetro o objeto da relação jurídica tributária, ou seja, a coisa ou pessoa sobre a qual incide a tributação. Assim, se o imposto incidir sobre um objeto (ex. IPTU) será um imposto real. De outro lado, se incidir sobre uma pessoa (ou aspecto da pessoa – ex. Renda auferida como no IR) o imposto será pessoal.

Nada obstante, apesar de didática a presente classificação, Roque Antonio Carrazza já lembrava a tempos que “esta distinção, sem nenhuma dúvida, não é jurídica. Juridicamente, todos os impostos são pessoais, na medida em que o contribuinte é sempre uma pessoa (física ou jurídica)” (CARRAZA, 2017, p. 628).

Portanto, é possível observar que a presente classificação é artificial, servindo teoricamente apenas para fins didáticos, separando os signos presuntivos de riqueza a depender de sua origem (aspecto pessoal ou um bem integrante do patrimônio do contribuinte).

Esta constatação é importante para se chegar a conclusão de que o princípio da capacidade contributiva se aplica indistintamente

a ambas as espécies de impostos, uma vez que não existe diferença ontológica entre ambas.

No entanto, a jurisprudência brasileira durante anos levou a presente classificação a patamares não aceitáveis, considerando-a fundamental para fins de incidência do princípio da capacidade contributiva e de sua decorrência, a progressividade fiscal.

#### **4.2 Jurisprudência do STF: Do RE 153.771 ao RE 562.045**

Em 1996, chegou ao STF a questão da aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos reais. No bojo do julgamento do RE 153.771, a Corte entendeu por maioria que seria inconstitucional a progressividade fiscal do IPTU em razão do valor venal do imóvel.

Como *ratio decidendi* do precedente da época, a Corte afirmou que o princípio da capacidade contributiva somente se aplicaria aos impostos pessoais, de modo que não se aplicaria ao IPTU, em razão de se tratar de um imposto real.

Posteriormente, por meio da EC 29/2000, o Congresso Nacional fez constar expressamente na Constituição Federal (art. 156, parágrafo 1º, Inciso I) a possibilidade de instituição de alíquotas progressivas no IPTU com base no valor do imóvel.

Diante desta alteração constitucional, o STF fora novamente provocado para se manifestar sobre a questão, o que aconteceu no bojo do RE 423.768. Neste julgamento, a Corte realizou um *distinguishing* a fim de estabelecer que era constitucional a progressividade fiscal do IPTU após a edição da EC 29/2000, entendimento consubstanciado posteriormente na súmula 668 da Corte.

Registre-se que em sede de *obiter dicta* alguns ministros chegaram a afirmar que seria possível a progressividade fiscal do IPTU ainda antes da alteração constitucional, sendo um caso clássico de sinalização de mudança de entendimento.

Assim, em razão desta nova decisão da Corte, passou a vigorar a tese de que somente seria possível o estabelecimento de progressividade fiscal em impostos reais caso existisse expressa autorização constitucional.

A primeira crítica que se faz a este entendimento da Corte é de que, como já registrado em tópico supra, a progressividade fiscal encontra respaldo no princípio da capacidade contributiva, a qual, por sua vez, encontra respaldo diretamente na solidariedade social.

Deste modo, inexistente qualquer óbice à aplicação da progressividade fiscal a impostos (reais ou pessoais) sem autorização constitucional expressa, o que seria necessário somente para a progressividade extrafiscal, uma vez que esta última não encontra fundamento no princípio da capacidade contributiva.

A segunda crítica, esta feita por Marciano Seabra de Godoi (2011, p. 106), baseada numa interpretação histórica, consiste em que à época da vigência da Constituição de 1967/1969, muito menos avançada socialmente, a Corte reconhecia como válida e constitucional a progressividade fiscal do IPTU em razão do valor do imóvel. Registre-se que à época daquela Constituição, sequer havia a previsão expressa do princípio da capacidade contributiva.

Portanto, a Constituição de 1988, caracterizada por um viés muito mais social, teria tido o efeito prático de revogar a possibilidade de aplicação deste princípio em quase todos os impostos estabelecidos pela Constituição, uma vez que somente o Imposto de Renda possui caráter essencialmente pessoal.

Como reviravolta no sistema, e respondendo as críticas feitas anteriormente, o Supremo Tribunal Federal voltou a julgar a matéria, agora referente ao ITCMD (imposto *causa mortis* e doação). No bojo do RE 562.045, julgado em 2013, o STF realizou um *overruling*, entendendo constitucional a progressividade fiscal no imposto sobre heranças e doações, ainda que sem previsão constitucional expressa.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. LEI ESTADUAL: PROGRESSIVIDADE DE ALÍQUOTA DE IMPOSTO SOBRE TRANSMISSÃO CAUSA MORTIS E DOAÇÃO DE BENS E DIREITOS. CONSTITUCIONALIDADE. ART. 145, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRINCÍPIO DA IGUALDADE MATERIAL TRIBUTÁRIA. OBSERVÂNCIA DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO.

(RE 562045, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CÁRMEN LÚCIA, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/2013, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-233 DIVULG 26-11-2013 PUBLIC 27-11-2013 EMENT VOL-02712-01 PP-00001)<sup>3</sup>

Realizando uma análise detida deste novo precedente do STF, julgado sob o rito da repercussão geral, observa-se que foram levantadas quatro fundamentações distintas.

A primeira, defendida somente pelo Ministro Ricardo Levandowski, afirma que somente seria possível a progressividade fiscal nos impostos reais quando existir expressa previsão constitucional, não se aplicando o princípio da capacidade contributiva aos impostos reais, mantendo-se assim a jurisprudência tradicional da Corte.

A segunda corrente, defendida pela Ministra Ellen Gracie, afirmava que seria possível a aplicação da progressividade fiscal ao ITCMD, uma vez que este imposto não teria um típico caráter real, visto que acarreta acréscimo patrimonial a uma parte, o que revela capacidade contributiva.

A terceira corrente, defendida pelo Ministro Marco Aurélio, entendia pela impossibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva ao ITCMD, uma vez que poderia dar azo a

---

3 RE 562.045/RS. Disponível em <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE%24%2ESCLA%2E+E+562045%2EENUME%2E%29+OU+%28RE%2EACMS%2E+ADJ2+562045%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/aayssak>> Acesso em 10.10.2018.

criação de um imposto sobre grandes fortunas sem a devida competência tributária.

Porém, a corrente vencedora por maioria, defendida por Eros Grau, Menezes Direito, Carmen Lúcia, Joaquim Barbosa, Teoria Zavascki, Gilmar Mendes e Celso de Mello, entendeu pela aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos reais, de modo que é admissível a progressividade fiscal nestes impostos, independentemente de expressa previsão constitucional, sendo esta *ratio decidendi* do precedente expresso no RE 562.045/RS, após a realização do *overruling* pela Corte Suprema.

### 4.3 A progressividade fiscal e o ITBI

O ITBI é imposto municipal incidente sobre a transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição.

Pela classificação doutrinária tradicional se apresenta como um imposto real, sendo vedada a progressividade fiscal de suas alíquotas em razão de inexistir expressa autorização constitucional (PAULSEN, 2015, p. 360).

Registre-se que este também é o entendimento tradicional do STF, que vêm expresso no bojo da súmula 656 da Corte, a qual afirma que “é inconstitucional a lei que estabelece alíquotas progressivas para o imposto de transmissão *inter vivos* de bens imóveis – ITBI – com base no valor venal do imóvel”<sup>4</sup>, tendo como precedentes os seguintes julgamentos: RE 234.105; RE 252.368; RE 252.044; RE 227.033; RE 153.771.

Insta frisar que em todos os precedentes enumerados pela Corte como embaixadores da súmula, verifica-se a tese de que não seria possível a adoção de alíquotas progressivas no ITBI, em razão

---

<sup>4</sup> Súmula 656, STF. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2151>> Acesso em 10.10.2018.

de se tratar de um imposto real. Assim, no RE 234.105, advoga-se a tese de que precisaria de expressa autorização constitucional, sendo que nos demais reitera-se a tese desenvolvida no RE 153.771, quanto ao IPTU, já enfrentada em tópico anterior.

Urge esclarecer que é dever das Cortes uniformizar sua jurisprudência, mantendo-a estável, íntegra e coerente, conforme se infere do art. 926, do Novo Código de Processo Civil. Ademais, cabem as Cortes respeitar os precedentes formulados pelas Cortes de Precedentes, sendo certo que a *ratio decidendi* destas decisões qualificadas devem ser observadas pelos demais juízes e Tribunais (MARINONI, 2016, p. 338-339).

Portanto, como o precedente pode ser definido como razões generalizáveis, extraídas de uma decisão judicial qualificada, a qual deve ser aplicada a casos posteriores (PUGLIESE, 2017, p. 22), não há como se sustentar a manutenção da súmula n.º 656 do STF, a qual resta superada pela edição do Precedente no bojo do RE 562.045.

Vale mencionar que, apesar do Precedente ter sido proferido quanto ao ITCMD, a sua *ratio decidendi* se aplica integralmente ao caso do ITBI, não havendo qualquer distinção ontológica que possibilite uma não aplicação daquele a este imposto municipal. Cabe esclarecer que, caso surja a necessidade de alteração do Precedente, a Corte deverá se manifestar expressamente, realizando uma distinção.

Porém, não é possível advogar a tese da manutenção da aplicação da Súmula 656 do STF, uma vez que encontra em oposição frontal a força vinculante do precedente estabelecido no RE 562.045.

Ademais, voltando o tema para a teoria da justiça de Rawls, cabe esclarecer que o estabelecimento da progressividade fiscal nos impostos de um modo geral (reais ou pessoais) vai ao encontro da justiça fiscal, bem como a princípio da diferença. Assim, o estabelecimento de desigualdades sociais e econômicas podem ser vistas como válidas e justas, uma vez que revertem em favor dos menos afortunados por meio de políticas públicas de natureza social, tendo em vista que os impostos, por se tratarem de tributos não

vinculados, tem sua receita destinada para o sustento geral do aparato estatal e realização de políticas públicas gerais.

## 5. Conclusão

John Rawls fora responsável por estabelecer a teoria de justiça mais importante do Século XX, por meio da qual há um resgate moral da filosofia política, com o estabelecimento de princípios básicos de justiça a serem escolhidos por indivíduos revestidos de ignorância acerca de suas contingências sociais no momento da celebração do contrato social hipotético.

Em sua teoria, as liberdades básicas ganham papel de destaque, dentre elas o direito de propriedade e a garantia de sua não violação pelo Estado, ainda que em nome da melhoria do bem-estar geral por meio de outorga de benefícios sociais aos menos favorecidos.

Nada obstante, a igualdade também possui papel de destaque. Assim, as desigualdades sociais e econômicas somente podem ser permitidas caso revertidas em favor dos menos favorecidos. Ressalte-se que não existe incompatibilidade lógica entre estas afirmações, uma vez que para Rawls o direito de propriedade é estabelecido *a priori*, de modo que a compensação dessas contingências sociais não se configuram como limitação ao mencionado direito.

Com isso, ganha especial destaque a progressividade dos impostos, uma vez que possibilidade que aqueles que possuem maiores condições econômicas, decorrentes da exploração de suas contingências sociais, contribuam de forma mais ativa para o sustento da máquina estatal, o que será revertido em favor dos menos favorecidos por meio de políticas públicas de natureza social.

É nesta linha que se afigura importante a superação do entendimento tradicional do Supremo Tribunal Federal no sentido de que não seria aplicável o princípio da capacidade contributiva aos impostos reais sem a devida autorização constitucional.

Com o novo entendimento estabelecido no bojo do Precedente expresso no RE 562.045/RS, que admite a aplicação da capacidade contributiva aos impostos reais, bem como sua decorrência, a progressividade fiscal, a Corte contribui para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, na qual os frutos das contingências sociais, advindas da loteria natural, sejam compensados e revertidos em favor dos menos favorecidos.

Vale lembrar que os impostos reais incidem sobre as pessoas, tendo como base para a incidência bens materiais pertencentes aos indivíduos. Assim, a progressividade, por proporcionar uma tributação escalonada a depender do valor dos bens, apenas realiza a reversão, na medida mais acertada, das desigualdades sociais e econômicas em favor dos menos favorecidos, que serão beneficiados posteriormente por políticas públicas decorrentes destas arrecadações.

Frise-se que tal entendimento somente se aplica a progressividade fiscal, uma vez que encontra respaldo direto nos princípios da capacidade contributiva e na solidariedade social. Portanto, diverge da progressividade extrafiscal, a qual, em razão de não reverter necessariamente em favor dos menos favorecidos – mas sim outras finalidades de estatura constitucional, como ordem pública, ordem econômica, meio ambiente, etc - precisa de expressa disposição constitucional.

## 6. Referências

ÁVILA, Humberto. **Teoria da igualdade tributária**. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

CADETE, Joaquim. **O pensamento de Rawls e suas implicações na vertente econômica: Os comentários de Phelps e a crítica de Arrow**. Relações Internacionais, Lisboa, n. 43, p. 85-95, set. 2014. Disponível em <[http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1645-91992014000300008&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1645-91992014000300008&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 24 jul. 2018.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. ed. 17. São Paulo: Saraiva, 2005.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito Constitucional Tributário**. Ed 31. São Paulo: Malheiros, 2017.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Ed 16. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

FERREIRA, Diogo de Castro. **A regressividade do sistema tributário brasileiro sob a ótica do princípio da diferença de John Rawls**. *Lex Humana; Petropolis*, v. 7, ed. 1, p. 36-57, 2015.

FREITAS, Leonardo Buissa. BEVILACQUA, Lucas. **Progressividade na tributação sobre a renda com vistas à justiça fiscal e social**. *Int. Públ.* - IP, Belo Horizonte, ano 17, n. 93, p. 87-106, set./out. 2015.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GODOI, Marciano Seabra de. **O que está em jogo com a afirmação de que o pagamento de tributos é um dever fundamental**. In: GODOI, Marciano Seabra de; ROCHA, Sérgio André (Orgs.). *O dever fundamental de pagar impostos*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017. p. 185-211.

\_\_\_\_\_. **Crítica à Jurisprudência Atual do STF em Matéria Tributária**. São Paulo: Dialética, 2011.

GOUVÊA, Marcus de Freitas. CASTRO, Eduardo de. LUSTOZA, Helton Kramer. **Tributos em Espécie**. 2 ed. Salvador: Juspodivm, 2015.

KERSTENETZKY, Celia Lessa. **Políticas Sociais: focalização ou universalização**. *Revista de Economia Política*, São Paulo, vol. 26, n<sup>o</sup> 4 (104), p. 564-574, outubro-dezembro/2006.

L.S., Linara da. COSTA, Marli Marlene Moraes da. **A solidariedade na perspectiva do Estado Fiscal: A cidadania solidária promovendo políticas públicas tributárias de inclusão social**. *Franca*, *Revista de Estudos Jurídicos*, a. 15, n. 22, p. 147-171, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. Ed 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PUGLIESE, William Pugliese. **Princípios da Jurisprudência**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PAULSEN, Leandro. MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

PENHA, Marcos Bueno Brandão da. **A solidariedade social como fundamento da progressividade dos impostos reais na Constituição Federal**. RFPTD, Rio de Janeiro, v. 3, n.3, 2015. p. 1-27.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.

SANDEL, Michael J. **O que é fazer a coisa certa**. 24 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

SILVEIRA, Denis Coitinho. **Teoria da justiça de John Rawls: Entre o liberalismo e o comunitarismo**. Trans/Form/Ação, São Paulo, 30(1), p. 169-190, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. **Curso de Direito Financeiro e Tributário**. Ed 18. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

## O impacto da tributação na concorrência

*Bruno Zankoski Pastre*<sup>1</sup>

*Camila Souza Moraes Moersbaecher Paes*<sup>2</sup>

### 1 .Introdução

Neste trabalho abordaremos, a princípio, os pontos basilares do direito tributário face ao direito fundamental da livre iniciativa e livre concorrência. Abordaremos os principais princípios que guiam a matéria em razão das atuações Estatais no mercado econômico.

Vale ressaltar que o poder de tributar estatal tem o dever constitucional de manter de forma igualitária e justa a livre concorrência, utilizando de forma extrafiscal os tributos a fim de regular a economia e o mercado.

Ocorre que, conforme veremos, nem sempre as ações culminam no resultado esperado, podendo gerar ainda mais desigualdade socioeconômica, bem como concorrencial. Isto porque, em razão do modelo estatal federativo fiscal, cada ente tem autonomia para instituir certos tributos, tendo em mãos o poder para estabelecer vantagens fiscais à quem lhe aprouver, tornando desleal a concorrência e alimentando a guerra fiscal a que trataremos neste artigo.

Ainda, estes mesmos entes, além de poderem instituir seus tributos (a sua medida), dependem, diretamente, das consequências

---

<sup>1</sup> Acadêmico do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Unibrasil.

<sup>2</sup> Acadêmica do 9º período do curso de Direito do Centro Universitário Unibrasil.

tributárias resultantes das ações fiscais do governo Federal que, muitas vezes, não leva em conta as disparidades entre cada ente, gerando então as tais desigualdades.

Para além disto, veremos que os tributos tem a capacidade de moldar comportamentos econômicos, tanto empresariais, quanto da grande massa, interferindo diretamente nos direitos fundamentais a livre iniciativa, ligado ao direito da livre concorrência.

## **2. Primeiras considerações sobre o direito tributário**

Para impedir os desequilíbrios concorrenciais, o Estado pode adotar medidas, em relação à tributação, bem como manter-se obediente aos princípios constitucionais da ordem econômica (SILVEIRA, 2011, p. 22).

Conforme a história nos mostra, após a Revolução Industrial e Francesa, no momento em que os direitos e liberdades estavam sendo assegurados, o Estado realizava o papel de interventor econômico não apenas *no* domínio econômico, mas também *sobre* o domínio econômico (SILVEIRA, 2011, p. 23).

Sobre o assunto, GRAU (1998, p. 157) afirmou:

A intervenção no domínio econômico ocorre quando o Estado desempenha uma ação própria de agente econômico, seja por absorção, quando assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor, seja por participação, quando assume parcialmente o controle desses meios em determinado setor. A intervenção sobre o domínio econômico, por sua vez, em que o Estado exerce poder regulador, se dá mediante direção, ao se estabelecer normas de comportamento compulsório aos agentes do mercado, ou por indução, quando o Estado manipula os instrumentos de intervenção para provocar determinados comportamentos.

Assim, o Estado pode se mostrar como verdadeiro manipulador de comportamentos na medida em que manipula os

tributos cobrados, podendo ser o agente que equilibra a concorrência ou a deixa em total desequilíbrio.

Contudo, pode-se dizer que o Estado se tornou um ente necessário para a regulação da economia, isto porque, dada a quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929, reconhecida como uma das maiores crises econômicas já registradas, viu-se a impotência do mercado em regular-se sozinho uma vez que, guiados pelos princípios do liberalismo clássico, buscavam sempre os interesses individuais aos interesses coletivos.

Neste sentido afirma MENEZES (2002, p. 138):

[...] com a crise do liberalismo clássico, tem-se, paralelamente à propagação das ideias marxistas, o reconhecimento da necessidade da intervenção estatal no domínio econômico, como medida de corrigir as desigualdades e os desequilíbrios que o mercado, por si só, mostrou-se incapaz de evitar ou mesmo corrigir. Portanto, inclusive para aqueles que não abandonaram os fundamentos capitalistas, tornou-se imperioso rever o papel destinado ao Estado, o que conduziu a um período de transição que culminou com o advento do denominado ‘Estado Social’ ou ‘Estado de Bem-Estar’

Desta forma, presenciou-se um papel muito mais presente do Estado em relação a garantias individuais, como em relação a livre iniciativa e igualdade mercantil. Para além das garantias fundamentais mais conhecidas como vida, saúde e educação, o Estado passou a ser garantidor do equilíbrio concorrencial, não deixando de citar as implicações tidas com o fenômeno da globalização, tendo como políticas públicas necessárias nesta área a *defesa da concorrência e tributação eficiente e equilibrada* (SILVEIRA, 2011, p. 25).

Cabe ressaltar que, apesar da onda de Bem-Estar Social em que estava o mundo após referida crise econômica, o Brasil, devido a intervenção excessiva, contraiu dívidas extensas que culminaram em uma pesada carga tributária, bem como diversos outros

comportamentos que passaram a ser receitados, segundo o Consenso de Washington<sup>3</sup>.

Fixadas as ideias até aqui expostas, passa-se então a analisar alguns pressupostos basilares da tese de SILVEIRA (2011, p. 36), em que se propõe concordar este artigo.

## 2.1 Tributos afetam a alocação de recursos

Neste sentido, entende-se que, instituído um tributo, ele será pago independente do sujeito passivo – seja consumidor ou fornecedor –, afetando assim a oferta ou a demanda, na medida em que, sendo arcado pelo consumidor, sua renda disponível para consumo diminui e, arcada pelo fornecedor, os salários, matéria-prima ou lucro serão diminuídos para amortecer o impacto (SIQUEIRA; RAMOS, 2004, p. 155).

SILVEIRA (2011, p. 36-37) aduz:

[...] os tributos reduzem a renda e o patrimônio dos contribuintes, e incrementam o preço dos bens (materiais ou imateriais) consumidos. Pode-se dizer que, por alterarem a formação dos preços de bens e serviços e o nível de renda disponível para o consumo, os tributos impactam na oferta e na demanda desses mesmos bens e serviços.

Conforme asseveram SIQUEIRA e RAMOS (2004, p. 155), “O exemplo mais frequente é o de impostos sobre as vendas: eles podem ser ‘transferidos para frente’, tornando mais elevados os

---

<sup>3</sup> Consenso de Washington é um conjunto de medidas formulado em novembro de 1989 por economistas de instituições financeiras baseadas em Washington, como o Fundo Monetário Internacional (FMI), o Banco Mundial e o Departamento do Tesouro dos Estados Unidos, que passou a ser “receitado” para promover o “ajustamento macroeconômico” dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades. Consolidando-se como um receituário de caráter neoliberal, o Consenso de Washington era constituído pelas seguintes regras básicas: (i) disciplina fiscal, (ii) redução dos gastos públicos, (iii) reforma tributária, (iv) juros de mercado, (v) câmbio de mercado, (vi) abertura comercial, (vii) investimento estrangeiro direto, (viii) com eliminação de restrições, (ix) privatização das estatais, (x) desregulamentação (afrouxamento das leis econômicas e trabalhistas), (xi) direito à propriedade intelectual. (Ibidem, p. 26)

preços ao consumidor, ou ‘transferidos para trás’, reduzindo o valor dos fatores de produção, como os salários”.

Assim, fica claro que a carga tributária imposta nem sempre será arcada por aquele a quem ela se destina (SIQUEIRA; RAMOS, 2004, p. 165), estando intimamente ligada às decisões de quando e onde investir, bem como o que e quando produzir (SILVEIRA, 2011, p. 37).

## **2.2. A utopia da neutralidade tributária**

O conceito da neutralidade dos impostos repousa sobre a ideia de não influenciar o comportamento dos agentes econômicos pela utilização dos tributos. Ocorre que, como visto anteriormente, esta ideia não passa de uma utopia, sendo inevitável tal visão.

Isto porque, ainda que não intencionalmente, o Estado coordena as atuações econômicas do mercado no momento em que institui um tributo, sempre havendo, em maior ou menor grau, a influência deste sobre o comportamento dos contribuintes (SCHOUERI, 2007, p. 253).

Seria insensato, portanto, analisar o princípio da neutralidade como a não interferência no mercado econômico. Mais coerente, seria seguir pela linha que vai SCHOUERI (2007, p. 254) quando afirma:

[...] admitir que a neutralidade tributária não significa a não-interferência do tributo sobre a economia, mas, em acepção mais restrita, neutralidade da tributação em relação à livre concorrência, visando a garantir um ambiente de igualdade de condições competitivas, reflexo da neutralidade concorrencial do Estado.

Em síntese, uma vez que os tributos afetam diretamente na alocação de recursos, tem-se que a ideia de neutralidade destes é utópica. Assim sendo, cabe aos tributos, então, garantir a livre concorrência (limite da norma tributária), bem como corrigir as

falhas e desequilíbrios da economia (justificativa da norma tributária) (SCHOUERI, 2007, p. 250-251/254-255).

Segundo SILVEIRA (2011, p. 41):

[...] o princípio da neutralidade tributária visa, juridicamente, mitigar efeitos econômicos distorcivos que os tributos geram ao influenciar a formação de preços. O direito é chamado a corrigir efeitos econômicos que a imposição de tributos gera, especialmente aqueles que causam desequilíbrios na concorrência, efeitos esses que se contrapõe, portanto, à noção de neutralidade econômica.

Assim sendo, entende-se o direito tributário como instrumento nas mãos do poder estatal para equilibrar o sistema financeiro, igualando as forças econômicas, garantindo assim o direito da livre concorrência.

### **3. Princípios constitucionais do direito tributário frente a concorrência.**

O Art. 3º, I da Constituição Federal de 1988 preconiza os três princípios balizadores do estado brasileiro, são eles: igualdade, Estado-Social (noção) e liberdade. Para o direito tributário não é diferente. Podemos extrair de seus princípios aqueles três que correspondem aos acima mencionados, sendo eles a distribuição igualitária de tributos entre os cidadãos – igualdade -, contribuição proporcional à renda auferida – Estado-Social – e a limitação do ônus fiscal – liberdade – (TIPKE; YAMASHITA, 2002, p. 17-18).

Para se conferir tratamento isonômico, o direito tributário se vale de critérios comparativos, por meio de lei, sempre de forma relativa. Não necessariamente precisa ser ao âmbito tributário, porém deverá atender os requisitos a que se propõe (SILVEIRA, 2011, p. 68).

Neste sentido, Aduz SILVEIRA (2011, p. 68):

A efetividade do princípio da igualdade, e, portanto, a sua própria fundamentação, demanda a adoção de outros princípios, para viabilizar a comparação. Em outras palavras, o critério de comparação é a garantia de que não haverá arbítrio, cuja ocorrência feriria a igualdade enquanto princípio.

Importante frisar que, segundo o Art. 150, II da Constituição Federal de 1988 (CRFB/88) é vedado o tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em condições equivalentes, ou mesmo distinção por ocupação profissional ou qualificação jurídica de rendimentos, títulos e direitos (SILVEIRA, 2011, p. 68). De igual forma, de acordo com a CRFB/88, não é permitido tratamento diferenciado em razão de sexo (Art. 5º, I), manifestação do pensamento (Art. 5º, VIII) e raça (Art. 5º, XLII).

Deste modo, o tratamento tributário que se permitir ser diferenciado deverá apresentar: (i) razoabilidade, baseando-se em fator de discriminação que identifique diferenças efetivas entre pessoas ou objetos tributados; (ii) objetivo que justifique a discriminação; e (iii) nexos de causalidade entre o objetivo perseguido e a discriminação que viabilizará o seu alcance (SILVEIRA, 2011, p. 69).

Em termos tributários, a igualdade encontra-se abarcada pelo princípio da Capacidade Contributiva, o qual determina que a tributação será contabilizada a partir da riqueza do contribuinte, valores auferidos e capacidade econômica. “Trata-se, enfim, de onerar desigualmente os desiguais, na mesma medida em que se desigualem” (SILVEIRA, 2011, p. 72).

Segundo GRECO (2008, p.337), viola o princípio da isonomia a imposição tributária em níveis que o contribuinte não manifeste capacidade contributiva, bem como deixar de imputar àqueles que manifestam tal capacidade, quebrando então a neutralidade da tributação em termos concorrenciais.

O princípio da Capacidade Contributiva, ainda que em épocas não tivesse expresso na CRFB/88, hoje em dia está pacificado em seu Art. 145, parágrafo 1º como princípio integrante do Estatuto do

Contribuinte brasileiro, também considerado fundamental para a manutenção da igualdade tributária, favorecendo a livre concorrência (SILVEIRA, 2011, p. 72-73).

O Art. 146-A da CRFB/88 diz respeito à tributação especial às microempresas e empresas de pequeno porte. Por este dispositivo, podemos ver claramente o princípio anteriormente estudado, da neutralidade que, como visto, não tem a intenção de manter intocável a economia. Pelo contrário, existe para que se mantenham abertas as portas da concorrência leal e justa.

Mais que fundamentada no princípio da livre concorrência, a neutralidade tem fundamento constitucional no princípio da livre iniciativa, conforme aduz TÔRRES (2001, p. 741-742) sobre esse princípio:

[...] corresponde ao postulado da não interferência de tributos sobre as decisões de fundo econômico a serem tomadas pelas empresas, i.e., a neutralidade decisória quanto ao fenômeno tributário. Este princípio é colocado atualmente como endereço teórico de eficiência para o sistema tributário de um país que tenha economia integrada e globalizada.

Outro princípio constitucional importante para o direito tributário é o princípio da solidariedade que, por uma determinada vertente, entende estar ligado ao princípio da capacidade contributiva, pois, ao se impor tributos de forma igual aos iguais e desigual aos desiguais, aplica-se a solidariedade entre os cidadãos, construindo-se uma sociedade mais igualitária e justa (SILVEIRA, 2011, p. 78).

Por outro lado, de forma diversa, o princípio da solidariedade pode ser entendido como uma imposição fiscal contra o contribuinte como forma de sacrifício pessoal, devendo atingir uma parcela de toda manifestação de riqueza, seja ela qual for (SILVEIRA, 2011, p. 78).

Contudo, não se pode invocar tal princípio sem uma ponderação inicial. Isto porque, não se pode permitir que o Estado

utilize deste princípio para manipular a livre concorrência, tornando desequilibrado e injusto aquilo que se está tentando equilibrar.

Para além disto, deve-se frisar que, ainda que importante para a eficiência tributária, o princípio da solidariedade não se contrapõe sobre os outros princípios constitucionais, devendo trabalhar junto destes para garantir uma tributação justa e equilibrada.

#### **4. Direito tributário e a concorrência.**

Como acima exposto, é evidente que o poder de tributar acarreta consequências para os agentes privados em sua esfera concorrencial, contudo há que se expor que não se limitam a estes, impactando também os agentes públicos ativos, isto é, os Estados, uma vez que o princípio federativo assegura aos Estados competência legislativa tributária exclusiva de determinadas matérias, sendo legitimados a desenvolver políticas regionais de atração de investimentos.

Posto isso, o fenômeno jurídico que merece enfoque é o da guerra fiscal. Este constitui-se em decorrência do princípio federativo, isto é, o mesmo princípio que assegura aos Estados competência legislativa tributária exclusiva, proporciona também a guerra fiscal, que pode ser observada como ensina SILVEIRA (2011, p. 177):

[...] o fenômeno da guerra fiscal ocorre basicamente quando dois ou mais entes federados procuram atribuir prevalência à sua competência de tributar uma determinada situação, em detrimento da competência dos demais entes políticos, com base numa interpretação muitas vezes equivocada das normas constitucionais que lhe atribuem essa competência. Trata-se, neste caso, do exercício irregular de competência tributária (por um ou por outro ente tributante), em que a maior vítima é o contribuinte, que pode ser duplamente tributado em razão de um mesmo fato gerador.

Temos então a possibilidade de Estados distintos exigirem um mesmo tributo, de um contribuinte, alegando que a competência para tal arrecadação é sua em detrimento do outro. Como exemplifica SILVEIRA (2011, p. 177), é nítido o exercício irregular de sua competência quando em relação ao Imposto Sobre Serviços -ISS um Estado baseia-se no local de prestação do serviço, enquanto outro Estado baseia-se no local tomador do serviço para configurar a incidência do tributo, que gera a duplicidade da tributação ao contribuinte.

Para além desta, faz-se necessário dar destaque a outra concepção, cujo objetivo não seria a arrecadação de tributos, mas norteia-se pelo sentido de que há uma disputa, entre os Estados, para atrair a iniciativa privada para seus respectivos territórios, através de políticas de incentivos fiscais com a finalidade de proporcionar o desenvolvimento regional. Priorizaremos esta vertente da guerra fiscal mencionada. Para tanto, ALVES (2011, p. 30) aduz: “Trata-se de uma disputa decorrente da intervenção estatal, por meio da tributação, visando influenciar a decisão dos investidores quanto a localização de atividades produtivas”.

Ora, dada solidificação pela União em um pacto federativo, conferiu-se a cada ente competências exclusivas de determinadas matérias. No tocante aos tributos, não raro, os entes utilizam como estratégia para atrair investimentos da iniciativa privada, em determinada região ou setor do mercado, a prerrogativa de incentivos fiscais (isenções, reduções de alíquota ou base de cálculo, concessões de crédito caracterizadoras de um financiamento indireto), bem como a atuação no sentido contrário, majorando as alíquotas ou dificultando a concessão de crédito.

Deste modo, os tributos possuem também caráter extrafiscal, sempre que forem utilizados para materializar função diversa àquela de arrecadação de receitas para manutenção dos orçamentos públicos, vejamos o entendimento de LUKIE (2015, p.04):

Os tributos, porém, podem ter outras funções, diversas da simples função fiscal-arrecadatória. Ao conjunto destas funções costuma se dar o nome de extrafiscalidade. Ou seja, a extrafiscalidade é a utilização da tributação para fins diversos ao da simples arrecadação de dinheiro ao poder público. Trata-se de uma maneira para se inibir ou incentivar a prática de determinados comportamentos, '[...] com vista à realização de outros valores constitucionalmente consagrados'.

Vale lembrar que estas “outras” funções dos tributos também encontram amparo legal. Para clarificar, vejamos quão evidente torna-se esta função quando o Estado pretende incentivar o mercado automobilístico e, como estratégia, reduz a alíquota do IPI. Deste modo as empresas terão uma redução no seu custo de produção que, em tese, deverá baratear o preço do produto final ou utilizará o montante não gasto com tributo para investir em sua infraestrutura.

Ocorre que, habitualmente, empresas vem repassando os encargos tributários para o preço do produto final, o chamado “efeito cascata” que acarreta em ônus ao consumidor, pois é este que acaba suportado os encargos tributários.

Consequentemente o consumidor no mercado tem a praxe de realizar uma pesquisa de preço, qualidade, disponibilidade, etc. de um produto antes de adquiri-lo, sempre com o intuito de pagar o mínimo possível num determinado produto que é ofertado por inúmeros agentes no mercado, portanto, a própria sociedade acaba por delimitar o mercado, veja-se o que aduz TAUFICK (2014, p. 6):

[...] Toda vez que analisamos os preços de mercadorias que consideramos concorrentes para verificar a conveniência de substituir o mais caro pelo mais barato, estamos delimitando um mercado (mercado relevante sob a ótica do produto). Toda vez que optamos pela compra na mercearia do bairro, ao invés de recorrer ao super, ou hipermercado mais distante, estamos delimitando geograficamente o mercado (mercado relevante geográfico). Toda vez que decidimos viajar somente nas férias escolares, estamos

definindo temporalmente um mercado (mercado relevante temporal).

Posto isto, nota-se que os tributos atuam determinantemente no preço do produto final, e acarreta em efeitos para com a concorrência e ferimento ao princípio da livre iniciativa, eis que uma empresa com capacidade contributiva maior pode suportar um aumento na alíquota de um determinado tributo, enquanto a empresa de menor potencial não conseguirá e terá que elevar o preço do seu produto, o que implicará em que o consumidor escolha a empresa que oferta o mesmo produto, porém com preço mais acessível.

Urge então, para o agente detentor do produto escolhido, o poder de mercado, que acarreta em lesão ao princípio da livre iniciativa, ao passo de que pode atuar no mercado de acordo com sua vontade, podendo elevar os preços e baixar a qualidade, pois não se preocupa que outro concorrente possa tomar seu lugar no mercado, eis que o mercado já fora determinado por alguns fatores.

Tal poder pode ser causa de formação de cartéis e trustes, daí a necessidade de tornar a concorrência um direito, assim o objeto do direito de concorrência ultrapassa a relação entre concorrentes, e adentra no campo do comportamento de pessoas e empresas que atuam em determinado mercado, analisado sob o viés concorrencial.

## **5. Ações anticoncorreciais decorrentes da guerra fiscal**

Diante do suscitado anteriormente, é oportuno agora discorrer sobre os efeitos da tributação na concorrência, pois como será exposto podemos ramificar as lesões na concorrência em três espécies, como SILVEIRA (2011, p. 182) ensina:

Os desvios concorreciais decorrem diretamente das políticas públicas (no que se inserem imunidades, obrigações principais e acessórias, sanções políticas, extrafiscalidade, remissão, anistia, transação, substituição tributária e guerra fiscal), bem como de

decisões administrativas ou judiciais (que desobrigam determinados contribuintes de pagarem tributos específicos ou reconhecem a validade de uma tributação em princípio injusta), ou mesmo da conduta dos contribuintes (elisão e evasão fiscal).

Sobre os efeitos anticoncorrenciais derivados de políticas públicas temos como causa: imunidades; obrigações principais e acessórias; sanções políticas; extrafiscalidade; remissão e anistia; transação; substituição tributária e *guerra fiscal*. Contudo devemos nos ater as consequências da guerra fiscal, compreendida pela segunda concepção antes indicada.

Ora, certo é que incentivos fiscais conferem grandes vantagens às empresas beneficiárias, com exorbitante aumento de lucros, isto porque decorrem da guerra fiscal entre os Estados, segundo informa pesquisa realizada pelo CADE (SILVEIRA, 2011, p. 178), abaixo transcrita:

- A. Retira o estímulo ao aumento constante do nível geral de eficiência da economia, permitindo uso menos eficientes dos recursos e afetando negativamente a capacidade de geração de riquezas do país;
- B. Protege as empresas incentivadas da concorrência, mascarando seu desempenho, permitindo que mantenham práticas ineficientes e desestimulando melhoras na produção ou inovação;
- C. Permite que empresas incentivadas, ainda que auferindo lucros, possam (predatoriamente) eliminar do mercado suas concorrentes não favorecidas, mesmo que estas sejam mais eficientes e inovadoras, em função do enorme colchão protetor de que dispõe;
- D. Prejudica as demais empresas que, independentemente de sua capacidade, terão maiores dificuldades na luta pelo mercado, gerando com isso mais desincentivo à melhoria da eficiência e inovação;
- E. Gera incerteza e insegurança para o planejamento e tomada de decisão empresarial, dado que qualquer cálculo feito pode ser drasticamente alterado - e qualquer inversão realizada pode

ser drasticamente inviabilizada com a concessão de um novo inventivo.

- F. Desestimula, por tudo isso, a realização de investimentos tanto novos quanto a expansão de atividade em andamento(...)

Assim, como estudado neste artigo, a guerra fiscal entende-se não como ação regular do Estado no sentido de conceder incentivos para o desenvolvimento da economia interna e fomento da concorrência. Em sentido contrário, a guerra fiscal caracteriza-se, portanto, em uma ação anticoncorrencial na medida em que, quando prejudicados, Estados e Municípios adotam mecanismos de limitação do direito de crédito ou mesmo impõe obrigações acessórias a prestadores de serviços em outras localidades, como ocorre em relação ao ISS (SILVEIRA, 2011, p. 239).

Podem ser suscitadas diversas consequências desta guerra fiscal.

Segundo CAMARGO (2004, p. 191-222):

Podem ser suscitadas as seguintes consequências da guerra fiscal para os entes políticos: (i) influenciam a decisão quanto à decisão de investimento, embora de forma relativa, pois podem existir outros fatores (proximidade de mercado consumidor, necessidade de mão de obra qualificada etc.) que colocam a vantagem tributária como questão secundária em função das peculiaridades do empreendimento; (ii) concentração ou desconcentração industrial, dependendo das circunstâncias; (iii) queda do poder de arrecadação por parte das unidades federadas, em função da necessidade de, todas elas, continuamente, oferecer melhores benefícios fiscais para atrair investimentos; (iv) distorções nos ganhos macroeconômicos obtidos pelos incentivos, sendo ainda questionável a capacidade de geração de empregos por conta dos empreendimentos atraídos pelos entes federados, já que são, em sua maior parte, de capital intensivo; e (v) distorções na eficiência alocativa.

Contudo, para além de se identificar suas consequências, válido identificar o motivo de tais ações. Assim, devido a autonomia federativa fiscal e financeira e o caráter pouco cooperativo

encontrada nela, esse tipo de conflito fiscal acaba por aparecer mais e mais na realidade brasileira

SCAFF (2005, p. 16-31) explica que a guerra fiscal estadual ganha força

em razão de que o sistema de arrecadação do ICMS é misto, sendo a parcela maior do tributo cobrada na origem e a menor parcela no destino. Isso, em um país com acentuadas diferenças socioeconômicas entre os Estados, implica acentuar o desequilíbrio existente, e não o reduzir, o que acirra a guerra fiscal.

## 6. Conclusão

Como fora clarificado ao longo da pesquisa, o Estado é legitimado a intervir na economia, e sua atuação ocorre mediante o poder de tributar, e quando exercido sob o aspecto da extrafiscalidade, gera consequências não apenas entre os Estados (Guerra Fiscal), mas principalmente para os agentes privados na sua esfera concorrencial.

Tendo em vista a carência do Estado brasileiro de mecanismos de fiscalização e controle dos incentivos fiscais, o mercado financeiro é dotado de disparidade, eis que cada região tem uma necessidade específica, e hoje muitas das vezes, os tributos quando assumem o caráter extrafiscal não conseguem satisfazê-las, por razões de má interpretação do texto legal, ou ainda por aplicação de políticas públicas superficiais.

Razão que confirma a tese utópica da norma tributária neutra, pois os tributos acabam por ferir a igualdade, livre concorrência e a capacidade contributiva, quando são atrelados a políticas públicas desnorteadas de preocupação com a concorrência. Deste modo urge a necessidade de ajuste entre a atual tributação e suas consequências, para que se possa gozar da finalidade dos tributos, a de promover a manutenção do Estado de Bem-Estar Social.

Fora exposto que o tributo é fator determinante na formação do valor venal de um produto ou serviço, escolha de instalação de

um parque fabril, de alocação de recursos pela iniciativa privada, e até mesmo da expansão de atividades, deste modo cada Estado poderá utilizar-se de sua competência tributária para ordenar questões neste âmbito.

Fato é que, quando o Estado atua na economia obrigatoriamente causará impacto, podendo ser positivo ou negativo, essa consequência fica sujeita a finalidade dos incentivos fiscais. Ocorre que, para ter precisão sobre a real efetividade da política tomada, necessário é ter controle tanto para concessão, quanto para retorno de resultados, fato que não ocorre no sistema tributário brasileiro, eis que as empresas beneficiárias geralmente são a detentoras de grande potencial econômico, e a benefício em verdade era destinado a pequenos agentes.

## 7. Referências

- ALVES, Maria Abadia da Silva. **Guerra Fiscal e Finanças Federativas no Brasil: O Caso do Setor Automotivo**. Dissertação. Campinas: UNICAMP, 2011. 111 p.30
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 18/07/2018.
- GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988** (interpretação crítica). 4ª ed. rev. E atual. São Paulo: Malheiros, 1998.
- GRECO, Marco Aurélio. **Planejamento Tributário**. 2ª ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- LUKIE, Melinda de Souza Rocha. **Extrafiscalidade e regulação da economia: as mudanças tributárias nos governos Lula e Dilma**. Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2015.
- MENEZES, Paulo Lucena. Comentários aos artigos 1º e 2º. In: COSTA, Marcos da.; MENEZES, Paulo Lucena; MARTINS, Rogério Gandra da Silva (Coords.). **Direito Concorrencial: Aspectos Jurídicos e Econômicos – Comentários à Lei nº 8.884/94 e Estudos Doutrinários**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.

- SCHOUERI, Luís Eduardo. Livre Concorrência e Tributação. In: **Grandes Questões Atuais do Direito Tributário**. Vol. 11. ROCHA, Valdir de Oliveira. (Coord.). São Paulo: Dialética, 2007.
- SILVEIRA, Rodrigo Maito da. **Tributação e Concorrência** - Série Doutrina Tributária Vol. IV. São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. Incidência Tributária. In: **Economia do setor público no Brasil**. BIDERMAN, Ciro; ARVATE, Paulo (Org). Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- TAUFICK, Roberto Domingos. **Introdução ao Direito de Concorrência**. Comunidade Virtual do Programa Nacional de Promoção da Concorrência. Dez. 2014. p. 6.
- TIPKE, Klaus; YAMASHITA, Douglas. **Justiça fiscal e o princípios da capacidade contributiva**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- TÔRRES, Heleno Taveira. **Pluritributação Internacional sobre as rendas de empresas**. 2<sup>a</sup> ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.



## **Proteção da saúde, segurança e dignidade do consumidor: reflexões sobre o impacto das marcas no mercado**

*Gabriel Ribeiro Da Fonseca*<sup>1</sup>  
*Juliana Buhner Glodis*<sup>2</sup>

### **1. Introdução**

O sistema de produção e as relações entre consumidor e vendedor estabelecidas no contexto atual modificam-se constantemente e os processos complexos de determinação valorativa do produto causam impacto na garantia jurídica, consequência de um processo ininterrupto e dinâmico: o consumismo (BAUMAN, 2008, p 41).<sup>3</sup>

A concepção de consumo entre os indivíduos percorre conforme os avanços da globalização, sendo a progressão do marketing grande responsável por impulsionar a relação entre a aquisição de bens e o fetichismo de felicidade. Pautado em fontes irrefreáveis de fomentação à aquisição de bens, o consumidor é envolvido pelo consumo, (KREMER, 2007)<sup>4</sup> sendo este um conjunto

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito na UniBrasil. Advogado.

<sup>2</sup> Graduanda de Direito da Universidade Positivo.

<sup>3</sup> O consumismo inscreve-se como sendo da ordem dos excessos, da sobrepujança, pois é uma condição que se esboça na fase líquida da modernidade (Educ. Real., Porto Alegre, v. 35, n. 3, p. 343-349, set./dez., 2010). Enquanto o consumo inscreve-se na ordem da necessidade, o consumismo caracteriza-se como, Segundo Zygmunt Bauman, “um atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar”.

<sup>4</sup> “O consumo (...) exerce um papel central na vida das pessoas, influenciando suas maneiras de pensar, agir e sentir. É característica da sociedade atual a criação de “necessidades” pela forte atuação de interesses particulares no estímulo dos indivíduos às práticas de consumo. As pessoas acabam por

de possibilidades e significados que ultrapassam o reducionismo das figuras simbólicas que retratam compulsões irrefreáveis ou atos individualistas e autônomos (BOTH, 2014). Tem-se, portanto, uma categoria de consumidores que nada mais são do que sujeitos que compõe a sociedade de consumo.

Jean Baudrillard estabelece a sociedade de consumo como uma mediação de relações pelos próprios objetos que adquirem função simbólica de representar estilos de vida e identidades. A submissão do corpo social em relação ao poder exercido pelo marketing e os meios de influência é determinante na sociedade contemporânea.

A vulnerabilidade informacional do consumidor corresponde a uma variável impossível de ser extinta no atual contexto contemporâneo, uma vez que “*o consumidor/usuário experimenta, neste mundo livre, veloz e global (relembre-se aqui o consumo pela internet, pela televisão, pelo celular, pelos novos tipos de computadores, cartões e chips), uma nova vulnerabilidade*” (BENJAMIN, MARQUES, BESSA, 2008, p 77).

Se a sociedade de consumo tem em seu cerne a construção simbólica dos objetos e consumidores-cidadãos definem a si próprios a partir do que consomem, é possível perceber uma relação que ultrapassa a concepção tradicional de consumidor tal qual desenhada pelo Direito: aquele que busca, racionalmente, certo produto para satisfazer suas necessidades.

A partir do movimento mediático e da materialização na relação de compra e venda, a marca ocupa um espaço de identificação do sujeito, sendo visível a dificuldade em discernir o simbólico do real, assim como a transferência entre os valores do consumidor à marca e, imediatamente, ao produto.

A posição vulnerável do consumidor o coloca em situações de difícil razoabilidade que, somada ao fenômeno de impulsividade,

---

dispender recursos financeiros, muitas vezes onerosos, para comprar as “vantagens” apregoadas pela mídia”.

característica quase inerente às sociedades modernas, trilharam o caminho ideal para aqueles que buscam obter vantagem ilícitamente. Este objeto de estudo tem relevância para o Direito na medida em que os aparatos legais não são suficientes para conter a existência crescente destes artifícios ilegítimos.

Para demonstrar referida argumentação, são apresentados conceitos teóricos sobre o consumismo com base filosófica, sociológica, bem como a análise da doutrina jurídica, de casos concretos e da aplicação do Direito nas relações de consumo.

## **2. O consum(ism)o como tendência**

A constituição social perpassa pelo uso e consumo de bens, sendo compreensível como bens todos os recursos de que precisamos para viver em sociedade e satisfazer nossas necessidades (materiais e simbólicas).<sup>5</sup> É neste sentido que Mary Douglas e Baron Isherwood dizem que os bens intermediam nossas relações sociais (SAHLINS, 2003, p 169 e 170).

É preciso pensar o consumo para além de julgamentos morais sobre a sua existência e necessidade, assim como é preciso ultrapassar a visão da teoria clássica econômica sobre a suposta racionalidade inequívoca do consumidor: um indivíduo que percebe certa necessidade e ingressa racionalmente numa relação de compra a partir dos recursos que tem disponíveis.

Nessa afirmação subjaz um erro de interpretação à luz da Antropologia. Em sociedade, o desejo e a necessidade são socialmente determinados e as capacidades simbólicas e materiais de agenciamento da satisfação são determinadas e determinam a posição social dos indivíduos<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Além de alimentar-nos ou vestir-nos, consumimos cultura, apresentamos pessoas, trocamos objetos como forma de manifestação de afeto e consolidação de relações.

<sup>6</sup> Afinal, um operário do interior do Brasil talvez não escolha saciar sua sede da mesma forma que uma socialite paulistana, por exemplo: embora a sede seja a mesma, as hierarquias sociais estabelecem de que forma vamos resolver nossas necessidades.

Pierre Bourdieu corrobora o consenso das ciências sociais sobre a inseparabilidade das necessidades entre reais ou simbólicas, uma vez que a forma como satisfazemos nossas necessidades sempre será culturalmente mediada (BOURDIEU, 1979, p 59).<sup>7</sup>

O processo de consumo está intrínseco às atribuições que vão sendo postas no decorrer da vida em sociedade, sendo a marca o instrumento utilizado conforme arquétipos introduzidos e associações a atributos tanto tangíveis quanto intangíveis.

Há duas vertentes sobre a visão do que é consumo: a ideia de que existe uma capacidade de persuasão e convencimento inerente ao sistema publicitário e mediático que esteja além das forças humanas resistir ou se há adesão às marcas obtida através dos consumidores e suas escolhas, ativa e conscientemente, para dar significado às suas vidas.

O consumidor é um manipulador de signos que estão em uma cadeia interminável de representações que não encontram lastro na realidade (significantes), mas combinam-se e recombina-se em um curto período de tempo em marcos simbólicos.<sup>8</sup> Conforme estudos de Bauman: “*O desejo não deseja satisfação. Ao contrário, o desejo deseja o desejo*” (BAUMAN, 2004). Pelo menos assim é o desejo de um consumidor ideal. A perspectiva de dissipação e fim do desejo, de ficar sem nada para ressuscitá-lo ou num mundo sem nada desejável, deve ser o mais sinistro dos horrores para o consumidor ideal (e, claro, para os negociantes de pesadelos de bens de consumo).

O consumidor é, também, um ser sempre desejante, em busca da mais nova tecnologia, do melhor do produto, da nova coleção em um processo dinâmico de definição de si. A forma como os indivíduos consumidores encontram o real, a esfera pública e a

---

<sup>7</sup> "O gosto é o princípio de tudo o que temos (pessoas e coisas), de tudo o que somos para os outros e é através dele que classificamos e somos classificados".

<sup>8</sup> Como “estilo de vida” ou “estar na moda” ou “ser hipster” ou diversas outras categorias de identidade que passam a ser desenhadas a partir do consumo e seus fluxos de significado

sociedade é mediatizada por um sistema de signos ratificado pelos meios de comunicação (DEBORD, 1997, p 15).<sup>9</sup>

Uma outra característica desta sociedade é que estamos todo o tempo rodeados por objetos, mais do que rodeados por pessoas. A obsolescência programada leva ao impulso pelo novo ao mesmo tempo que reforça esta presença dos objetos em nossas vidas. Isto faz com que esta sociedade de consumo viva em função dos objetos e não o contrário (SANDEL, 2012).<sup>10</sup>

O que se trata atualmente é a consciência e entrega daquilo que se pretende obter, não sendo mais sujeito inconsciente dos simulacros, mas é aquele que se apropria e, conscientemente, deseja e aceita a imersão que se estabelece. Assim, não só a relação com produtos se transforma em uma cadeia de significados, mas a vivência direta transforma-se em representação, *“tudo o que era diretamente vivido se esvai na fumaça da representação”* (DEBORD, 1997, p 13).

### **3. As marcas como meio de identificação, fidelidade e desejo**

O conceito da marca não é um assunto moderno e progressista, mas o que diferencia a problemática é a sua atividade dominante na sociedade moderna. A análise do movimento mediático e da materialização na relação de compra e venda sustenta que há uma transformação significativa que envolve a dificuldade no discernimento entre o simbólico e o real, identificando uma

---

<sup>9</sup> Segundo Cajueiro Santos: “esta visão dos media e da sociedade de consumo é muito parecida com a da Sociedade do espetáculo de Guy Debord e de sua crítica ao fim da experiência vivida em prol da representação, de imagens desligadas da vida, [...] já que as próprias imagens, ao se tornarem especializadas, adquirem autonomia sobre o concreto. Assim, como corolário do modo de produção capitalista, “a linguagem do espetáculo é constituída por signos da produção reinante, que são ao mesmo tempo o princípio e a finalidade última da produção”.

<sup>10</sup> Como preconizou Michael Sandel ao avaliar em sua obra a intervenção dos valores de mercado ao bem comum da sociedade, consequentemente denominando o momento como uma sociedade de mercado, onde quase tudo está à venda.

transferência entre os valores do consumidor à marca e, imediatamente, ao produto.

A marca é construída a partir do destaque popular, daquilo que a diferencia, causando reconhecimento – não se trata apenas do preço e do produto, mas do conceito instaurado e do “espaço” conquistado. É neste sentido que William Gibson demonstra através de sua personagem Cayce Pollard (GIBSON, 2015), que possui uma sensibilidade às marcas de sucesso, manifesta por uma alergia, que a “essência” das marcas é estruturada e propagada pela identidade construída.

No campo das ciências da comunicação, diversos trabalhos descontrolam essa visão moralista do consumo como algoz da sociedade, o marketing como um estratagema vil e responsável pela alienação das pessoas,<sup>11</sup> sendo evidente o papel dialógico da comunicação, em que o reconhecimento e atribuição de sentido a uma informação depende de fatores subjetivos, familiares, coletivos e situacionais.

Susan Fournier busca compreender a relação que consumidores estabelecem com as marcas que conhece. Na base de seu argumento está a afirmação de que, no consumo simbólico, o consumidor não é um agente passivo, manipulado que recebe e compra tudo o que a publicidade persuasiva lhe indica (p 344).

Fournier argumenta que existe uma tendência de antropomorfizar objetos inanimados em todas as culturas e consumidores não veem dificuldades em atribuir personalidades e qualidades humanas a produtos ou marcas. Este animismo pode aparecer por uma associação pessoal,<sup>12</sup> que faz com que a marca seja imediatamente ligada a uma história e a pessoas conhecidas,

---

<sup>11</sup> Exemplos: *agenda setting* (McCOMBS, 1972) e espiral do silêncio (NOELLE-NEUMANN, 1993), buscam provar que consumidores também são protagonistas do que consomem e fazem uma adesão consciente às marcas com o objetivo de representar para a sociedade seus estilos de vida a partir daquelas.

<sup>12</sup> Por exemplo, quando a marca é um sinal da lembrança de outra pessoa ou de um passado, quando o uso da marca remete a uma pessoa conhecida, por exemplo: o perfume do pai que já faleceu e o cheiro do sabonete da avó.

passando a fazer parte da própria história de vida do consumidor (p 345).<sup>13</sup>

As marcas são, portanto, repositórios de significados que fornecem formas de apreciação e auto explicação de si para os consumidores em uma sociedade de consumo. Para isto acontecer é preciso que a marca esteja relacionada aos contextos de vida privados e coletivos das pessoas, uma vez que “*marcas coexistem nos sistemas que os consumidores criam não só para apoiar a vida, mas também para dar significado às suas vidas. Em outras palavras, consumidores não escolhem marcas, escolhem vidas*” (FOURNIER, p 367).<sup>14</sup>

Essa concepção retira a ideia de que exista uma capacidade de persuasão e convencimento inerente ao sistema publicitário e mediático que esteja além das forças humanas resistir, mas que a adesão às marcas só acontece quando os consumidores as escolhem, ativa e conscientemente, para dar significado às suas vidas.

#### **4. A necessidade de proteção do consumidor em torno da marca**

Diversas foram as transformações que a realidade impôs ao legislador pátrio na regulamentação das relações jurídicas entre comprador e vendedor, que, de resto, sobrevivem no Código Civil e partem do princípio de que há igualdade absoluta entre comprador e vendedor quanto ao poder econômico-financeiro, ignorando por

---

<sup>13</sup> Este e outros exemplos dados pela autora, reforçam o reconhecimento de que “de fato, a marca não tem uma existência objetiva em si: é simplesmente a coleção de percepções que está na mente do consumidor. A marca não pode agir ou pensar ou sentir – exceto por meio de atividades do gestor que a administra”. Traduzido pela autora do trabalho: “*In fact, a brand has no objective existence at all: it is simply a collection of perceptions held in the mind of the consumer. The brand cannot act or think or feel – except through the activities of the manager that administers it*” (FOURNIER, SUSAN. Garden of Paradise or Paradox. Copin with Technological Consumer Products in Everyday Life. *Journal of Consumers Research*, in press. 1998, p. 345).

<sup>14</sup> “*Brands cohere into systems that consumers create not only to aid in living but also to give meaning to their lives. Put simply, consumers do not choose brands, they choose lives*” (FOURNIER, SUSAN. Garden of Paradise or Paradox. Copin with Technological Consumer Products in Everyday Life. *Journal of Consumers Research*, in press. 1998, p. 367).

inteiro conceitos tais como: consumidor, hipossuficiência, inversão do ônus da prova, relações de consumo em ambiente virtual etc (NERY JR, 2001, p 444).<sup>15</sup>

A lógica contida no conceito de microsistema diz que, ao contrário do que prevalecia até então no Direito brasileiro, ao dar novo tratamento jurídico para as relações de consumo, o Código de Defesa do Consumidor pode aplicar solução diferente da então existente para resolver os problemas de maneira mais justa e mais harmonizada com o que acontece nas sociedades mais avançadas em seu processo civilizatório.

Paradoxalmente à regulamentação da marca no Brasil,<sup>16</sup> há vinculação da legislação consumerista com o consumidor e da marca com a legislação. Entretanto, a priori, não existe relação jurídica entre consumidor e uma marca qualquer, por maior que seja seu renome, sua notoriedade.

É indiscutível o poder de atração, convencimento, preferência e até fascínio que determinadas marcas ostentam em face do consumidor, contudo, este conjunto de apelos junto ao público não decorre de norma jurídica no sentido de obrigar o consumidor a assim agir, mas, se origina da construção de uma imagem positiva junto ao mercado e ao público consumidor.

Polêmicas envolvendo grandes marcas, como Zara – trabalho escravo em sua cadeia produtiva e Arezzo – utilização de pele animal na confecção de peças, são exemplos que demonstram a associação que o consumidor faz entre os seus valores pessoais e o produto ou serviço que adquire. A multinacional Zara foi alvo de uma

---

<sup>15</sup> Tendo permanecido como proteções únicas oferecidas pelo velho Direito Civil à figura do comprador quando se tratava de negócios feitos em ambiente real, até o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078 de 11/09/1990, definido por NERY JR. com lei principiológica. O Código de Defesa do Consumidor é lei principiológica. Não é analítica, mas sintética. [...]. Optou-se por aprovar lei que contivesse preceitos gerais, que fixasse os princípios fundamentais das relações de consumo. É isto que significa ser uma lei principiológica. Todas as demais leis que se destinarem, de forma específica, a regular determinado setor das relações de consumo deverão submeter-se aos preceitos gerais da lei principiológica que é o CDC.

<sup>16</sup> BRASIL. Lei Federal nº 9.279 de 14 de maio de 1996, art. 123.

investigação da Superintendência Regional do Trabalho de São Paulo,<sup>17</sup> oportunidade em que foi constatada a atividade escrava de trabalhadores imigrantes (MERÇON, 2015).<sup>18</sup>

A utilização de trabalho escravo na cadeia produtiva da reconhecida marca, além de crime, demonstrou a face do consumidor, que atrela ao produto os seus valores pessoais, neste caso, busca um estilo de vida consciente que ultrapassa a tendência da moda.<sup>19</sup>

No entanto, ainda que o consumidor demonstre uma reação de boicote à marca, não é possível dizer se esta posição se mantém por muito tempo, de modo que as empresas encontram meios de se redimir e retornar às atividades, mas é visível que a atitude política do consumidor reflete na aquisição do produto e/ou serviço.

Outro exemplo é a produção e comercialização de produtos piratas que, além de crime, prestam-se a impor prejuízos de toda ordem. A Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG), em 2012, realizou um estudo que apontou o quanto pode ser prejudicial para a saúde a utilização de cigarros contrabandeados do Paraguai.<sup>20</sup>

Foram demonstrados resultados chocantes, sequela da falta de controle e sujeição às normas de qualidade, higiene e segurança que são impostas pelo governo, assim como produtos contrabandeados e pirateados causam prejuízos econômicos que ultrapassam bilhões, conforme Movimento Brasil Legal,<sup>21</sup> que atesta

---

<sup>17</sup> Mais informações relativas ao caso Zara estão disponíveis em matéria do site Repórter Brasil. Vide: <http://reporterbrasil.org.br/2011/08/roupas-da-zara-sao-fabricadas-com-mao-de-obraescrava>.

<sup>18</sup> Em “oficinas com péssima estrutura, máquinas de costura sem aterramento, falta de segurança, má alimentação, jornada de trabalho exaustiva e baixa remuneração.

<sup>19</sup> Apesar da desvalorização das ações da Inditex, dona da Zara, atingir 4,25% na Bolsa de Madrid após o incidente, bem como a Arezzo sofrer o impacto da página do Facebook “Boicote Arezzo”, que ultrapassou o número de membros da *fan page* oficial da marca, não há uma análise de fato de quanto a imagem destas marcas foi afetada.

<sup>20</sup> Referida informação tem como base a análise dos compostos do produto utilizados pelos fabricantes, identificando mistura do tabaco com substâncias proibidas pela ANVISA. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/registros-e-autorizacoes/tabaco>. Acesso em: 02 dez. 2018

<sup>21</sup> Disponível em: <http://www.etco.org.br/noticias/entidades-denunciam-que-contrabando-da-prejuizo-de-r-130-bilhoes-ao-brasil/>. Acesso em: 03 de dezembro de 2018.

prejuízo de mais de 130 bilhões entre 2014 e 2016 por contrabando no Brasil.

A taxação do cigarro foi uma medida recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS), no entanto, ao invés de inibir o consumo, o produto contrabandeado cresce 8% ao ano, enquanto que o produto legalizado cai em igual proporção. Portanto, tem-se uma potencialização do mercado ilegal, restando infrutífera a estratégia governamental.

Exatamente em função da importância da marca, de seu valor e de tudo quanto agrega para seu proprietário no mercado, assim como da expectativa que cria quanto a satisfazer a necessidade e o desejo de seus consumidores, consumidor e marca deveriam receber proteção legal contra toda espécie de ação contrária à legítima relação entre ambos.

A estrutura social e econômica e o respeito à proteção consumerista e à saúde são violados em existência crescente do contrabando. O combate deverá dar-se, preferencialmente, *“pelos fronteiras com trabalho de inteligência, cooperação interinstitucional, aumento do efetivo da Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal e em parceria com os organismos estaduais de segurança pública”* (RIBEIRO DA FONSECA, RIBEIRO DA FONSECA, 2018, p 246).

Os prejuízos que advém da prática ilegal de ludibriar o consumidor atinge diversos âmbitos, tais como ao fabricante que investe altas somas tanto em pesquisa quanto em tecnologia visando ao desenvolvimento de seus produtos; prejudica ao consumidor ludibriado em sua boa-fé que se vê privado do produto com qualidade e a garantia que imaginou receber ao escolher a marca pirateada; perde o país que deixa de auferir os impostos que deveriam ser gerados pelo produto, assim como tem deteriorada sua imagem perante o mercado internacional.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> O Brasil, durante considerável período de tempo constou da lista negra da entidade que representa os Estados Unidos, por ser considerado um dos países nos quais os direitos de propriedade intelectual

A vulnerável posição do consumidor, que desperta a maleabilidade de produtos que remetam à grandes marcas, também é a aderência consciente de produto pirateado e falsificado, em prol do *status* social e a busca por determinado estilo de vida, ambos demonstram a associação pessoal que rege a relação de consumo.

A estratégia para atingir-se tal nível de preferência junto ao mercado passa pela construção de uma arquitetura de marca, sendo a fidelidade um benefício-chave para geração de valor e refere-se ao aumento do consumo da marca pelo consumidor e a escolha repetida dela nas sucessivas situações de compra (AAKER, 1996).

Sob pena de ter-se a saúde, segurança e dignidade rebaixadas à insignificância, a presença do Estado não pode ficar menosprezada, pois somente com leis eficazes e coordenação dos órgãos de proteção é que atingirá – e deverá ser mantida – um nível social de estabilidade no consumo dos mais variados produtos.

Relevante aspecto também é que pirataria não *“afeta apenas a saúde do consumidor, mas também influencia a geração de empregos, arrecadação tributária, circulação de riquezas e fomenta ainda mais o crime organizado, em diversos aspectos”* (RIBEIRO DA FONSECA, RIBEIRO DA FONSECA, 2018, p 246).

Reflexo de dar a merecida atenção ao assunto, será uma melhor arrecadação tributária, mais empregos e garantia do respeito à dignidade humano dos consumidores – sobremaneira à sua saúde.

## 5. Considerações finais

As relações de consumo, como visto, modificam-se constantemente e os processos de determinação valorativa do produto (serviços e marcas) causam impacto imediato na cultura do consumismo. A concepção de consumo ganhar corpo diante dos

---

não são respeitados nem adequadamente protegidos, tendo corrido, ainda, o risco de sofrer sanções comerciais relativas à exportação de produtos.

avanços da globalização, sendo o marketing um grande responsável por impulsionar a relação entre a aquisição de bens e o fetichismo de felicidade.

Tem-se, então, uma nova sociedade, a sociedade de consumo, em que os indivíduos são aqui que consomem e alcançam satisfação pessoal consumindo – seja aquele consumo oriundo do consumismo, seja o consumo de bens e serviços hoje já tidos como essenciais (como, por exemplo, aparelhos celulares, computadores e *smart tvs*).

Nessa toada, fica clarividente a vulnerabilidade informacional do consumidor, cada vez maior (BENJAMIN, MARQUES, BESSA. 2008, p 77).

Com esse movimento – mediático e da materialização na relação de compra e venda –, a marca ganha espaço de identificação do consumidor, colocando-o em situações de irracionalidade na hora da contratação, trilhando o caminho ideal para àqueles que buscam obter vantagem por meio de abusos contra o elo frágil.

É ponto de conclusão final a necessidade de que o Estado não menospreze a sua presença nessas relações, impedindo abusos pois, caso contrário, a saúde, segurança e dignidade dos consumidores (cem por cento dos seres humanos numa sociedade civil) serão regredidos à insignificância. Afinal, somente com leis eficazes e uma coerente ação dos órgãos de proteção é que haverá um nível social de estabilidade no consumo dos mais variados produtos.

## 6. Referências

AAKER, D. A. **Building strong brands**. New York: The Free Press, 1996.

BAUDRILLARD, J. **A sociedade de consumo**. Edições 70, 2. ed. 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. **Amor líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

- BENJAMIN; MARQUES; BESSA. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BOURDIEU, P. **American Journal of Sociology**, v. 84, n. 6, 1979.
- BOTH, Laura Jane Ribeiro Garbini. **O caráter simbólico do consumo e o método etnográfico: subsídios da antropologia para um diálogo interdisciplinar com o direito do consumidor**. In: (orgs.). Sociologia, Antropologia e Cultura. Florianópolis: Editora Conpendi, 2014.
- CAJUEIRO SANTOS, T. A sociedade de consumo, os media e a comunicação nas obras iniciais de Jean Baudrillard. **Galáxia**, n. 21, p. 2011.
- DEBORD, Guy. **A sociedade do Espetáculo**. Rio de Janeiro: Contraponto, 1997.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 7<sup>a</sup> ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- FOURNIER, Susan. Consumers and their brands: Developing relationship theory in consumer research. **Journal of consumer research**, v. 24, n. 4, p. 343-373, 1998.
- FOURNIER, Susan. **Garden of Paradise or Paradox. Copin with Technological Consumer Products in Everyday Life**. Journal of Consumers Research, in press. 1998).
- GIBSON, William. **Reconhecimento de padrões**. Aleph, 2015.
- GOMES, O. **Contratos**. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- JR., Nelson Nery et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos autores do anteprojeto**. 7<sup>a</sup>. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- KREMER, J. **Caminhando rumo ao consumo sustentável: uma investigação sobre a teoria declarada e as práticas das empresas no Brasil e no Reino Unido**. PPG em Ciências Sociais. PUCSP, São Paulo, 2007.
- MCCOMBS, M. E.; SHAW, D. L. The agenda-setting function of mass media: **Public opinion quarterly**, v. 36, n. 2, p. 176-187, 1972.

MERÇON, Marineis. **Imigrantes bolivianos no trabalho escravo contemporâneo: análise do caso Zara a partir das RPGs.** Revista do CEDS – Periódico do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB. n.2. v.1. mar./jul. 2015. Disponível em: [http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/revceds\\_n\\_2\\_imigrantes\\_bolivianos\\_e\\_trabalho\\_escravo\\_contemporaneo\\_caso\\_zara\\_marineis\\_mercon.pdf](http://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/revceds_n_2_imigrantes_bolivianos_e_trabalho_escravo_contemporaneo_caso_zara_marineis_mercon.pdf). Acesso em 03/03/2019.

NOELLE-NEUMANN, E. **The spiral of silence: Public opinion, our social skin.** University of Chicago Press, 1993.

RIBEIRO DA FONSECA, Gabriel e RIBEIRO DA FONSECA, Javert. **Sociedade de Consumo: O direito fundamental de proteção contra produtos pirateados e contrabandeados. (Re)definições das fronteiras: Velhos e Novos Paradigmas,** 2018.

SANDEL, Michael. **What money can't buy,** 2012.

SAHLINS, Marshall. **Cultura e razão prática.** Rio de Janeiro: Zahar, 2003.

## **A lei geral de proteção de dados pessoais: ampliação dos direitos do consumidor**

*Bianca Camile dos Santos Filla*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

O uso das tecnologias de informação e comunicação, facilita e auxilia os indivíduos nas mais variadas tarefas do cotidiano. Entretanto, o uso diário e constante de dados pessoais para a realização das atividades mais comuns, como para comprar uma pizza, adquirir um medicamento ou ter acesso a portaria de um prédio comercial, acaba, muitas vezes, por camuflar os riscos que o uso constante de dados pessoais oferece aos titulares dessas informações. O cidadão, certamente, é a principal vítima das violações de direitos por meio da divulgação indevida de dados pessoais, principalmente no que tange aos direitos à privacidade, porque, até sem ter ciência, suas informações podem ser coletadas, repassadas a terceiros e comercializadas.

No intuito de preservar os direitos fundamentais, o ordenamento jurídico brasileiro passou a adotar de forma setorial regulamentações acerca da tutela dos dados pessoais dos usuários, tanto na internet como em outros bancos de registros. Isto porque, dependendo o modo como essas informações estão sendo utilizadas, as consequências para o titular dos dados pessoais podem ser

---

<sup>1</sup> Advogada. Graduada em Direito junto ao Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2015. Mestre em Direito junto ao Programa de Pós-Graduação em Direito *Stricto Sensu* do Centro Universitário Autônomo do Brasil, 2018.

maléficas, em decorrência da indevida utilização de dados sensíveis relativos a saúde, orientação sexual, política, ou religiosa, por exemplo, pode ser que o indivíduo seja desclassificado em um processo seletivo de emprego ou até mesmo que isso gere uma situação de discriminação social.

Até alguns anos atrás, havia apenas uma preocupação rasa em relação a proteção dos dados pessoais, não existiam tantos riscos como hoje, e nem havia regulamentação própria a respeito desse tema em todos os países. A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei 13.709/18, foi criada com o intuito de trazer uma nova perspectiva ao direito de proteção de dados pessoais no ordenamento jurídico brasileiro. Apesar de já haver no Brasil leis como o Marco Civil da Internet, a Lei do Cadastro Positivo, a Lei de Acesso a Informação, o Código de Defesa do Consumidor, o Decreto de Comércio Eletrônico e outras regulamentações, era necessário uma legislação mais específica sobre tema, por isso foi de suma importância a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, em 14 de agosto de 2018.

Atualmente, está tramitando a PEC 17/19, que tem por objetivo incluir a proteção de dados pessoais no rol de direitos e garantias fundamentais. A doutrina majoritária vem atualmente afirmando ser de extrema relevância ao ordenamento jurídico brasileiro o reconhecimento da proteção de dados pessoais como um direito fundamental, pois isso reforça a necessidade de a sociedade se adequar aos novos parâmetros legais estabelecidos pela Lei Geral de Proteção de Dados, e estimula o desenvolvimento de uma nova cultura social voltada a proteção da intimidade, da privacidade e da segurança dos dados pessoais.

A proteção de dados pessoais é fruto da evolução histórica da própria sociedade internacional (MEDEIROS). Esse assunto tomou força com a necessidade de o Brasil se inteirar das novas medidas normativas de proteção de dados pessoais que estão sendo aplicadas internacionalmente, em especial o Regulamento da União Européia nº 2016/679, popularmente conhecido como *General Data*

*Protection Regulation*, que entrou em vigor em 25 de maio de 2018. A nossa lei trouxe um conteúdo normativo muito próximo ao disposto na regulamentação europeia.

Diante disso, buscando ficar a par das novas regras do mercado internacional, o sistema legislativo brasileiro, agilizou o procedimento de tramitação do projeto de lei sobre a proteção geral de dados, surgindo com isso uma nova fase de desenvolvimento da proteção de dados pessoais, nos meios *online* e *offline*. Considerando que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, já foi aprovada e entrará em vigor a partir de agosto de 2020, há forte expectativa que com isso ocorra uma promoção maior dos direitos e garantias dos cidadãos, maior resguardo dos direitos individuais, e a implantação de novas políticas empresariais de privacidade e segurança de dados pessoais.

No presente artigo, será utilizada a metodologia bibliográfica, para analisar características gerais da conteúdo normativo da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, e posteriormente abordar alguns temas de alta relevância ao direito do consumidor, como o necessário consentimento prévio do consumidor antes do tratamento dos dados pessoais e o direito de revisão das decisões automatizadas, por um ser humano, uma previsão legislativa que tende a gerar significativas mudanças na forma de operação das empresas.

## **2. Noções introdutórias acerca da lei geral de proteção de dados**

A Constituição Federal de 1988, possui certa preocupação com a privacidade e proteção de dados no Brasil, o artigo 5º, inciso X, prevê o direito a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, assegurando o direito à indenização pelo dano material e moral decorrente de sua violação. Além disso, o direito à privacidade, é um direito universal previsto no artigo 12 da Declaração Universal de

Direito Humanos<sup>2</sup>, observado o fato de que a privacidade do indivíduo é um direito relacionado a sua esfera pessoal, e merece ser tutelado pelo Estado.

Todavia, a primeira lei brasileira que de fato abordou o tema da proteção de dados, foi o Código de Defesa do Consumidor, Lei nº 8.078/90. No presente texto normativo há dispositivos que regulamentam as relações entre consumidores e fornecedores, estabelecendo obrigações e direitos para ambos. Além disso, o artigo 43, dá aos consumidores o direito de ter acesso e de corrigir informações referentes a si mesmo, entre outras disposições (CAMARA, et. al., p. 14).

Depois foi sancionada a Lei do Cadastro Positivo, Lei nº 12.414/12, que criou um microsistema de proteção de dados no contexto das relações de consumo, mais especificamente dados de adimplência e modelagem de crédito, e tratava sobre temas como o princípio da finalidade, o princípio da necessidade e até mesmo da revisão de decisões automatizadas (CAMARA, et. al., p. 15).

No mercado financeiro, podem ser observadas, a Lei Complementar nº 105/01, “que trata do sigilo das operações de instituições financeiras, e a Portaria nº 5/2002 da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, que tornou abusivas as cláusulas em contratos de consumo que autorizam o envio de dados pessoais sem consentimento prévio” (CAMARA, et. al., p. 15).

No âmbito do Direito Penal, há a Lei nº 12.737/12, conhecida como Lei Carolina Dieckmann, que tornou crime a invasão de dispositivos informáticos, e a Lei nº 9.296/96, que tornou crime a interceptação telefônica sem autorização judicial. Já no setor público, o principal destaque atual é a Lei nº 12.527/11, denominada de Lei de Acesso à Informação, cujo conteúdo é de extrema importância para garantir aos cidadãos o acesso a dados públicos nas três esferas governamentais (CAMARA, et. al., p. 15).

---

<sup>2</sup> ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Resolução 217 A (III). Paris, 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No âmbito da Internet, a Lei nº 12.965/14, nomeada de Marco Civil da Internet, “estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, é considerada, junto com o Decreto 8.771/2016, que a regulamentou, um microsistema de proteção de dados no contexto de tratamento de dados por meio da Internet” (CAMARA, et. al., p. 15). O Marco Civil dispõe acerca de vários temas que foram trabalhados de maneira mais específica dentro da Lei Geral de Proteção de Dados, como por exemplo, a necessidade de consentimento expresso para o tratamento de dados pessoais (CAMARA, et. al., p. 15).

Com a entrada em vigor da Lei Geral de Proteção de Dados, muito se questiona se ela poderá ser vista como uma diretiva geral para a proteção de dados no Brasil, pois a nova lei não tem por intuito substituir as outras legislações que existem sobre o assunto, mas apenas estabelecer regras e princípios gerais para que as mesmas possam ser cumpridas de uma maneira mais benéfica aos titulares dos dados pessoais. Destacando, que caso se verifiquem contradições entre essas leis e a Lei Geral de Proteção de Dados, as regras clássicas para decisão entre contradições jurídicas deverão ser aplicadas (CAMARA, et. al., p. 16).

A Lei Geral de Proteção de Dados será aplicada a toda a operação de tratamento de dados pessoais que ocorra dentro do território brasileiro, com o intuito de oferecer bens ou serviços, e nos casos em que sejam utilizados dados de indivíduos localizados no território brasileiro, essa regra cabe aos dados pessoais que o objeto de tratamento tenham sido coletados no território nacional.<sup>3</sup>

A lei tem aplicação a qualquer pessoa, seja natural ou jurídica de direito público ou privado que realize o tratamento de dados pessoais, *online* e *offline*, ela possui aplicação ampla e abrangente, visto que abarca grande parte dos projetos e atividades do cotidiano empresarial (FIESP). Lembrando que, o direito à informação

---

<sup>3</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 3º, incisos I, II e III.

também abrange os casos de compartilhamento de dados com entidades públicas (FRAZÃO).

Todas as organizações, públicas ou privadas, que tocam dados pessoais são obrigadas a usar privacidade em todas as tecnologias e processos que eles criam, além disso, as corporações devem definir opções amigáveis à privacidade como um mecanismo padrão, não havendo exceções a esta obrigação. A proteção de dados por design e por padrão deve ser implementada independentemente de os dados pessoais serem obtidos com base em uma opção de consentimento, uma desativação ou uma obrigação legal de coletar os dados. De modo geral, todos os usos de dados pessoais devem ser baseados na Lei Geral de Proteção de Dados (ROCHA).

Nessa esteira, a lei define dado pessoal, como informações relacionada à pessoa natural identificada ou identificável,<sup>4</sup> abrangendo portanto, qualquer dado que isolado ou associado a outros, permita a identificação de uma pessoa natural. Essa definição ampla é uma maneira de enquadrar mais informações nessa categoria, aumentando o escopo de aplicação da lei (CAMARA, et. al., p. 18).

Outra categoria de dados presente na lei, diz respeito aos dados pessoais sensíveis, que dispõem sobre a “origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.<sup>5</sup>

Essa nomenclatura, dados sensíveis, advém do fato de que essas informações podem sujeitar os seus titulares à práticas discriminatórias ou vexatórias e, por isso, o tratamento desses dados deve observar bases legais mais restritivas e padrões de segurança mais elevados (CAMARA, et. al., p. 18). LIMBERGER afirma que tais dados têm uma “potencialidade maior de causar ofensa aos direitos

---

<sup>4</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 5º, inciso I.

<sup>5</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 5º, inciso II.

fundamentais, não somente no tocante ao direito à intimidade, mas, especialmente ao princípio da igualdade” (2007, p. 203).

Atualmente o direito a intimidade possui um aspecto positivo, por isso requer a tutela protetiva do Estado. Trata-se de uma concepção ativa e dinâmica, relacionada a possibilidade de conhecer e controlar as informações concernentes a pessoa natural titular de dados pessoais. Diante disso, PÉREZ define a intimidade como sendo uma qualidade social da pessoa (2012, p. 91).

Decorrente desse aspecto positivo do direito à intimidade, atualmente a autodeterminação informativa é considerada como um direito fundamental próprio, que não se limita a garantir a vida privada e a intimidade (RAMINELLI; RODEGHERI, 2016, p. 95). Trata-se do “direito do cidadão conhecer, corrigir e, também, determinar a quem, como, quando e de que forma os seus dados pessoais serão divulgados” (RAMINELLI; RODEGHERI, 2016, p. 95).

Segundo FRAZÃO, a norma do artigo 18, § 2º da Lei Geral de Proteção de Dados, também pode ser considerada um direito do titular de dados, visto que, este poderá se opor ao tratamento de dados realizado com fundamento em uma das hipóteses de dispensa de consentimento, em caso de descumprimento ao disposto na lei. Isso ressalta muito a importância do direito à oposição, ao consentimento e a autodeterminação informacional, e assevera o fato de que os casos de tratamento de dados que não decorrem do consentimento, precisam ser vistos restritivamente, afim de evitar abusos.

A lei dispõe ainda acerca dos dados anonimizados, aqueles em que o titular não pode ser identificado. O processo de anonimização utiliza meios técnicos de tratamento de dados, e faz com que o dado perca a possibilidade de associação direta ou indireta, a um indivíduo, por isso os dados anonimizados não estão sujeitos às regras da Lei Geral de Proteção de Dados (FIESP).

Acerca desse tema, a legislação prevê que o responsável pelo tratamento dos dados pessoais do titular deverá informar os agentes de tratamento com os quais tenha realizado uso compartilhado de

dados, quando houver a correção, a eliminação, a anonimização ou o bloqueio dos dados, para que estes repitam idêntico procedimento. Entretanto, conforme o texto da Medida Provisória 869/18 aprovada no dia 29 de maio de 2019, essa obrigação poderá ser dispensada, caso seja comprovadamente impossível ou implique esforço desproporcional, uma vez que podem existir consideráveis dificuldades técnicas na comunicação com os titulares de dados que a empresa não possui um canal atualizado e de fácil acesso para o contato direto.

Interessante destacar que a necessidade de proteção jurídica surge a partir da constatação de que os dados pessoais possuem um conteúdo econômico, ou seja, de que há a possibilidade de comercialização desses dados. O direito à informação vem sendo cada vez mais tratado como uma mercadoria. Esse fenômeno decorre da globalização e da crescente importância destinada ao capital que fez surgir, um direito de propriedade sobre a informação (GONÇALVES, 2003, p. 210).

No Brasil, a Lei nº 12.965/14, conhecida como Marco Civil da Internet, estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil, todavia, era necessária a promulgação de uma lei específica acerca da proteção de dados, da garantia de proteção e privacidade aos usuários. Com isso, nota-se que a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, trouxe um âmbito de proteção muito mais amplo, pois abrange toda a atividade que o envolva o tratamento de dados pessoais coletados dentro do território brasileiro, não se limitando apenas aos dados pessoais obtidos por meios eletrônicos.

A referida lei é importante para o Brasil em razão da harmonização e atualização dos conceitos de proteção de dados pessoais e segurança jurídica. Ela tem por intuito proteger os direitos fundamentais de liberdade, de intimidade, de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, estabelecendo regras e limites para as empresas a respeito da coleta, armazenamento, tratamento e compartilhamento de dados, o que

favorece o desenvolvimento econômico. Além disso, os titulares de dados passarão a ter maior controle sobre todo o processamento dos seus dados pessoais (FIESP).

### **3. O direito ao consentimento segundo a lei geral de proteção de dados**

A utilização cada vez mais ampla de dados pessoais para as mais variadas atividades do dia a dia, torna os dados elementos essenciais para que a pessoa possa se mover com autonomia e liberdade. Todavia, a utilização desses dados de forma desregulamentada pode gerar riscos ao cidadão. Risco que se concretiza na possibilidade de exposição, utilização indevida ou abusiva de dados pessoais, na eventualidade desses dados não serem corretos, de representarem erroneamente seu titular, ou da utilização por terceiros sem o conhecimento do titular, dentre outras hipóteses (DONEDA, 2011, p. 92).

Em decorrência disso, é que resulta a necessidade da instituição de mecanismos que possibilitem à pessoa deter conhecimento e controle sobre seus próprios dados pessoais, visto que são expressão direta da própria personalidade do indivíduo (DONEDA, 2011, p. 92). “Por este motivo, a proteção de dados pessoais é considerada em diversos ordenamentos jurídicos como um instrumento essencial para a proteção da pessoa humana e como um direito fundamental” (DONEDA, 2011, p. 92). Do mesmo, medo essa ideologia vem aos poucos sendo implantada no ordenamento jurídico brasileiro, o que foi ressaltado com a promulgação da Lei Geral de Proteção de Dados.

O tema do consentimento, coleta, comercialização ou compartilhamento de dados é complexo e polêmico, quando analisado sob o viés dos direitos fundamentais. A proteção dos dados pessoais, traz à tona os riscos inerentes ao tratamento de dados. “Afim, se essas informações circulam de forma equivocada, sem se constituir uma representação fidedigna do consumidor, a sua

liberdade e a igualdade de acesso aos bens estarão sendo gravemente violadas” (MENDES, 2008, p. 108).

É fundamental que seja estabelecido as hipóteses em que a transferência de dados será legítima, a luz dos princípios elencados na Lei Geral de Proteção de Dados brasileira. De acordo com o referente texto legal, compreende-se que “os dados pessoais somente poderão ser transferidos para o cumprimento de fins diretamente relacionados as funções legítimas da empresa que transfere e da empresa para a qual os dados são transferidos, com o prévio consentimento do consumidor” ((MENDES, 2008, p. 111-112), observado assim o princípio da finalidade e adequação.

Lembrando que o consentimento prévio somente será dispensado nas hipóteses previstas em lei, todavia, em tese o consumidor deveria ser notificado dessa cessão. Com isso, conclui-se que a cessão de dados pessoais entre empresas somente será válida, quando houver plena transparência do processo de cessão de dados, o consentimento expresso e válido do consumidor (MENDES, 2008, p. 112).

A importância do consentimento nas relações jurídicas é ressaltada diante da amplitude do fornecimento de dados pessoais, visto que os dados estão cada vez mais sendo objeto de contratação de prestação de serviços e produtos (KLEE, 2015, p. 129). Hoje, a informação pessoal é uma mercadoria em torno da qual surgem novos modelos de negócios que procuram extrair valor monetário do intenso fluxo de dados pessoais proporcionado pelas modernas tecnologias de informação. A informação pessoal, portanto, passou a ser um verdadeiro bem jurídico com cunho econômico (DONEDA; VIOLA, 2010, p. 17).

Diante disso, o direito à privacidade, se apresenta como uma nova forma de liberdade pessoal, não mais limitada sobre a liberdade de recusar ou proibir a utilização de informações sobre o titular de dados, hoje essa liberdade diz respeito a pessoa poder exercer o direito de controle sobre os seus dados, que não encontram-se mais na esfera da intimidade, mas sim como um arquivo digital ou físico que está

sobre a detenção de uma pessoa física ou de uma pessoa jurídica pública ou privada (KLEE, 2015, p. 129).

A Lei Geral de Proteção de Dados Brasileira, se fundamenta no consentimento expresso do titular de dados, antes da utilização de suas informações pessoais. A proteção dos dados pessoais tem como objeto o direito à intimidade, que importa na autodeterminação informativa, e na identidade pessoal, que visa a impedir que a identidade do titular de dados seja alterada por informações inexatas ou incompletas (KLEE, 2015, p. 130).

É importante ressaltar que não basta apenas que as leis enumerem certos princípios e regras reconhecendo os direitos das pessoas em relação a proteção de dados pessoais, é necessário para a efetiva tutela dos direitos fundamentais do indivíduo, que existam instrumentos garantidores e um regime de controle desses mecanismos. Com advento do funcionamento efetivo da Agência Nacional de Proteção de Dados, isso tende a ocorrer, há o pressuposto de que o referente órgão trará regulamentação complementar, afim de dar efetividade ao conteúdo da Lei Geral de Proteção de Dados.

Essa medida de regulamentação e fiscalização é suma importância, para asseverar a necessidade de cumprimento dos direitos e obrigações previstos na atual legislação de proteção de dados brasileira, pois a infiltração na esfera privada do indivíduo, mediante consentimento e divulgação de seus dados pessoais por terceiros, é algo que está bem além do habitual e cotidiano aborrecimento (KLEE, 2015, p. 130).

O envio de correspondências (inclusive via e-mail, whats app ou mensagens no celular) e o recebimento de ligações endereçadas ao indivíduo por quem não contratou com ele revela a vulnerabilidade dos dados pessoais, e a indispensável adequação da segurança jurídica. “O efetivo dano à esfera privada se nota pelo irreversível controle dos dados privados do indivíduo” (KLEE, 2015, p. 130). O conjunto de princípios da Lei Geral de Proteção de

Dados, dispõe que salvo nas exceções previstas na lei<sup>6</sup>, é ilícita a transferência de dados pessoais sem o consentimento do titular de dados. Além disso, a utilização e divulgação de dados pessoais sem a autorização do indivíduo fere um direito personalíssimo e o princípio da dignidade humana (KLEE, 2015, p. 130-131).

Garantir a privacidade do indivíduo traz consigo o questionamento acerca da legitimidade do titular dos dados pessoais, quanto à proteção do mesmo contra qualquer ingerência externa. Tal legitimação se dá, a partir do conjunto dos seus dados, considerando que esses dados constroem a sua personalidade e viabilizam a identificação de uma determinada pessoa (SILVA; KURTZ, 2011, p. 8).

O desconto que o indivíduo recebe na farmácia apenas por fornecer o número do seu CPF para o sistema da empresa tem um preço, a sua privacidade (BORGES). A Drogaria Araújo S/A foi condenada a pagar uma multa no valor de R\$ 7.930.801,72 (sete milhões, novecentos e trinta mil, oitocentos e um reais e setenta e dois centavos) por condicionar descontos ao fornecimento do CPF do consumidor no ato da compra, sem oferecer informação clara e adequada sobre abertura de cadastro do consumidor. A condenação adveio do Procon-MG, órgão integrante do Ministério Público de Minas Gerais, que após investigação dos fatos, decidiu que essa prática viola o direito do consumidor à informação clara e adequada sobre o serviço ofertado e sobre os riscos à segurança de dados, especialmente por capturar informações pessoais sem informação prévia ao consumidor (MPMG).

O número de empresas atuando no território brasileiro só vem aumentando a cada novo dia, todavia, algumas medidas regulatórias deverão ser adotadas para que essas corporações passem a atuar conforme as diretivas da Lei Geral de Proteção de Dados. Conforme os princípios da lei, as empresas terão que pedir o consentimento e esclarecer ao usuário o motivo da coleta de dados,

---

<sup>6</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 7º, incisos II a X.

para então haver o armazenamento e o posterior tratamento desses dados pessoais fornecidos pelo indivíduo.

Além disso, o indivíduo deverá ser claramente informado dos termos de uso dos dados pessoais, como por exemplo, qual é o canal de comunicação que a empresa destina ao cliente para que esse possa requerer a retificação, a alteração ou a eliminação dos dados fornecidos, se os dados fornecidos serão compartilhados com outras companhias, por quanto tempo a empresa ficará com esses dados arquivados na sua base de dados, dentre outras informações relevantes para o cumprimento dos princípios previstos na Lei Geral de Proteção de Dados.<sup>7</sup>

A alimentação do banco de dados pessoais das empresas poderá ocorrer pela coleta dos dados diretamente dos seus titulares ou pela transferência de dados pessoais armazenados em um outro banco de dados, em ambas as situações, o princípio do consentimento e da finalidade são de suma importância (DONEDA; VIOLA, 2010, p. 94). Lembrando que, o consentimento do titular poderá tornar lícito tanto o fornecimento voluntário dos próprios dados como o seu posterior repasse a terceiros (DONEDA, 2006, p. 370).

É necessário ter mecanismos que possibilitem ao consumidor visualizar as informações que a empresa tem sobre ele, observando o princípio de acesso aos dados, no entanto, qualquer alteração no uso dos dados deverá ser comunicada ao usuário para que ele conceda ou não um novo consentimento em relação as mudanças propostas pela empresa. Aliás, o titular dos dados poderá revogar a autorização para o tratamento de seus dados pessoais a qualquer momento, bastando uma manifestação expressa, por procedimento gratuito e facilitado fornecido pela empresa. Assim, o usuário poderá solicitar alteração ou remoção de suas informações a qualquer instante, o que **ajuda a melhorar a qualidade dos relacionamentos entre empresas e clientes**, pois gera mais confiança e respeito entre ambos.

---

<sup>7</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 6º.

Uma pesquisa inédita da **Serasa Experian**, realizada em março de 2019, ressaltou a importância da confiança do consumidor na marca no momento de fornecer informações. De acordo com a pesquisa, 63% dos entrevistados afirmaram que forneceriam os seus dados desde que acreditassem em uma marca ou mesmo em um determinado site na internet (VENTURA).

Atualmente, a reputação das empresas no mercado é o fator que mais confere segurança ao consumidor no momento de compartilhar os seus dados pessoais, o que ressalta ainda mais a necessidade de as corporações se adequarem as regras de privacidade e segurança previstas na Lei Geral de Proteção de Dados, posto que ao estarem em *compliance* com as normas de proteção de dados, há conseqüentemente uma significativa diminuição dos riscos de danos imagem da empresa e a possibilidade de aumento das vendas devido a confiança do consumidor naquela marca.

Todas as empresas devem se preocupar em proteger os dados pessoais que utilizam, sob pena de receberem sanções muito pesadas em decorrência da ausência de um *Privacy by Design* conforme as atuais normas de proteção de dados. A técnica de “*Privacy by Design* (PbD) se refere a uma abordagem que visa a garantir a privacidade do usuário ao longo de todo o ciclo de vida de uma aplicação, serviço ou processo de negócio” (LEMES), trata-se de medidas de proteção de dados pessoais desde a sua concepção até a sua concessão ou extinção, visando um melhor gerenciamento do tratamento das informações pessoais.

Uma situação emblemática acerca da importância da adequação das empresas às normas gerais de proteção de dados, ocorreu por meio da aplicação da Regulação sobre Proteção Geral de Dados (GDPR). A França, aplicou a maior multa por violação de regras de privacidade da União Europeia ao Google, uma punição de 50 milhões de euros. A agência de proteção de dados “afirmou que o Google não é transparente e claro na maneira como informa usuários sobre seu trato com dados pessoais e não obteve

consentimento apropriado dos usuários para envio de anúncios publicitários personalizados” (LOBO). O tratamento generalizado dos dados para segmentar produtos e serviços e aumentar a eficiência do processo produtivo, amplia as ameaças aos direitos fundamentais do consumidor, os riscos de discriminação e estigmatização de mercado (MENDES, 2014, p. 236).

O direito ao consentimento prévio de forma livre, inequívoca e expressa, antes do tratamento dos dados pessoais é uma medida de segurança que visa garantir a privacidade, a intimidade, a liberdade e a dignidade humana do titular dos dados. O consentimento está relacionado ao direito de autodeterminação informativa do indivíduo, que confere a pessoa o poder de ela própria decidir acerca da divulgação e da utilização de seus dados pessoais (MENKE).

Atualmente a sociedade encontra-se baseada na utilização de informações pessoais, com o intuito de tutelar esses direitos, mostra-se de suma relevância que o indivíduo tenha controle das informações a seu respeito disponíveis em bancos de dados. A autodeterminação informativa destaca-se como um poder inerente ao indivíduo que lhe garante administrar o livre desenvolvimento da personalidade, afim de limitar o uso abusivo de quem detenha os seus dados (MENKE).

#### **4. Lei geral de proteção de dados e a ampliação dos direitos do consumidor: direito à revisão das decisões automatizadas**

A Lei Geral de Proteção de Dados traz em seu conteúdo normativo novas prerrogativas de proteção aos direitos dos consumidores brasileiros. As decisões automatizadas estão cada vez mais presentes no dia a dia do cidadão brasileiro, seja na melhor rota para fugir do trânsito, na seleção de candidatos para uma vaga de trabalho ou então para a aprovação de um empréstimo no banco.

No entanto, não havia antes do advento da Lei Geral de Proteção de Dados, uma legislação que impusesse limites ao uso das

decisões automatizadas, o que é de extrema relevância para a sociedades, posto que diante da relativa transparência desses mecanismos, não havia um sistema que possibilitasse a identificação de práticas abusivas, discriminatórias e monopolísticas. Visando mitigar esses efeitos, a legislação nacional de proteção de dados prevê dispositivos legais que buscam assegurar a transparência, o direito a explicação e ainda o direito a não estar sujeito a decisões automatizadas (MONTEIRO, 2018, p. 1).

Em relação a concessão de empréstimos bancários para a compra de imóveis, Monteiro dá um exemplo muito bom acerca das decisões automatizadas no sistema financeiro:

Um indivíduo chega a um banco. Ele pretende dar entrada em um pedido de financiamento do seu primeiro apartamento. Se dirige ao gerente, que o recebe, pede o seu CPF, e o insere em um sistema da instituição. Ao assim fazer, os demais campos do formulário eletrônico são imediatamente preenchidos. O gerente solicita, ainda, informações sobre o valor do imóvel, quanto o indivíduo pretende dar de entrada, quanto pretende financiar, e em quanto tempo. Imediatamente o sistema calcula uma taxa de juros muito superior àquela anunciada pela instituição nos inúmeros outdoors e propagandas espalhadas pela cidade. O valor é tão alto que torna impossível contratar tal financiamento, impedindo, desta forma, que o indivíduo possa adquirir o imóvel. Ele pergunta ao gerente por que a taxa de juros do seu financiamento seria tão alta, já que não tem dívidas, sempre pagou suas contas em dia, e recebe um salário que claramente o permite pagar uma parcela normal de um financiamento. O gerente apenas informa que o sistema faz o cálculo e exibe na sua tela e que não tem qualquer ingerência sobre os valores das taxas de juros e das parcelas mensais. Quem faz e controla tudo é um programa de computador (MONTEIRO, 2018, p. 2).

Em outras palavras, o aconteceu foi que um programa de computador, alimentado por dados sobre o indivíduo e sobre o imóvel que ele desejava adquirir, foi quem definiu as chances da pessoa de adquirir ou não um bem imóvel, e de usufruir de forma

efetiva do seu direito à moradia (MONTEIRO, 2018, p. 2). Essa pode parecer mais uma ação de rotina em uma instituição financeira, mas a realidade é que o peso dessa decisão é muito grande, pois um algoritmo está definindo o resultado da concessão ou não do empréstimo, e isso incidirá em um impacto direto na vida do cidadão.

Assim como no exemplo acima, cada vez mais, nossas vidas estão sendo controladas por algoritmos. Monteiro, afirma que esses sistemas trabalham com:

Sequências pré-definidas de comandos automatizados que, com base em dados pessoais e não pessoais, chegam a conclusões que podem sujeitar alguém a uma determinada ação, a qual pode ou não ter impacto significativo na sua vida. Em sistemas mais complexos, como os que se valem de aprendizado de máquina, essas sequências pré-definidas podem ser alteradas de acordo com as variáveis usadas como substrato, e também pelas conclusões intermediárias. Essa natureza adaptativa tem se tornado mais comum, graças a complexos sistemas de inteligência artificial e aprendizado de máquina capazes de influenciar as conclusões intermediárias – a ponto de não ser mais possível prever os resultados finais ou entender sua lógica subjacente. Essa opacidade impede que as pessoas entendam e verifiquem se seus dados pessoais são tratados de forma legítima, adequada e proporcional (MONTEIRO, 2018, p. 2).

Diante disso, o principal objetivo das leis de proteção de dados vem sendo regular o tratamento de dados pessoais. De modo a proteger o direito a privacidade, os direitos fundamentais e as liberdades individuais, que somente serão efetivados em sua completude, caso seja garantido o uso adequado de dados pessoais (MONTEIRO, 2018, p. 2).

A Lei Geral de Proteção de Dados, Lei nº 13.709/18, prevê o direito a explicação, assim o titular de dados tem o direito de receber informações suficientes e inteligíveis que permitam entender a lógica e o critério utilizado para tratar seus dados pessoais para um ou mais finalidades. Uma outra prerrogativa muito importante

prevista na lei, diz respeito ao direito à revisão de decisões automatizadas, que permite ao titular dos dados requisitar a revisão da decisão automatizada, a um humano. Assim, um profissional da instituição deverá revisar a decisão dada automaticamente pelo sistema. Essa nova possibilidade de revisão elencada na lei, é de grande valia, pois a decisão pode gerar impactos nos interesses pessoais, profissionais, de saúde, de consumo, de crédito e sob aspectos da personalidade do indivíduo, titular dos dados pessoais (MONTEIRO, 2018, p. 4).

Um dos setores da economia “que mais se vale do uso e tratamento de dados pessoais, principalmente para viabilizar decisões automatizadas para ofertar seus serviços, é o de consumo. Este setor é caracterizado pela necessidade de se entender o consumidor e, inclusive, influenciar seus hábitos” (MONTEIRO, 2018, p. 6). Entretanto, é necessário destacar que o consumidor se encontra em posição vulnerável em sua relação com as empresas, por isso, deve ser protegido. Entre as medidas de proteção conferidas ao consumidor, deve-se incluir o fornecimento de informações adequadas, para que este possa exercer seus direitos e evitar práticas abusivas e discriminatórias (MONTEIRO, 2018, p. 6).

O Código de Defesa do Consumidor, prevê o dever de informar o consumidor de maneira clara e objetiva, a respeito da relação contratual, inclusive no período de pré negociações, além disso, ele prevê o direito a máxima transparência dos arquivos de consumo, baseado no princípio da boa-fé objetiva (MONTEIRO, 2018, p. 6).

A legislação consumerista, traz expressamente na lei o direito de acesso do consumidor, nesses cadastros e bancos de dados, a informações a seu respeito e às respectivas fontes. Além disso, há o dever de clareza dos arquivos, o direito de retificação de informações incorretas e direito de o consumidor ser notificado sobre a coleta e o uso de seus dados (MONTEIRO, 2018, p. 7).

À vista disso, quando houver decisão automatizada no contexto de uma relação de consumo, como a concessão ou não de

um financiamento, por exemplo, o consumidor tem o direito de acessar os seus dados que basearam a tomada da decisão, para compreender como um algoritmo deu origem aquele resultado.

Esta lógica também foi empregada pela Lei do Cadastro Positivo, Lei 12.414/11, que estabelece normas voltadas à “disciplina e consulta a bancos de dados com informações de adimplemento, de pessoas naturais ou de pessoas jurídicas, para a formação de histórico de crédito”.<sup>8</sup> Essa lei possui como principais objetivos a redução da assimetria de informações e possibilidade de coleta de dados de adimplência após o consentimento prévio do consumidor, a referente legislação emprega um mecanismo que objetiva a possibilidade de redução de taxas de juros e uma consequente ampliação das relações comerciais, através da análise das informações em seu banco de dados (MONTEIRO, 2018, p. 7).

Nesse contexto, é relevante destacar alguns direitos previstos no artigo 5º da denominada Lei do Cadastro Positivo:

Art. 5º. São direitos do cadastrado: (...)

IV - conhecer os principais elementos e critérios considerados para a análise de risco, resguardado o segredo empresarial;

V - ser informado previamente sobre o armazenamento, a identidade do gestor do banco de dados, o objetivo do tratamento dos dados pessoais e os destinatários dos dados em caso de compartilhamento;

VI - solicitar ao consultante a revisão de decisão realizada exclusivamente por meios automatizados; e

VII - ter os seus dados pessoais utilizados somente de acordo com a finalidade para a qual eles foram coletados.

Essas prerrogativas acima elencadas são decorrentes do direito à transparência e não-discriminação e formam a base estrutural do direito à explicação de decisões automatizadas nas relações de consumo. Com isso, surge o dever de esclarecimento ao consumidor “sobre as fontes de dados utilizadas e as informações pessoais

---

<sup>8</sup> BRASIL, Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011. Artigo 1º.

consideradas para o cálculo do risco de inadimplência na concessão ou não de crédito” (MONTEIRO, 2018, p. 7). Além disso, a lei prevê uma relativa limitação acerca “dos tipos de dados que podem ser utilizados para cálculo do risco de crédito, vedando o uso de dados não relacionados com a análise do risco de crédito do consumidor, assim como dados pessoais sensíveis” (MONTEIRO, 2018, p. 7).

As normas previstas na Lei do Cadastro Positivo e no Código de Defesa do Consumidor, formam um microsistema de proteção de dados que regulamentam o direito a explicação e à revisão das decisões automatizadas no âmbito das relações de consumo, apenas quando elas envolvem a concessão de crédito e o cálculo de risco de inadimplência. Assim, essa proteção legal é insuficiente (MONTEIRO, 2018, p. 9).

Considerando a importância de uma norma capaz de expandir esses direitos para contextos mais variados, no âmbito *online* e *offline*, envolvendo o uso de dados pessoais, é que foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, afim de trazer um sistema geral de proteção nacional, que abrange o tratamento de dados independentemente do contexto, do setor e do mercado. A lei complementa, harmoniza e unifica um sistema com mais de quarenta normas setoriais que regulamentam, direta ou indiretamente a privacidade e proteção de dados no Brasil (MONTEIRO, 2018, p. 9).

A lei prevê dez princípios gerais de proteção de dados pessoais, garantindo aos titulares dos dados o direito à transparência, isto é, o direito de obter “informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento”<sup>9</sup>, prerrogativa que se complementa com o direito de acesso aos dados<sup>10</sup>. A Lei Geral de Proteção de Dados garante o direito de o titular de dados pessoais, solicitar a revisão por um ser humano, de decisões tomadas com

---

<sup>9</sup> BRASIL, Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 6°, inciso IV.

<sup>10</sup> BRASIL, Lei n° 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 19.

base unicamente no tratamento automatizado de dados, com o intuito de evitar o uso discriminatório desse mecanismo. Porém, é importante ressaltar que só poderão ser objeto de revisão as decisões que afetem os interesses do titular dos dados pessoais, bem como as decisões destinadas a definir o seu perfil pessoal, profissional, de consumo e de crédito ou os aspectos de sua personalidade.<sup>11</sup>

Conforme o texto da Medida Provisória 869/18 aprovado, o parágrafo 3º do artigo 20 da Lei Geral de Proteção de Dados prevê que, a revisão das decisões automatizadas, deverão ser realizadas por pessoa natural, observado a regulamentação da autoridade nacional acerca do tema. Além disso, deverá ser considerada a natureza e o porte da entidade ou o volume de operações de tratamento.

Em síntese, a Lei Geral de Proteção de Dados garante aos indivíduos o direito de saber que tipos de dados pessoais seus são utilizados para alimentar algoritmos responsáveis por decisões automatizadas, de conhecer os critérios utilizados para tomar a decisão automatizada e de solicitar a revisão da decisão por um ser humano quando esta afetar os interesses dos titulares dos dados pessoais. Lembrando que esses direitos podem ser usufruídos em qualquer tipo de tratamento de dados pessoais, independente do setor ou mercado (MONTEIRO, 2018, p. 11).

Essa mudança trazida pela Lei 13.709/18, confere ao titular dos dados pessoais ferramentas importantes para coibir abusos e práticas discriminatórias no uso dos seus dados pessoais e dados sensíveis. O que tende a contribuir diretamente para uma mudança na forma como os produtos, os serviços e os processos são desenvolvidos, considerando às regras acerca das obrigações de informação e explicação atribuídas aos agentes de tratamento (MONTEIRO, 2018, p. 11).

---

<sup>11</sup> BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Artigo 20.

## 5. Conclusão

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira, foi criada com o intuito de o ordenamento jurídico brasileiro se adequar as novas regras empregadas atualmente no mercado internacional, a legislação brasileira é um nítido reflexo da *General Data Protection Regulation* (GDPR), lei de proteção de dados europeia. Lei nº 13.709/18, veio para trazer mudanças a diversos paradigmas presentes na sociedade brasileira, seus objetivos principais são proteger a privacidade do cidadão, dar mais autonomia ao titular de dados pessoais, fomentar o desenvolvimento econômico e tecnológico, garantir direitos fundamentais inerentes aos indivíduos e gerar maior segurança jurídica as relações de negócio, para o consumidor e para as empresas.

A lei elencou alguns princípios basilares à política de proteção de dados pessoais, esses princípios se pautam nas prerrogativas asseguradas pelo texto constitucional, como a dignidade da pessoa humana, o respeito a privacidade, a proteção da intimidade, a liberdade da pessoa e o direito a segurança jurídica. Um elemento principal da lei é o consentimento do titular de dados, isto é, o prévio aval do titular dos dados para que então seja possível o tratamento dos dados pessoais. Esse direito está correlacionado a autodeterminação informativa, a prerrogativa que o cidadão possui de ter controle sobre os próprios dados.

Uma das garantias a esse respeito é o direito do consumidor de ser comunicado de que os seus dados pessoais estão sendo tratados. Essa comunicação da empresa, deve ser feita antes que o dado seja efetivamente utilizado, para possibilitar ao consumidor o exercício dos seus direitos legais, além disso, já foi reconhecido em sede de jurisprudência a possibilidade de indenização por dano material e moral no caso da ausência ou intempestividade dessa comunicação (DONEDA; VIOLA, 2010, p. 94).

O consentimento está relacionado ao direito de autodeterminação informativa do indivíduo, um direito

fundamental do cidadão, de poder decidir acerca da divulgação e da utilização de seus dados pessoais. A sociedade atual encontra-se baseada na utilização de informações pessoais, os dados se tornaram objetos essenciais nas relações de mercado, ressaltando a relevância de o indivíduo ter controle sobre as informações disponíveis em bancos de dados, posto que esse é um poder inerente ao livre desenvolvimento da personalidade.

A Lei Geral de Proteção de Dados, foi criada com o objetivo de conferir as pessoas maior autoridade sobre os seus dados e fomentar um ambiente de desenvolvimento econômico e tecnológico, mediante o emprego de novas regras acerca do tratamento de dados pessoais. Dentro desse novo modelo de mercado encontram-se também as relações negociais que se utilizam de algoritmos que empregam dados pessoais para a tomada de decisões automatizadas.

A legislação brasileira sobre proteção de dados, tem por intuito trazer equilíbrio econômico e social, garantindo a continuidade de decisões automatizadas, diante do respeito aos novos limites normativos. Todavia, para coibir e evitar a violação de liberdades individuais e direitos fundamentais, é necessário entender como as decisões automatizadas são geradas, para então ser possível contestá-las, afim de evitar processos automatizados inadequados ou para fins ilícitos.

O Brasil possui diversas legislações que dispõem de conteúdo normativo acerca de direitos e deveres no emprego de mecanismo de decisões automatizadas, no entanto as legislações setoriais possuíam limitações que ensejavam na ausência de proteção dos direitos do consumidor, diante disso foi promulgada a Lei Geral de Proteção de Dados, com o intuito de complementar, harmonizar e expandir o âmbito do direito de proteção de dados inerente ao indivíduo.

A Medida Provisória 869/18 aprovada no dia 29 de maio de 2019, trouxe uma importante mudança ao ordenamento jurídico brasileiro, ao prever a possibilidade de revisão das decisões automatizadas, por uma pessoa natural, essa uma previsão legislativa tende a gerar grandes mudanças na forma de operação das empresas.

Todavia, caberá a Autoridade Nacional de Proteção Dados, juntamente com o Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, a doutrina e a jurisprudência brasileira, definir quais serão os limites das informações poderão ser repassadas para o titular dos dados e quais deverão permanecer sob sigilo.

## 6. Referências

ASSEMBLEIA GERAL DA ONU. Resolução 217 A (III). Paris, 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos.

BORGES, Rodolfo. **Do CPF na farmácia às redes: como nova lei protegerá seus dados pessoais**. Disponível em: <[https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/11/politica/1531325313\\_478217.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/07/11/politica/1531325313_478217.html)> Acesso em: 19 jun. 2019

BRASIL, Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018.

BRASIL, Lei nº 12.414, de 09 de junho de 2011.

CAMARA, Denny Eduard Gonsales, et. al. **Lei Geral de Proteção de Dados e GDPR: histórico, análise e impactos**. Disponível em: <<https://baptistaluz.com.br/institucional/manual-normativo-lei-geral-de-protecao-de-dados-e-gdpr/>> Acesso em: 17 jun. 2019

DONEDA, Danilo. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Espaço Jurídico**. Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011. Disponível em: <<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315/658>> Acesso em: 18 jun. 2019

\_\_\_\_\_. **A proteção de dados pessoais nas relações de consumo**: para além da informação creditícia. Escola Nacional de Defesa do Consumidor. Brasília: SDE/ DPDC, 2010.

\_\_\_\_\_. **Da privacidade à proteção de dados pessoais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_; VIOLA, Mario. **Risco e Informação Pessoal**: o Princípio da Finalidade e a Proteção de Dados no Ordenamento Brasileiro. Revista Brasileira Risco e Seguro, Rio de Janeiro, v. 5, n. 10, p. 85-102, out. 2009/mar. 2010, 94. Disponível em: < <http://www.rbrs.com.br/arquivos/RBRS10-4%20Danilo%20Doneda.pdf>> Acesso em: 18 jun. 2019

- FIESP. **Cartilha de proteção de dados.** Disponível em: <<https://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/lei-geral-de-protecao/>> Acesso em: 18 jun. 2019
- FRAZÃO, Ana. **A nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.** Principais repercussões para a atividade empresarial: demais direitos previstos no art. 18 da LGPD. Disponível em: < [http://anafracao.com.br/files/publicacoes/2018-11-28-A nova Lei Geral de Protecao de Dados Pessoais Principais repercussoes para a atividade empresarial demais direitos previstos n o art 18 da LGPD Parte XIV.pdf](http://anafracao.com.br/files/publicacoes/2018-11-28-A%20nova%20Lei%20Geral%20de%20Protecao%20de%20Dados%20Pessoais%20Principais%20repercussoes%20para%20a%20atividade%20empresarial%20demais%20direitos%20previstos%20n%20o%20art%2018%20da%20LGPD%20Parte%20XIV.pdf)> Acesso em: 21 jun. 2019
- GONÇALVES, Maria Eduarda. **Direito da informação:** novos direitos e formas de regulação na sociedade da informação. Coimbra: Livraria Almedina, 2003.
- KLEE, Antonia Espíndola Longoni. A regulamentação do uso da internet no Brasil pela Lei nº 12.965/2014 e a proteção dos dados e dos registros pessoais. **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 41, n. 2, p. 126-153, jul.-dez. 2015, p. 129. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/view/21427/13322>> Acesso em: 18 jun. 2019
- LEMES, Leonardo. **Atenção aos princípios gerais do *Privacy by design*.** Disponível em: <<https://cio.com.br/atencao-aos-principios-gerais-do-privacy-by-design/>> Acesso em: 21 jun. 2019
- LIMBERGER, Têmis. **O direito à intimidade na era da informática:** a necessidade de proteção dos dados pessoais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- LOBO, Ana Paula. **Dados pessoais:** Google recebe punição máxima de 50 milhões de Euros na França. Disponível em: <<https://www.convergenciadigital.com.br/cgi/cgilua.exe/sys/start.htm?UserActiveTemplate=site&infoid=49909&sid=4>> Acesso em: 18 jun. 2019
- MEDEIROS, Luiz Fernando Gama de. **Proteção de dados pode virar um direito constitucional.** Disponível em: <<https://gamamedeiros.com.br/protecao-de-dados-e-a-pec-17/>> Acesso em: 15 jun. 2019
- MENDES, Laura Schertel. 158 f. **Transparência e privacidade:** violação e proteção da informação pessoal da sociedade de consumo. Monografia apresentada no Programa de Mestrado em Direito. Universidade de Brasília – UNIB, Brasília, 2008.

\_\_\_\_\_. **Privacidade, proteção de dados e defesa do consumidor:** linhas gerais de um novo direito fundamental. São Paulo: Saraiva, 2014.

MONTEIRO, Renato Leite. **Existe um direito a explicação na Lei Geral de Proteção de Dados do Brasil?** Instituto Igarapé. Artigo estratégico 39. Dezembro, 2018, p. 1. Disponível em: <<https://igarape.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Existe-um-direito-a-explicacao-na-Lei-Geral-de-Protexcao-de-Dados-no-Brasil.pdf>> Acesso em: 17 jun. 2019

MPMG, Ministério Público do Estado de Minas Gerais. **Drogaria Araújo deverá pagar multa de R\$ 7 milhões por capturar CPF dos consumidores.** Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/comunicacao/noticias/drogaria-araujo-devera-pagar-multa-de-r-7-milhoes-por-capturar-cpf-dos-consumidores.htm>> Acesso em: 19 jun. 2019

PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos em la sociedad tecnológica.* Madri: Editorial Universitas, 2012.

RAMINELLI, Francieli Puntel; RODEGHERI, Letícia Bodanese. A proteção de dados pessoais na internet no Brasil: análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. **Cadernos do Programa de Pós-Graduação Direito UFRGS**, v. 11, n. 2, 2016, p. 95. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/ppgdir>> Acesso em: 17 jun. 2019

ROCHA, Gustavo. **Seria só o consentimento suficiente na LGPD?** Disponível em: <<https://administradores.com.br/artigos/seria-so-o-consentimento-suficiente-na-lgpd>> Acesso em: 21 jun. 2019

SILVA, Rosane Leal da; KURTZ, Lahis Pasquali. Governo eletrônico, cidadania virtual e proteção de dados pessoais: desafios ao Estado brasileiro. **Anais do VIII Seminário Internacional de Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea e IV Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos.** Santa Cruz do Sul, 2011.

VENTURA, Ivan. **75% dos brasileiros nunca ouviram falar da lei geral de proteção de dados pessoais.** Disponível em: <<https://www.consumidormoderno.com.br/2019/06/03/brasileiros-nunca-lei-protexcao-dados/>> Acesso em: 19 jun. 2019

## A solução dos casos difíceis no direito de família conforme o método interpretativo de Dworkin

*Yazmin Matienzo dos Santos*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

Preliminarmente é importante entender o pensamento filosófico de Dworkin. Ele sustenta em suas obras que a corrente abordagem profissional da teoria do direito, caracterizada pela análise legal, jurisprudencial e factual não aborda as questões de princípio, que são as genuinamente importantes, e que foram ignoradas pela teoria do direito inglesa. Acredita que a teoria do direito estadunidense se dedicou em grande parte a um tema ignorado por aquela teoria ortodoxa, qual seja, como os tribunais decidem os casos difíceis ou controversos.

O que seriam então os “casos difíceis”? É uma expressão utilizada “para definir casos nos quais se verifica uma lacuna ou obscuridade na aplicação da lei ao caso concreto, e por isso, não existe um raciocínio lógico-dedutivo simples a partir de uma regra jurídica existente para a solução da controvérsia”. (ARNAUD, 1999)

---

<sup>1</sup> Mestranda, em Direitos Fundamentais e Democracia no Centro Universitário Integrado do Brasil. Advogada. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (2016), especialização em Especialidade em Direito Contemporâneo, com ênfase em Direito Público e na pela Universidade Positivo (2017) e ensino-médio-segundo-grau pelo Colégio Militar de Curitiba(2010). Tem experiência na área de Direito. Atuando principalmente nos seguintes temas: Guarda Compartilhada, Melhor interesse da criança, Alienação parental, Direitos Fundamentais, Convivência e Afetividade.

Para Dworkin (2010, p.127), um caso considerado difícil não é necessariamente aquele que está enquadrado em lacunas no direito legal, porque existem casos de complexidade maior, que são regulados por alguma lei, porém a moral de sua resolução pode ser inadequada.

Sendo assim, para o autor, os casos determinados difíceis têm que ser analisados de acordo com seu enfoque, não sendo possível classifica-los apenas com a falta do direito propriamente dito. Há diversos casos em que tem uma legislação que trata sobre o assunto, mas que na prática pode ser considerado socialmente imoral. Assim, será detalhado no presente artigo a forma com que o autor verifica a possibilidade de vislumbrar determinados casos e soluciona-los.

Entendendo a premissa de Dworkin, passa-se por analisar no contexto do Direito familiar. Compreende-se por família um núcleo coletivo, conjunto de pessoas que possuem grau de parentesco, ponto de referência central de um indivíduo perante a sociedade. É uma organização responsável por influenciar na educação e formação dos membros em um meio social, permitindo a idealização de um refugio seguro ao qual deve existir harmonia, afeto e apoio para resolução dos conflitos inerentes a existência. (DIAS, 2005)

Mas a família está em constantes mudanças, seja no evento do casamento, união estável, nascimento de novos integrantes, adoção, óbito, distanciamento ou ainda pode ocorrer um rompimento entre os integrantes desta comunhão através da separação conjugal, sendo uma rescisão legal ou afetiva de vínculo matrimonial.

Quando a separação marital ocorre é comum que a razão motivadora seja decorrente de conflitos entre o casal, situação de adultério, desentendimentos, ofensas verbais ou físicas, afastamento, falta de afinidade e afeto, etc. Estes fatores tornam muitas situações em casos difíceis de serem julgados. (DIAS, 2005)

O presente trabalho tem a intenção de apresentar uma das possíveis soluções para a análise dos casos complicados de serem resolvidos na justiça no âmbito familiar.

Para tal será utilizado o método interpretativo concomitante com a análise de livros, artigos, revistas jurídicas, doutrinas e jurisprudências com abordagem neste tema, por meio de uma argumentação teórica e jurídica busca-se demonstrar a resolução adequada de conflitos no seio familiar.

## **2. A reflexão e a complexidade dos casos difíceis**

Em suas obras Dworkin destaca a importância dos princípios para a assimilar os casos práticos que devem ser julgados. Não acredita que seja suficiente a doutrina e a legislação, considerando que algumas situações não se enquadram em nenhuma dessas duas, mas deve ter também sua apreciação e parecer. Há alguns exemplos ao qual magistrados se viram diante de impasses jurídicos e a sociedade clamou por uma solução jurisdicional.

O autor critica as teorias inglesas apenas políticas quando se tem como parâmetro a justiça estado unidense que trata as questões jurídicas e constitucionais. Temos de outro lado os realistas que acreditam que os juízes tomam as suas decisões baseadas apenas nas suas próprias convicções políticas e morais, trazendo coma solução regras jurídicas engessadas para racionalizar. Os juristas devem ter uma abordagem científica, analisando os fatos para ter habilidades de elaborar resoluções táticas para que se tenha como efeito a mudança social. (DWORKIN, 2010)

Mas os realistas acabaram por distorcer os problemas da teoria do direito, induzindo a eliminação das questões relacionadas aos princípios morais que formam o núcleo da mesma. Acreditavam que quando um juiz decidia sobre um caso considerado difícil ele estava criando novas regras diante do poder que este detém. Para justificar uma decisão seria suficiente o magistrado apenas explicar a sua motivação? Ou teria que enquadrá-la em regras pré-existentes, senão não teria a sua devida validade jurídica? (DWORKIN, 2010)

De acordo com Dworkin, essas refutações são importantes para que se verifique o poder da autoridade judicial, até mesmo contestar determinada decisão se ela estiver fora dos parâmetros do direito positivo. O que o autor aponta é a justificação suplementar que determinados casos exigem e como a justiça deve atuar nessas situações. (DWORKIN, 2010)

Para tanto é importante entender o que são casos considerados difíceis. Em um primeiro momento a doutrina em sua grande maioria acredita que estes são casos em que a doutrina, jurisprudência e leis são omissas ou parcialmente lacunosas. Sendo assim, o juiz se vê diante de tais casos e deve decidir para que determinada ocorrência tenha o amparo jurisdicional. Ocorre que para Dworkin não são apenas esses fatos que possuem falhas no ordenamento positivo, mas aqueles que ainda que sejam regulamentados contrapõe com a moral de determinado grupo social.

Dworkin traz o seguinte caso para ilustrar o que desenvolve:

Riggs x Palmer, que versou sobre a possibilidade de um herdeiro, ao qual havia assassinado o testador, receber o que lhe fora descrito no testamento.

O jovem Elmer E. Palmer, com então 16 anos, figurava no testamento de seu avô, o Sr. Riggs, como o principal beneficiário da herança do mesmo, porém, o Sr. Riggs havia a pouco tempo iniciado relacionamento com uma mulher, o que muito preocupava Palmer, que imaginava que devido à influência da atual companheira, o velho Riggs poderia alterar seu testamento, retirando a figura de Palmer do mesmo. Desta forma, Palmer, no ano de 1882 assassinou o avô por envenenamento.

A controvérsia criou-se, no que toca ao fato de Palmer ter direito ou não ao recebimento da herança deixada via testamento pelo seu avô. Os juízes da alta corte de Nova York concordaram que Palmer deveria receber a herança vez que em total sincronia com o direito vigente.

Inconformados, os demais herdeiros de Riggs impetraram recurso junto a Corte de Apelações de Nova York, que decidiu o caso na

data de 08 de outubro de 1889, dando parecer favorável aos herdeiros de Riggs, excluindo assim, Palmer do recebimento da herança.

Esta decisão da corte é extremamente emblemática no que toca a teoria de Dworkin do uso dos princípios para julgar um hard case. Dois juízes apresentaram teses para julgar o caso de duas maneiras diversas: uma dando ganho a Palmer e incluindo o mesmo no rol dos herdeiros, e outra, dando ganho aos demais herdeiros e consequentemente excluindo Palmer do recebimento da herança. (BELTRAMI, 2011)

Como pode ser visto no caso acima, se for seguir o direito vigente deve se passar a herança para o testamentário independente de qualquer situação. Sendo assim, não há qualquer lacuna jurídica para resolver o caso e como que ainda assim não agradou os demais herdeiros e os cidadãos que acompanhavam o caso? Pelo simples fato de que não seria moralmente aceito que as pessoas matem os seus herdeiros com o incentivo financeiro da herança. Os demais familiares sofreram com a morte de seu ente próximo que teve seu falecimento pela sua pessoa mais íntima e além de tudo ficaria com todo o crédito por ter cometido um assassinato?

Considerando esse caso, os juízes não conseguiram chegar em um consenso, onde tiveram duas correntes na decisão, por esse motivo este foi classificado por Dworkin como um caso difícil.

Entende-se então que ainda que haja regulamentação este caso não pode ser considerado de fácil resolução e por esse motivo o autor se propõe a estudar a situação para que entender essa problemática.

Então o autor traz duas possibilidades a serem seguidas, a primeira é considerar que o direito é feito de princípios e regras no momento que o juiz for aplicar determinado direito devem ser consideradas as duas. E a segunda orientação determina que os princípios não são obrigatórios e que utilizá-los seria aplicar além do direito. Se os princípios não são considerados componente do direito, então se torna um ato discricionário do juiz utilizar em casos que não há regra ou que a mesma não é clara. (DWORKIN, 2010)

Desta forma, segundo o autor, para entendermos os princípios compõe o direito, os juristas erram em não aplicá-los nos casos concretos porque se tornam um padrão jurídico obrigatório e por outro lado se não forem considerados padrões o juiz se excede em seu poder discricionário como um novo item da legislação. (DWORKIN, 2010)

O autor trabalha com uma figura de um juiz que age de forma ideal e para este o “direito real contemporâneo consiste nos princípios que proporcionam a melhor justificativa disponível para as doutrinas e dispositivos do direito como um todo”. (DWORKIN, 2007)

Ainda, há uma dificuldade de alcançar a ideia mais pura do direito, mas é possível que a ideia do direito seja vista de uma forma mais coerente e não de forma absolutamente íntegra ou puro. Quando tratamos de que um juiz deve seguir e aplicar as decisões de outros, ainda que possam ser consideradas erradas, é tratado como algo normal e válido. Os precedentes variam de jurisdição para jurisdição, ocorre que os tribunais superiores ficam isentos tendo apenas a supremacia legislativa como freio de suas decisões. Portanto, Hercules não pode apenas ignorar a supremacia legislativa e seus precedentes, porque então estaria violando a integridade do sistema, trazendo uma enorme insegurança jurídica, porque todas as formas interpretativas devem reconhecer as limitações institucionais e doutrinárias. (DWORKIN, 2007)

Constata-se, então, que para Dworkin (2007, p.488-489) o direito é um conceito interpretativo e as teorias gerais do direito são as interpretações gerais da própria prática judicial. Vemos então esta passagem:

Rejeitamos o convencionalismo, que considera a melhor interpretação a de que os juízes descobrem e aplicam convenções legais especiais, e o pragmatismo, que a encontra na história dos juízes vistos como arquitetos de um futuro melhor, livre da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir corretamente uns com os outros.(...) Faz com que o conteúdo do direito não

dependa de convenções especiais ou de cruzadas independentes, mas de interpretações mais refinadas e concretas da mesma prática jurídica que começou a interpretar.

Portanto, as interpretações consideradas mais concretas devem ser caracterizadas por serem jurídicas respeitando os princípios, como o da integridade inclusiva na prestação jurisdicional. Para examinar casos difíceis o direito não deve se restringir nem em regras e nem em princípios ou nas autoridades máximas de determinada sociedade, mas usar da interpretação de forma tratar os cidadãos comprometidos com seu papel social em cada situação inusitada. (DWORKIN, 2007)

### **3. A aplicação da forma interpretativa de Dworkin no direito de família**

Em constante evolução o direito de família passou a reconhecer, além do casamento, outra entidade conjugal que é a “união estável” no Livro de Família do Código Civil de 2002. Por conseguinte, passou-se a sistematizar a estrutura matrimonial com a inclusão de institutos novos para se caracterizar como entidade familiar. Na contemporaneidade com legislação e jurisprudência temos a família tradicional, homoafetiva, monoparental, entre outras.

Havia muita dificuldade para definir essas novas associações familiares e delinear a suas caracterizações, bem como o seu rompimento.

De acordo com o entendimento da Maria Berenice Dias (2005, p.229), verificamos que:

O casamento foi, é e parece que continuará sendo, na cultura ocidental. O mais forte paradigma de constituição de família. Em razão disso, tudo que se regulamenta sobre união estável tem o casamento como referência. Os deveres pessoais entre os companheiros, como lealdade, respeito e assistência, são os mesmos estabelecidos para os cônjuges, à exceção da coabitação.

Por mais que a união estável seja o espaço do “não-instituído”, a medida que é regulamentada, vai ganhando contornos de casamento.

O fim do relacionamento conjugal pode ter sua classificação de acordo com qual era o instituto matrimonial. Se os consortes eram efetivamente casados em registro cível, caracteriza-se da sua ruptura o divórcio. Se o casal possuía um vínculo de convívio estável, notório, contínuo, duradouro e estabelecido com a intenção de constituir família, ou seja, união estável há uma dissolução. Por fim, o casal não caracterizou um instituto conjugal, mas existia uma relação de afetividade e em algum momento se desfez concluindo uma dissociação.

Qualquer um destes rompimentos ocorre porque um não quis mais manter a relação, por este motivo é muito comum resultar em confronto entre as duas partes, materializando o litígio. Neste momento que o juiz se depara com casos complexos de serem resolvidos, porque muitas vezes trata da vida de varias pessoas, considerando algumas delas como menor.

O divórcio ou dissolução de uma família que envolver menores impúberes ou púberes, ou se tratar de incapaz, é sempre muito complicado, há possibilidades de guardas unilaterais, compartilhadas, fixação de lar materno ou paterno, ou de forma alternada, ainda a determinação de alimentos entre os cônjuges ou os menores. Assim, vemos de forma clara que ainda que tenham diversas leis, jurisprudências e doutrinas, o juiz somente conseguira decidir determinado caso concreto com o uso do instituto interpretativo, de acordo com as leis, princípios, normas, regras e seu entendimento sobre o caso.

Ressalta-se neste oportuno que a separação dos cônjuges ou companheiros não pode resultar na separação dos pais e filhos, sendo assim, o princípio constitucional do melhor interesse da criança sempre deve prevalecer ainda que os genitores estejam em conflito.

O infante está em constante evolução da sua dignidade e respeito, e a convivência familiar no momento da dissolução conjugal deve ter a menor interferência negativa, para assegurar a sua saúde mental e física. Um trabalho de forma errada de um magistrado pode influenciar a vida inteira de um menor. (DIAS, 2005)

Conforme o entendimento do pensador Fachin (1999, p.169), os indivíduos têm a liberdade de casarem e viverem um instituto matrimonial, assim como o inverso, os mesmos têm a liberdade de não permanecerem casados, a dissolução normalmente não é um caso difícil porque basta um dos companheiros quere-la.

O divórcio e a dissolução são formalidades de passagem, posto que esta mudança brusca na família é estressante e aumenta a vulnerabilidade psicológica, causando discordâncias que afetam diretamente o ajustamento da criança. Porém se os pais se conscientizarem e apresentarem um estilo parental democrático aos quais ambos definam um envolvimento conjunto e recíproco na educação do infante diminui a sua percepção na quebra no pacto marital. (MARGRAF; SVISTUN, 2015)

Quando isso acontece a interferência da justiça é meramente homologatória, mas e quando isso não acontece de forma acordada? Como o juiz vai decidir o melhor para uma família que nunca conviveu, ou teve contato antes do referido processo, o que é melhor para ela?

Segundo Dworkin, esses casos podem ser considerados complexos e cada juiz deve investigar os fatos concretos, para conseguir ter decisões compatíveis e que seguem um padrão societário e institucional.

O âmago da questão no direito familiar é principalmente atender as prerrogativas do filho menor ou incapaz por meio do respeito ao princípio constitucional do melhor interesse e este quando não atendido a justiça pode intervir de diversas formas, das mais bruscas como a busca e apreensão de uma criança, quanto a

modificação da guarda ou até mesmo da residência fixa do mesmo. (LOBO, 2014)

Porém ainda há uma questão não firmada nas doutrinas e na jurisprudência que é a melhor solução quando um dos genitores alega que o outro está praticando alienação parental com a prole. A prática que um dos pais usa o menor como instrumento para melindrar um genitor contra o outro. Este exercício, associado às separações mal resolvidas, recebeu a intitulação de Alienação Parental, ao qual compromete o direito constitucional à convivência em decorrência de condutas de um ou dos dois pais com o objetivo de forjar um sentimento de rejeição no filho. (LOBO, 2014)

Esta costuma a aparecer no contexto das disputas de guarda, fixação de residência e visitas, na ocasião que um dos pais dificulta ou impeça a convivência do seu filho com o genitor prejudicado. (SILVA, 2011)

São exemplos da prática da Alienação Parental:

[...] a Síndrome da Alienação Parental existe, pode ser evidenciada em inúmeros casos em que a criança passa a rejeitar o pai sem motivo plausível, e para isso cria, distorce ou exagera situações cotidianas para tentar “justificar” a necessidade de afastamento do pai, inclusive reproduzindo falas de outras pessoas. A pessoa induz a criança a rejeitar imotivadamente o outro pai, inclusive mediante relatos inverídicos de molestações sexual, apresenta um distúrbio psicopático gravíssimo, uma sociopatia crônica, porque não tem nenhum sentimento de respeito e consideração pelo outro, importando-se apenas com seus próprios interesses egoísticos e narcísicos. Acusam o outro pai de agressão à criança [...] (SILVA, 2011)

Acontece que um dos pais pode alegar estar vivendo a infelicidade de uma alienação parental sem ao menos o outro genitor ter qualquer atitude que a caracterize. Como um magistrado irá decidir nesses casos sem saber qual dos pais está realmente falando a verdade ou não. São as provas trazidas nos autos pelas partes, estudos psicossociais, interrogar testemunhas, ouvir os

outros familiares, mas para isso o mesmo deve estar interessado em solucionar a situação da forma mais pura e ideal possível.

Não basta verificar a legislação, porque a mesma é clara, ainda não é suficiente ver os antigos alegados sobre o caso, ou até mesmo a doutrina que discute tais fatos. É preciso um estudo do caso e a sua fidedigna investigação.

A partir deste estudo do caso concreto o juiz se depara com algumas ferramentas para serem utilizadas na resolução daquele conflito, primeiramente a supremacia das leis e principalmente a constituição, em seguida verificar as jurisprudências as quais outros juízes de depararam com a mesma situação ou semelhantes, a doutrina que juristas escrevem sobre determinados fatos e ainda, de acordo com o autor, os princípios que circundam o direito.

Porém, o autor traz certa limitação do poder interpretativo do magistrado, senão vemos:

O Positivismo destaca, em sua essência, a pirâmide hierárquica do ordenamento jurídico iluminada pela Teoria Pura do Direito. A interpretação neste paradigma é limitada à descrição do Direito dentro de uma moldura, onde há diversas leituras possíveis. Neste norte a interpretação não pode ser contrária à norma. Mesmo que sejam dados meios de interpretação estes exaltam as formas deixando para segundo plano a realidade social e seus conflitos. A contribuição da obra de Ronald Dworkin reside nas críticas ao positivismo e sua nova forma de considerar o papel da interpretação. Em sua visão a interpretação deve contribuir para a evolução do Direito, completando a norma para dar-lhe uma aplicação o mais justa possível. (ANDRADE, 2007)

Observando o apontamento anterior vemos que as principais soluções para casos difíceis estão na interpretação do direito de forma a obter uma decisão mais justa. Ainda, que o juiz tenha certa autonomia de interpretar os vises jurisdicionais ele tem algumas limitações como por exemplo, em um caso de reversão de guarda o magistrado não pode simplesmente determinar a guarda de um menor para um desconhecido quando os pais estão aptos para

cuidar da criança simplesmente porque acredita que há famílias que podem prover melhor sustento para a mesma.

Há uma lei que regulamente as prioridades de escolha na decisão da guarda, primeiramente verifica-se a aptidão dos pais de cumprir com os direitos de deveres na educação de seu filho, em seguida os avós e depois parentes próximos. Sendo assim, o juiz não pode simplesmente ignorar a lei e entregar a criança para desconhecidos, por este motivo o mesmo deve considerar a pirâmide hierárquica jurisdicional no momento de interpretar o caso.

Após fazer a análise do caso concreto de uma família, verificar a perícia de estudos psicossociais, averiguar as provas documentais e testemunhais, verificar as leis, o ordenamento, a constituição, os princípios como o melhor interesse da criança, o da afinidade, entre outros, o magistrado pode utilizar todos esses fatores para conseguir interpretar o caso e chegar na decisão mais justa.

Para Dworkin, não há apenas um caminho certo para ser seguido para decidir um caso difícil, existem caminhos diferentes. Há pontos ramificados de argumentação jurídica e “os pontos em que a opinião se divide da maneira proporcionada pelo direito como integridade”. Cada caminho que um juiz decide seguir ele acaba chegando em um lugar diferente de alguns outros juízes, seguindo suas próprias considerações em algum ponto considerado polêmico. Há diversas convicções morais, políticas e interpretativas que a reflexão pode acabar adotando.

Quando passamos a trazer essas ideias para o direito de família temos decisões nos casos difíceis que podem trazer um impacto muito grande entre um núcleo familiar. Quando há conflito entre os pais, muitos juízes decidem pela guarda unilateral com o intuito de afastar a criança das divergências dos genitores, partindo do entendimento errado que seria o seu melhor interesse e que se livraria das hostilidades.

Acontece que ao fazer isso o juízo não percebe que está fomentando o litígio e perpetuando o ressentimento entre os

genitores, privando um deles de se fazer mais presente na vida do menor.

Vejamos no entendimento do Waldyr Grisard Filho (2000, p.144-145):

A guarda compartilhada busca reorganizar as relações entre os pais e os filhos no interior da família desunida, conferindo àqueles maiores responsabilidades e garantindo a ambos um melhor relacionamento, que a guarda uniparental não atendia.(...) tem como o objetivo a continuidade do exercício comum da autoridade parental. Dito de outra forma, a guarda compartilhada tem como premissa a continuidade da relação da criança com os dois genitores, tal como era operada na constância do casamento, ou da união fática, conservando os laços de afetividade, direitos e obrigações recíprocos [...].

Constata-se então que a melhor escolha para o magistrado na situação narrada é a guarda compartilhada, nos casos de discórdia entre os genitores se entende que é a melhor opção. Esta tem o intuito de induzir à pacificação porque os pais, em certo momento, percebem que não tem o porquê de confrontar o outro, pois ambos têm o mesmo poder. E no oposto, a unilateral oferece mais poder a um dos pais e acaba por afasta-lo do convívio e cotidiano dos filhos. Os menores e incapazes precisam da presença do pai e da mãe para ter uma melhor saúde mental e física no seu desenvolvimento. (SILVA, 2011)

A guarda compartilhada não traz apenas direitos para os pais, mas diversos deveres que devem ser cumpridos diariamente, eles têm que estar presente nas escolhas médicas, educacionais, recreativas, entre outras. Temos então um caso em que ambos os genitores são qualificados para exercer seus direitos e deveres como guardiões, possuem residência aceitável, disponibilidade, bom convívio e tudo que o ordenamento tem como requisito. Mas, os pais moram em uma distância de mais de 1000km de distância, como um no Acre e outro no Rio Grande do Sul. Neste caso, não há lacuna jurídica, porque na própria lei de Guarda Compartilhada tem

explicitamente que a guarda deve ser fixada com o genitor que tiver melhores condições de concluir o melhor interesse da criança. (QUINTAS, 2010)

O juiz está diante de um caso que ambos os pais têm plenas capacidades de exercer a guarda sob o infante, mas tem que decidir onde fixar a residência e a guarda. Neste caso a guarda compartilhada não pode ser aplicada pelo simples fato de que é impossível a interferência de um dos pais quando se a distância é tão longínqua e a visitação ocorrera de forma eventual. Como decidir em um caso tão específico?

Dworkin classificaria esta situação em um caso difícil, como Hércules decidiria essa situação? Há três teorias que Hércules poderia usar para solucionar o caso, sendo elas: 1) Classificações suspeitas – considera que todas as pessoas devem ser tratadas como iguais, é uma ideia utilitária que discriminar um dos pais por qualquer motivo, uma decisão que coloque alguém em desvantagem em relação ao outro deve ser visto com especial desconfiança, porque nesta teoria todos são iguais; 2) Categorias Banidas – é que a Constituição reconhece um direito específico e preciso sobre determinada situação sobre um trunfo do interesse geral do Estado, considera que alguns atributos como cor, classe social ou poder econômico não podem ser utilizados para distinguir as pessoas utilizando tratamentos diferentes, porque seria incoerente; por fim, a 3) Fontes Banidas reconhece um direito especial e diferente ao qual faz com que a política correta esteja adepta aos gostos e preferências pessoais. Dita que as pessoas têm direitos de ir contra as justificativas coletivas e decidir por ela mesma. (DWORKIN, 2007)

Acontece que na prática é muito difícil juízes e juristas utilizarem da classificação das fontes banidas porque cada caso teria que ser investigado o real gosto e preferência de cada parte e decidir qual escolher para determinar uma sentença. Hércules não decidiria apenas nomeando direitos, mas assegurando-os e garantindo para aqueles que tem esses direitos. Desta forma, como decidir se ambos os pais deveriam ter a garantia deste direito? Então o juiz mais

correto passaria analisar não apenas as preferencias dos pais e seus direitos, mas todos os familiares a sua volta e o grupo social que a criança viveria para alcançar o bem-estar geral, sem ignorar o melhor interesse da criança. (DWORKIN, 2007)

Por conseguinte, para lidar com o caso narrado talvez o juiz ideal utilizasse a categoria das classificações suspeitas analisando em um bem geral, porque considerar a preferencia dos pais não seria suficiente, desde que respeitasse a pirâmide hierárquica do ordenamento e os princípios que envolvem os direitos do menor. Não conseguiria utilizar a teoria das categorias banidas porque esta é arbitrária demais para ser considerada uma interpretação genuína deste caso. (DWORKIN, 2007)

Assim, para decidir alguns casos de família deve se respeitar a integridade do direito independente da teoria que for utilizada, a supremacia legislativa e os precedentes garantem a mesma e ignorá-las em uma decisão é violar genuinamente a integridade do sistema jurídico. Por isso, é preciso respeitar as limitações institucionais e a partir disso utilizar a interpretação em casos que apresentam uma maior dificuldade de resolução. (DWORKIN, 2007)

#### **4. Considerações finais**

Com a presente pesquisa é possível avaliar os aspectos que podem ser avaliados por um juiz no momento de decidir dentro do direito de família. Quais são os principais desafios, dificuldades de avaliar cada caso, entender o que se passa nos núcleos familiares e julgar da forma mais ideal possível.

A ruptura de uma relação conjugal e a alteração na estrutura familiar muitas vezes é desgastante, mas estes conflitos refletem em alguns indivíduos na sociedade, interferindo em todas as esferas da sua vida, seja adulto, criança ou adolescente E com o surgimento das desavenças o judiciário deve interferir com o principal objetivo de minimizar os efeitos negativos que o conflito traz. (GAGLIANO, 2015)

Conclui-se que é possível utilizar a teoria dworkiana para examinar os casos familiares quando são difíceis e considerar a interpretação como uma saída quando se há um impasse jurídico.

Assim, este trabalho analisou a possibilidade de aplicar o conceito interpretativo de Dworkin, como nas situações em que há conflito entre os genitores, porque não basta a cooperação parental, é preciso que o Estado e a Justiça também auxiliem e estruturem um acompanhamento familiar para alcançar uma resolução nos conflitos e beneficiem os menores envolvidos e os núcleos familiares.

## 5. Referências

ANDRADE, Emanuela Cristina. **As Limitações da Interpretação no Positivismo e as Contribuições de Ronald Dworkin**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia. v. 2 (2007). Resumo.

ARNAUD, André-Jean (org.). **Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BELTRAMI, Fábio. Artigo: **Princípios como solução dos hard cases. Teoria Dworkiniana**. Revista Âmbito Jurídico. 2011

DIAS, Maria Berenice. **Direito de família e o novo Código Civil**. 4 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

\_\_\_\_\_. **O império do direito**. 2ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FACHIN, Luiz Edson. **Elementos críticos do direito de família: curso de direito civil**. Rio de Janeiro: Renovar. 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil, volume 6: Direito de Família – As famílias em perspectiva constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 104.

GRISARD FILHO, Waldyr. **Guarda Compartilhada: um novo modelo de responsabilidade parental.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 144 - 145.

LOBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias.** 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

MARGRAF, Alencar Frederico; SVISTUN, Meg Francieli. **Guarda compartilhada.** Revista de direito privado. São Paulo, v.16, n.61, p. 249 - 272, jan./março./ 2015.

QUINTAS, Maria Manoela Rocha de Albuquerque. **Guarda Compartilhada.** Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Denise Maria Perissini da. **Guarda compartilhada e síndrome de alienação parental: o que é isso?** 2. ed. CAMPINAS: Armazém do Ipê, 2011.



# Uma análise concreta do discurso de ódio como limite legítimo ao exercício da liberdade de expressão

*Denise Oliveira Picussa*<sup>1</sup>

## 1. Introdução

A liberdade de expressão é imprescindível como manifestação humana de liberdade. Manifestar-se por meio de discursos, gestos, arte e meios de comunicação em geral é um direito do ser humano. A liberdade de expressão, fruto de conquistas das grandes revoluções, consagra-se como direito fundamental, passando a ser essencial à manutenção, concretização e aperfeiçoamento do Estado Democrático de Direito.

O exercício de um direito fundamental como a liberdade de expressão pode, em uma democracia, ser instrumento de ataque a pessoas e grupos sociais. Considerada dessa forma, o direito à liberdade de expressão mesmo constituindo-se como um direito fundamental de primeira geração, é também um direito limitado que poderá ser restringido e regulado em ponderação com outros direitos fundamentais, principalmente, quando tende a acolher o discurso de ódio como manifestação, prejudicando os ofendidos.

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UniCuritiba. Pós-graduada lato sensu em Gestão do Direito Empresarial pela UNIFAE-Curitiba. Especialista em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, UniCuritiba. Advogada. Professora no Núcleo de Prática Jurídica na Clínica de Prática Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Contato: denisepicussa@gmail.com

O objetivo dessa pesquisa é demonstrar, especificamente, a possibilidade de se impor limites à liberdade de expressão quando esse direito é exercido incitando-se o discurso de ódio. No caso, a liberdade de expressão passa então a ser tutelada com maior restrição, e o discurso de ódio, por se tratar de manifestação do pensamento com vistas a humilhar um grupo, uma raça em particular, passa a ser repudiado como forma de garantir o exercício da cidadania e evitar a violência.

A metodologia utilizada combina uma revisão bibliográfica sobre os pressupostos teóricos da pesquisa com uma pesquisa empírica por meio da análise documental e jurisprudencial.

Em um primeiro momento, aborda-se a liberdade de expressão como direito fundamental em espécie, delimitando seu contexto histórico, significado, conteúdo e objetivo, sendo necessário compreender acerca da liberdade negativa e liberdade positiva para definir um possível limite da mesma.

Em seguida, define-se as teorias acerca dos tipos de limitações que encontramos na Constituição Federal de 1988 e aborda-se o princípio da proporcionalidade que é muito utilizado pelo Poder Judiciário nas situações de colisão de direitos em casos concretos.

Por fim, será analisado um caso concreto em que se assinala sob quais circunstâncias o discurso de ódio é considerado como elemento inibidor da liberdade de expressão, bem como essa limitação ocorre em nosso ordenamento e a que passo a colisão desses direitos vem sendo decidida pelos nossos Tribunais Pátrios.

## **2. A liberdade de expressão como direito fundamental**

Direitos fundamentais são direitos inerentes ao ser humano, como a vida, a dignidade e a igualdade, que se afirmam como direitos elementares, necessários e indispensáveis para uma existência digna.

A liberdade de expressão foi conquistada através das revoluções liberais do século XVIII, marcadas pela afirmação da

burguesia diante do absolutismo monárquico. A partir daí o direito à liberdade de expressão em espécie, passou a fazer parte das Constituições, além das convenções e tratados como direito fundamental.

Machado (2012, p. 67), ao tratar das principais experiências constitucionais em uma dimensão histórica, menciona que:

[...] o direito à liberdade de expressão assume um lugar central no processo de constitucionalização dos direitos fundamentais” e “na feitura das primeiras constituições”. Além de assumir “um papel fundamental na relação entre governantes e governados e no controle democrático do exercício do poder político”, é, portanto, um limite ao Poder do Estado.

Mais precisamente no Brasil, por meio de breve estudo do histórico da liberdade de expressão nas constituições brasileiras, importa destacar que a Constituição de 1824 assegurava a todos o direito de comunicação de pensamento (art. 179), por palavras e por escrito, imputando responsabilidade por possíveis abusos inerentes ao exercício desse direito. Por sua vez, a previsão da liberdade de expressão nas Constituições de 1891 e de 1934 vedava expressamente o anonimato. A Constituição de 1937 declarou expressamente a censura prévia da imprensa, teatro e cinematográfico em razão da garantia da paz, da ordem e da segurança pública. A Constituição de 1967, por fim, também tutela o direito à liberdade de expressão, todavia deixa uma grande margem para intervenções e limitações desse direito quando baliza as diversões e os espetáculos públicos na censura. (MELO, 2009, p. 42).

A Constituição Federal de 1988, tendo em vista as demais Constituições que a antecederam, foi a primeira a pontuar de forma significativa os direitos fundamentais. Afinal, segundo Schier (2009, p. 5), “a sociedade brasileira vinha de longo período de experiência autoritária decorrente de um golpe militar levado a efeito em 1964 e que nada primou pelo respeito aos direitos fundamentais”. Durante o período, diversos direitos foram negados ou limitados,

especialmente no que concerne ao direito de liberdade de expressão. E conclui Schier (2009, p. 5) que “a Lei Fundamental de 1988 buscou romper com um passado antidemocrático, marcado pela tortura, pelo medo e pela negação das liberdades constitucionais”.

A previsão do extenso rol de direitos e garantias fundamentais é um marco nas constituições brasileiras. O constituinte amplia seus horizontes e não se restringe a apenas uma teoria sobre os direitos fundamentais, reconhecendo um enorme rol de direitos sociais, clássicos e diversos novos direitos de liberdade, direitos políticos, etc. (SARLET, 2012, p. 77).

Portanto, fundamental a qualquer regime democrático, a liberdade de expressão é o direito da pessoa de se manifestar sobre seus pensamentos, convicções e ideologias sem, a princípio, interferência de qualquer natureza, sendo um elemento essencial a dignidade humana. A garantia à tal liberdade compreende “toda opinião, convicção, comentário, avaliação ou julgamentos sobre qualquer assunto ou sobre qualquer pessoa, envolvendo tema de interesse público, ou não, de importância de valor, ou não” (BRANCO; MENDES, 2017, p. 297).

Ainda para Branco e Mendes (2017, p. 298), frisa-se a correlação direta existente entre o princípio da liberdade de expressão e o pluralismo político, constituído como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Manifestações provenientes de âmbitos distintos e diversificados é corolário para a formação do Estado democrático brasileiro.

No mesmo sentido, Taveira (2010, p. 18-19) menciona que os direitos relacionados à liberdade de expressão também podem ser compreendidos “sob uma ótica democrática”. E, por esse motivo, “subsistiria ao Estado um dever de agir (...) para assegurar a promoção de princípios constitucionais como o pluralismo e a garantia efetiva do Estado Democrático de Direito”. Indica ainda o autor o caráter instrumental da liberdade de expressão considerando “a sua tarefa de ferramenta para o exercício de outros

direitos e, em última *ratio*, para o regular funcionamento da democracia.”

De acordo com Machado (2002, p. 245) “Todas as formas de participação política democrática perdem o seu sentido útil se não existir liberdade de expressão”. Nessa linha, entende-se que a liberdade de expressão é enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático.

Desta maneira, importa destacar a liberdade de expressão como um dos elementos da autodeterminação do sujeito, ou seja, através da qual ele tem a faculdade de expressar ideias, pensamentos, sentimentos, opiniões, convicções, além de se manifestar artisticamente, cultural e/ou cientificamente, possibilitando uma interação com o meio social. A manifestação de pensamento não só sobre sua vida, mas sobre o meio ao qual está inserido é indispensável na construção da sua personalidade e para a formação da sua dignidade.

O que se percebe é que existem diversas nuances que tangem o direito à liberdade de expressão e isso se dá pelo reflexo da visibilidade constitucional que lhe foi atribuída. Nas palavras de Sarmiento (2007, p. 12):

A liberdade de expressão pode ser analisada sob dois prismas, de um lado como um direito subjetivo individual, estruturante da dignidade humana e balizada pela dimensão subjetiva das pessoas, e de outro como um instrumento para a formação de opinião pública e do livre fluxo de ideias no seio social, relacionada com o âmbito objetivo e institucional.

Esses dois prismas da liberdade de expressão estão protegidos constitucionalmente como direito fundamental, conforme o inciso IX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, cuja redação determina que “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”. Outrossim, o inciso IV do mesmo artigo prevê que “é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”; ainda

no capítulo intitulado “Da Comunicação Social”, previsto no artigo 220, o constituinte tutelou a liberdade de manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação (*caput*), proibição de edição de leis contendo embaraço à liberdade de informação jornalística (§ 1º) e, por fim, vedou qualquer censura política, ideológica e artística (§ 2º). Portanto, resta nítida a fundamentalidade do direito à liberdade de expressão a qualquer sociedade fundada em um regime democrático.

Seguindo esse raciocínio, cabe definir os dois tipos de liberdade e a atuação do Estado frente a esse direito. O primeiro modelo de liberdade de expressão como liberdade negativa caracteriza-se pelo Estado não dever intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão. Na liberdade negativa, não há interferência. O Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão, o que tem levado a considerar inconstitucional uma regulação que proíba opiniões e ações racistas, por exemplo. Esse modelo é o adotado pelos Estados Unidos da América.

Quanto ao segundo modelo, que é o adotado pela Alemanha, observa-se nítida preocupação com a regulação da liberdade de expressão. Sem dúvida, a liberdade de expressão constitui direito fundamental, mas convive com o princípio da dignidade humana a lhe opor limites. É importante ressaltar que neste modelo o princípio da dignidade humana adquire valor máximo de hierarquia no ordenamento jurídico e que haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre direitos fundamentais.

Quanto às liberdades negativas e positivas, Franca e Santos (2014, p. 251) ensinam que:

Observa-se que a liberdade no modelo do Estado liberal se caracteriza como um direito negativo que limita o Estado para que ele não impeça a manifestação de ideias ou opiniões do indivíduo, opondo-se, portanto, a todo o tipo de intrometimento do Estado na esfera particular da pessoa. Quanto aos moldes do paradigma do Estado social, a liberdade de expressão caracteriza-se tanto

como negativa, mas também como protetiva, com vistas a estar em conformidade com os interesses da coletividade.

A posição de Sarmiento (2007, p. 17) é também para um Estado social quanto às liberdades:

Embora a dimensão preponderante da liberdade de expressão seja realmente negativa, a garantia deste direito, sobretudo no quadro de uma sociedade profundamente desigual, também reclama ações positivas do Estado, visando a assegurar a todos a possibilidade real do seu exercício e o enriquecimento do debate público.

Forçoso concluir, portanto, que sob a perspectiva desses autores o Estado tem não apenas o dever de se abster de violar o direito à liberdade de expressão, mas também a obrigação de promover concretamente, de garanti-lo frente às ameaças decorrentes da ação de particulares e de limitá-lo no caso de colisão de direitos fundamentais por titulares diferentes.

Dessa forma, o que se verá no capítulo seguinte é que a liberdade de expressão não se caracteriza como um direito absoluto, ela não é ilimitada. Schier (2009, p. 8) assim afirma “As chamadas restrições de direitos fundamentais são, por certo, admitidas, desde que a limitação respeite o chamado “núcleo essencial do direito restringido”. Ou seja, o núcleo duro proveniente das disposições constitucionais garante o exercício pleno desse direito, devendo, porém, suas limitações serem estritamente fundamentadas.

### **3. Os limites ao exercício da liberdade de expressão**

Apesar de fundamental para a estruturação de um regime democrático e de constituir elemento essencial para a dignidade humana, o direito à liberdade de expressão não é absoluto. Certamente, em qualquer circunstância, a liberdade ou as liberdades em espécie deverão respeitar os contornos da esfera de autodeterminação traçada pelo ordenamento jurídico, convivendo

em harmonia com outros preceitos constitucionais, de modo a não discrepar da unidade sistêmica pretendida e, de outra parte, não deverão incorrer em condutas ilícitas, preestabelecidas pela legislação infraconstitucional. (CASTRO, FREITAS; 2013, p. 329)

Quanto ao caráter não absoluto da liberdade de expressão, afirma Sarlet (2017, p. 467-468):

[...] praticamente não é contestado no plano do direito constitucional contemporâneo e mesmo no âmbito do direito internacional e dos direitos humanos” e “encontra limites no exercício de outros direitos fundamentais e salvaguarda, mesmo na dimensão objetiva (por via dos deveres de proteção estatal), de outros bens jurídico-constitucionais [...]”, existindo, entretanto, uma controvérsia quanto às quais são esses limites, limites estes que deverão ser delineados pelo Poder Judiciário no julgamento do caso concreto quando houver conflito (colisão) entre direitos fundamentais, quando então deverão “promover a concordância prática (harmonização) entre os direitos e princípios conflitantes, aplicando-se sempre a noção dos limites aos limites dos direitos fundamentais e os critérios daí decorrentes [...]

No direito brasileiro, a liberdade de expressão encontra limites de duas formas. Pode estar limitado expressamente nas disposições da Constituição Federal (restrições expressas) ou a limitação pode estar autorizada pelo constituinte (a se fazer por lei infraconstitucional) e, também pode haver limitação nos casos em que há colisão entre direitos de titulares diferentes, ou seja, nos casos concretos (restrições tácitas).

Alexy (2008, p. 287), utilizando de outra terminologia assim também define:

Como direitos de hierarquia constitucional, direitos fundamentais podem ser restringidos somente por normas de hierarquia constitucional ou em virtude delas. As restrições de hierarquia constitucional são restrições diretamente constitucionais, e as restrições infraconstitucionais são restrições indiretamente constitucionais.

Os limites expressos estão, por exemplo, segundo Barroso (2007, p. 84-85), na liberdade de comunicação e de informação, nos direitos da personalidade, sobretudo a honra, a imagem, a intimidade e a vida privada (artigo 5º, X e artigo 220, §1º), na segurança da sociedade e do Estado (artigo 5º, XIII), e na proteção da infância e da adolescência (artigo 21, XVI).

Importante salientar, como já dito, que inexistente no sistema constitucional brasileiro um direito fundamental que seja absoluto, com atuação ilimitada. No entanto, toda restrição infraconstitucional, que deve ser autorizada pelo constituinte (restrição tácita), deve vir fundamentada no texto constitucional. Assim afirma Farias (2001, p. 221-222):

[...] acatando o postulado segundo o qual a ordenação jurídica democrática não reconhece valor absoluto a qualquer direito ou liberdade, sujeita a liberdade de expressão e comunicação, como também a garantia institucional da comunicação social, a vários tipos de restrições, [...]”, dentre elas afirma que a Constituição impõe diretamente algumas ou autoriza a lei a estabelecê-las, o que denomina de “restrições expressas” e em outras “hipóteses implicitamente abona que o legislador ou o judiciário formulem restrições, quando imprescindíveis, para salvaguardar outros direitos fundamentais ou bens comunitários constitucionalmente protegidos” o que denomina de “restrições tácitas [...]”, entretanto “independentemente das circunstâncias e das razões de ordem pública ou de ordem puramente individual invocadas, a restrição deverá sempre se apoiar no texto constitucional para ser legítima. Este é um princípio básico e inafastável nesta matéria.

Nas palavras de Sanchís (2003, p. 115) *“La exigência de justificación o razonabilidad supone examinar las disposiciones legislativas a la luz del juicio de ponderación, ponderación en este caso entre el derecho que resulta afectado por la ley y aquél otro principio o derecho que sirve de cobertura o justificación de la misma”*.

Alexy (2008, p. 284), por sua vez, conclui:

Uma norma somente pode ser uma restrição a um direito fundamental se ela for compatível com a Constituição. Se ela for inconstitucional, ela até pode ter a natureza de uma intervenção, mas não a de uma restrição. Com isso, fica estabelecida uma primeira característica: normas são restrições a direitos fundamentais somente se forem compatíveis com a Constituição.

Portanto, leis que restringem direitos, liberdades e garantias somente são admissíveis quando autorizadas na Constituição. Ou seja, quando não encontrar limitação expressa na Constituição a liberdade de expressão poderá ser regulada por lei, desde que obedecidos aqueles limites. Neste sentido são as palavras de Machado (2002, p. 709):

A doutrina constitucional distingue, a este propósito, entre limites constitucionalmente expressos e limites constitucionalmente autorizados. Os primeiros são operados imediatamente no plano constitucional, podendo dizer-se que resultam de uma ponderação de bens realizada pelo legislador constituinte na própria configuração definitiva do âmbito de proteção dos direitos fundamentais.

Outra forma de limitar a liberdade de expressão é quando esta liberdade colide com outros direitos, garantias ou liberdades de mesmo status em casos concretos, sendo esta também uma limitação tácita. Em uma sociedade plural é comum existirem conflitos de interesses e, conseqüentemente, colisão no exercício de direitos. Quando da colisão de direitos fundamentais no caso concreto, o judiciário se vale do princípio da proporcionalidade para dirimir esse conflito, como se discorre a seguir.

### **3.1 Da utilização do princípio da proporcionalidade na solução de colisão entre direitos fundamentais**

Como já abordado no tópico anterior, a liberdade de expressão, por se tratar de um direito que se traduz na mais ampla

pluralidade social, por vezes se choca com interesses de outros da sociedade. As críticas e pensamentos de um indivíduo pode expandir a tutela constitucional reservado ao direito de expressão e ferir a honra, a intimidade ou mesmo ir contra algum dispositivo legal. Essas situações, por serem de difícil dissolução, são levadas ao conhecimento do Judiciário. (MENDES; MELO, 2014, p. 199)

Adverte Mendes (2012, p. 226) que, os direitos fundamentais com eficácia horizontal estão sempre em rota de colisão, em decorrência de que “o reconhecimento do direito de alguém implica o sacrifício de faculdades reconhecidas a outrem”.

De acordo com Canotilho (2003, p.1270), haverá uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental de um indivíduo colidir com o exercício de um direito fundamental de outro indivíduo. Ainda ressalta que não estaremos diante de um “cruzamento” ou “acumulação” de direitos, mas diante de um autêntico conflito de direitos, de um choque. Destaca, também, que terá lugar a “colisão de direitos em sentido impróprio” quando o exercício de um direito fundamental entrar em conflito com outros bens constitucionalmente protegidos, nomeadamente, bens jurídicos da comunidade e do Estado.

Nestes casos, o judiciário se vale do princípio da proporcionalidade para dirimir esse conflito. Canotilho tecendo ensinamentos acerca do Tribunal Constitucional Alemão, denota que o princípio da proporcionalidade se desdobra em três outros princípios: princípio da conformidade ou adequação de meios, princípio da exigibilidade ou da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito. (CANOTILHO, 2003, p. 382-384)

Sanchís (2003, p. 112), da mesma forma afirma que “Lo que em definitivo habrá de quedar del derecho y de su limite dependerá de um ejercicio de ponderación, es decir, si la concreta medida adoptada em defensa del orden público puede considerarse adecuada, necesaria y proporcionada desde la perspectiva del derecho”.

Nas palavras de Branco e Mendes (2017, p. 257), a aplicação desse princípio observa os subprincípios da adequação que exige que

as medidas interventivas adotadas se apresentem aptas para atingir os objetivos almejados, e da necessidade, que afirma que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo se mostraria mais eficaz para atingir esses objetivos.

Esclarece Steinmetz (2001, p. 149) que “a compreensão do meio adequado implica, para a Corte Constitucional Alemã, uma formulação positiva do princípio – “é adequado quando com ele é possível alcançar o resultado perseguido”, e uma negativa – examina-se se a restrição “é plenamente inadequada”.

Já, quanto ao princípio da necessidade, continua o referido autor (2001, p. 151), além da escolha do meio idôneo, cabe, ainda, “verificar se não há uma outra medida estatal de restrição, diferente da utilizada ou que se pretende utilizar, mas igualmente adequada e eficaz, menos prejudicial ao direito fundamental em questão”.

Por fim, mais uma vez Canotilho (2003, p. 383) afirma que a essência da proporcionalidade *stricto sensu* está assentada na necessidade de haver um equilíbrio entre valores e bens constitucionalmente protegidos, o que, em *ultima ratio*, implica uma razoável proporção dos meios e fins erigidos, de modo que só é admissível a restrição de princípios “à medida que não sejam afetados mais do que o necessário para a aplicação do outro”.

Ora, o princípio analisado se apresenta como um instrumento perfeitamente apto para proteger os direitos fundamentais contra a ação ilimitada do Estado sobre estes direitos. Tem, também, a missão de solucionar conflitos existentes entre esses direitos, por intermédio de juízos comparativos de ponderação dos interesses envolvidos no caso em concreto.

Segundo ensina Bonavides (2018, p. 359), o princípio da proporcionalidade é um grande aliado para a solução de tais conflitos, em decorrência de que permite uma racionalização de soluções concretas, a partir de uma ponderação de bens, “protegendo, pois, a liberdade, ou seja, amparando os direitos fundamentais, [...], devendo fornecer o critério das limitações à liberdade individual”.

A Constituição Federal de 1988 não menciona expressamente o princípio da proporcionalidade. No entanto, referido princípio é muito utilizado, na prática, pelo Poder Judiciário. No último tópico será analisado um caso concreto em que a decisão da D. Desembargadora abordou de forma precisa os dois tipos de restrições, tanto o expreso quanto o tácito, à liberdade de expressão se utilizando de um juízo de ponderação entre os direitos fundamentais em conflito.

#### **4. Sobre o tratamento do discurso de ódio no Brasil**

Primeiramente cumpre definir o que é o discurso de ódio? O discurso de ódio compõe-se de dois elementos: a discriminação e a externalidade. Brugger (2007, p. 118) definindo o elemento discriminação afirma que “[refere-se a] palavras que tendam a insultar, intimidar ou assediar pessoas em virtude de sua raça, cor, etnicidade, nacionalidade, sexo ou religião, ou que têm a capacidade de instigar a violência, ódio ou discriminação contra tais pessoas”.

O elemento externalidade, assim como toda expressão discursiva, exige a transposição de ideias do plano mental (abstrato) para o plano fático (concreto). Discurso não externado é pensamento, emoção, o ódio sem o discurso; e não causa dano algum a quem porventura possa ser seu alvo, já que a ideia permanece na mente de seu autor. Para esse caso, é inconcebível a intervenção jurídica, pois a todos é livre o pensar. (SILVA, NICHEL, MARTINS, BORCHARDT, 2011, p. 447)

O problema surge quando o pensamento é externado pela palavra publicada. Conforme Waldron (2010, p. 1601) “o problema se instaura quando o pensamento ultrapassa esses limites dando lugar à duradoura presença da palavra publicada”. Neste caso, o discurso existe e está apto a atingir de forma nociva os denegridos. Em suma, dessa manifestação pública advêm o dano e a necessidade de intervenção de instâncias com poder de controle, dentre elas, o Direito.

Caracteriza-se, enfim, basicamente, pela propagação de mensagens que estimulam o ódio racial, a xenofobia, a homofobia e outras formas de ataques baseados na intolerância e que confrontam os limites éticos de convivência com o objetivo de justificar a privação de direitos, a exclusão social e até a eliminação física daqueles que são discriminados (STROPPA; ROTHENBURG, 2015, p. 456)

O Direito brasileiro, tal como construído na modernidade, tem sido constantemente desafiado pelas interações ocorridas no ambiente social, especialmente quando se trata de conteúdos destinados a propagar o ódio. Com efeito, muitos dos discursos proferidos com essa finalidade não encontram tipificação legal, pois a legislação pátria concede tratamento legal específico a apenas alguns tipos de discursos de ódio.

Nesse sentido, a Lei n. 7.716/89, em seu artigo 20, aponta como crime a prática de discriminação por critério de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional, acrescentando em seu §1º a punibilidade de atos divulgadores do nazismo. Aos discursos de ódio embasados nesses critérios, a Lei brasileira reserva a categoria de ilicitude. Aos demais, é silente a legislação ordinária, cabendo a aplicação de medidas coadunantes com o princípio da dignidade humana (art. 1º, III, da Constituição Federal) – norma fundamental de plena eficácia que legitima e confere unidade de sentido à ordem constitucional brasileira (Sarlet, 2012, p. 91) –, e dispositivos a ele diretamente vinculados, como a igualdade perante a lei (art. 5º, *caput*), a igualdade de gênero (art. 5º, I) e a não submissão a tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III). Posto que conforme o ordenamento jurídico brasileiro há discursos de ódio ilícitos e não ilícitos, é relevante lembrar que ambos os conteúdos dizem respeito à violação de direitos fundamentais, ambos causam prejuízo, entretanto, apenas aos emissores de conteúdos ilícitos é cominada uma pena por sua conduta – grau máximo a que chega a dimensão negativa, ou defensiva, da dignidade da pessoa humana. (SILVA, NICHEL, MARTINS, BORCHARDT, 2011, p. 450)

Feito esses breves apontamentos, no tópico seguinte se analisa uma decisão relacionada ao discurso de ódio e a possibilidade de imposição de limites ao exercício da liberdade de expressão, incidindo, inclusive, no crime tipificado pela Lei nº 7.716/1989.

## **5. O discurso de ódio como limite ao exercício da liberdade de expressão: análise a partir de um caso concreto**

O acórdão objeto de análise é proveniente da Apelação Criminal nº 0010699-39.2009.4.02.5110 do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, publicado em 26/06/2018, que teve como Relatora a Desembargadora Federal Simone Schreiber.<sup>2</sup>

De acordo com o relatório, o denunciado, através de “blog” veiculado na rede mundial de computadores, publicou as ideias diretrizes do MOVIMENTO por ele criado, denominado “MOLIBRA - MOVIMENTO LIBERAL BRASILEIRO”. No texto, intitulado “OS 10 PONTOS DO MOVIMENTO LIBERAL BRASILEIRO - MOLIBRA”, o réu faz algumas considerações acerca da necessidade de impedir o crescimento do Islamismo no Brasil e no Mundo, dentre elas as seguintes:

Com o crescimento do islamismo no ocidente, nossa civilização está cada vez mais caminhando, a passos largos, para a decadência”; “O Molibra aceitará todos os Judeus e Cristãos que quiserem ingressar em nosso Movimento, porém jamais aceitará um muçumano. Não há qualquer possibilidade de diálogo, pois seria tão inútil como dialogar com um câncer diagnosticado.”; Nossa civilização Judaico-cristã não pode dialogar com o muçumano, porque senão será questão de tempo para que o mal se alastre e o Brasil passe a adotar seus costumes.

---

<sup>2</sup>Processo físico disponível para pesquisa eletrônica no endereço: <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp>

O réu foi, então, condenado pelo MM. Juiz de 1º grau a uma pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão pela prática do crime do art. 20, § 2º, da Lei nº 7.716/1989.<sup>3</sup>

A defesa, por sua vez, interpôs apelação sustentando a atipicidade da conduta, já que a publicação do apelante na internet teve cunho de narrativa dos fatos noticiados (crescimento dos atentados terroristas) e decorre do exercício da liberdade de expressão. Ademais, o texto não seria capaz de ofender muçulmanos em geral ou mesmo algum muçulmano específico, o que foi corroborado pela testemunha ouvida em juízo, que professa a religião muçulmana, e declarou que não tomou conhecimento das postagens do apelante e não se sentiu ofendido por elas.

Contudo, no voto, a desembargadora relatora não deu razão ao apelante:

[...] verifica-se que a página na internet não possuía o intuito de noticiar atentados terroristas cometidos por extremistas religiosos ou advertir a população acerca de seus perigos. Pelo contrário, o movimento criado pelo réu tem como fundamentos a exclusão dos muçulmanos e o combate ao Islamismo em geral, o que fica evidente pelas palavras associadas à religião e aos seus seguidores, como “decadência”, “mal”, “câncer”, “horda” e “catástrofe”.

E concluiu a linha de raciocínio ponderando se esse discurso estaria dentro dos limites da liberdade de expressão:

[...] concluo que as publicações, de fato, tinham como alvo o Islamismo em si, de modo que o próximo passo para verificar se a conduta é atípica, como sustenta a defesa, é perquirir se o discurso adotado pelo apelante está englobado nos limites da liberdade de expressão, ou seja, se está presente o elemento subjetivo do tipo (dolo específico de menosprezar a religião).

---

<sup>3</sup> Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Pena: reclusão de um a três anos e multa. (...) § 2º Se qualquer dos crimes previstos no caput é cometido por intermédio dos meios de comunicação social ou publicação de qualquer natureza: Pena: reclusão de dois a cinco anos e multa.

Aqui verifica-se que se está diante de um caso concreto de colisão de direitos fundamentais entre titulares diferentes, quais sejam liberdade de expressão x liberdade de crença, no qual o Poder Judiciário precisa utilizar o princípio da proporcionalidade para a racionalização de uma solução concreta. E nesse sentido a D. relatora afirma:

A livre manifestação de pensamento é direito fundamental expressamente previsto no art. 5º, IV da Constituição Federal e reconhecido em diversos tratados internacionais de direitos humanos. Todavia, “direitos fundamentais não são absolutos e, como consequência, seu exercício está sujeito a limites; e, por serem geralmente estruturados como princípios, os direitos fundamentais, em múltiplas situações, são aplicados mediante ponderação.

Continua seu voto citando, agora, outra categoria de limite, os limites expressos contidos na Constituição Federal quanto à liberdade de expressão:

A própria Constituição pode estabelecer limites à liberdade de expressão, como de fato o fez, podendo-se destacar, no que se refere ao caso ora examinado, a inviolabilidade 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; e a punição de qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º VI e XLI da Constituição Federal).

E, logo em seguida, aborda sobre os limites constitucionais autorizados, ou seja, aqueles regulados por lei infraconstitucional:

E, nesse contexto, o próprio legislador infraconstitucional, ao tipificar, no art. 20 da Lei 7.716/89, a conduta de “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional” já sinalizou que a manifestação de ideias encontra barreiras no combate ao preconceito

(convicções formadas antecipadamente) e na discriminação (atitude concreta de segregação).

O que se pode perceber que a Desembargadora delineou com precisão a teoria dos limites aos direitos fundamentais para fundamentar seu voto e, a seguir, abordar acerca do discurso de ódio.

Cita no voto o julgamento emblemático do Supremo Tribunal Federal do caso Ellwanger (HC 82.424/RS) e a lição de Baltazar Júnior (2014) que discorre sobre o tipo penal em exame e as limitações impostas à liberdade de expressão, afirmando que:

“uma **forma específica de limitação**, baseada na dignidade da pessoa humana e na ordem pública, é a proibição **do discurso de ódio ou hate speech** i.e. o: ‘Discurso que não carrega outro significado que o ódio por um grupo, como uma raça particular, especialmente em circunstâncias nas quais a comunicação pode provocar violência’ (Black’s Law Dictionary, 9th Ed., p. 1529)” (grifos no original).

Pelo exposto, o discurso de ódio ultraja o direito à igualdade e, conseqüentemente, fragiliza a efetividade dos princípios da não discriminação e da dignidade da pessoa humana, estando a possibilidade de limitação a tais discursos interligada ao ideal democrático da liberdade de expressão do pensamento. Nesse contexto, entende-se como legítima a intervenção do Estado voltada a cassar os discursos altamente discriminatórios, como é o discurso do presente caso.

Neste sentido, segundo a relatora:

(...) entendo que as declarações divulgadas no blog MOLIBRA, enquadram-se na definição de discurso de ódio, uma vez que ofendem diretamente o Islamismo, associando-o ao mal, à decadência, à falta de civilidade e, inclusive a um câncer que precisa ser extirpado, **sem qualquer fundamentação ou construção crítica minimamente embasada** (grifos no original).

E, termina seu voto, concluindo através do princípio da ponderação dos direitos fundamentais envolvidos e todo arcabouço das lições acerca dos limites, que o discurso de ódio, no caso concreto reconhecido, é um limite ao exercício da liberdade de expressão:

O texto compartilhado é carregado de concepções preconceituosas e ofensas injustificadas a um grupo religioso, sem qualquer intuito de contribuição para o debate de ideias. Pelo contrário, conclui-se que o dolo do réu era não só o de atacar a religião islâmica e aqueles que se identificam como adeptos do Islã, mas ainda o de conclamar outros a fazerem o mesmo, de modo que não se pode conceber tal tipo de manifestação como albergada pela liberdade de expressão.

Por fim, a condenação foi mantida e passou-se à análise da dosimetria da pena.

Verifica-se, no caso, que o crime de preconceito racial fora cometido via internet, mais especificamente, em *blog* presidido pelo réu. Indubitavelmente, colocou-se sob análise do judiciário a definição e o limite da liberdade de expressão. Os valores dos direitos fundamentais em questão foram colocados sobre a balança do tribunal e o princípio da proporcionalidade foi utilizado. A temática do discurso de ódio foi pouco explorada na decisão da D. Desembargadora, configurando apenas em decorrência de uma jurisprudência simbólica do Supremo Tribunal Federal e da citação bibliográfica. No entanto, na decisão, a Desembargadora reconhece expressamente a existência de limites constitucionais para a liberdade de expressão, repudiando o discurso de ódio.

## 6. Conclusão

A liberdade de expressão é a máxima dentro das liberdades clássicas, entendida como um poder de autodeterminação e reconhecida pelo Estado como um direito fundamental, diante de sua positivação nas Constituições.

No sistema liberal é entendida como negativa caracterizando-se pelo Estado não dever intervir em assuntos sobre a liberdade de expressão, isto é, o Estado deve ser neutro sobre o conteúdo da expressão. Já no modelo social, observa-se uma preocupação com a regulação da liberdade de expressão como direito fundamental que encontra limites.

Não se pode ignorar o fato de que a liberdade deve respeitar o ordenamento jurídico, convivendo em harmonia com outros preceitos constitucionais. Sendo assim, haverá sempre a ponderação de valores em face de conflitos entre a liberdade de expressão e outros direitos fundamentais. Para os casos de violação de um direito constitucional, a solução se dará pelo princípio da proporcionalidade.

No caso concreto analisado, o discurso de ódio não foi aceito pois, além de incitar a violência, restou claro o dolo de propagar a discriminação e preconceito com a religião islâmica, sem qualquer fundamentação ou construção crítica minimamente embasada.

Logo, o debate acerca dos limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio é relevante e ganha espaço nas ciências jurídicas porque, embora trate de um problema antigo, algumas questões continuam sendo tratadas de forma superficial.

## 7. Referências

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes Federais** – 9. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

BARROSO, Luis Roberto. Liberdade de expressão versus direitos da personalidade: colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). **Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 84-85.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2018.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constitucao/constitucao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucao_compilado.htm) Acesso em 25 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. Leis. **Lei 7.716 de 5/01/1989: Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor**. Brasília: Imprensa Nacional, 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7716.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm) Acesso em 22 nov. 2018.

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal**. Habeas Corpus nº 82.424/RS. Min. Rel. Moreira Alves. Tribunal Pleno. DJ 19/03/2004. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052> Acesso em 22 nov. 2018

\_\_\_\_\_. **Tribunal Regional Federal da 2ª Região**. Apelação Criminal nº 0010699-39.2009.4.02. Des. Rel. Simone Schreiber. 2ª Turma. DJ 26/06/2018. Disponível em <http://portal.trf2.jus.br/portal/consulta/resconsproc.asp> Acesso em 08 fev. 2019.

BRUGGER, Winfried. Proibição ou proteção do discurso do ódio? Algumas observações sobre o direito alemão e o americano. **Revista de Direito Público**, v. 15 n. 117, jan./mar. 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Matheus Felipe; FREITAS, Riva Sobrado. Liberdade de Expressão e Discurso do Ódio: um exame sobre as possíveis limitações à liberdade de expressão. **Sequência**, Florianópolis, n. 66, p. 327-355, jul. 2013.

FARIAS, Edilson Pereira. **Liberdade de expressão e comunicação: teoria e proteção constitucional**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina UFSC, 2001.

FRANCA LUNA, Nevita; SANTOS, Gustavo Ferreira. Liberdade de expressão e Discurso de ódio no Brasil. **Revista Direito e Liberdade – RDL – ESMARN** – v. 16, n. 3, p. 227-255, set./dez. 2014.

MACHADO, Jónatas Eduardo Mendes. **Liberdade de expressão. Dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social.** Coimbra: Ed. Coimbra, 2002.

MELO, Auricélia do Nascimento. **Liberdade de expressão: um direito fundamental na concretização da democracia.** Fortaleza: Premus, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENDES, Vanessa Correia; MELO, Renan Wanderley Santos. Os limites do direito à liberdade de expressão no Brasil: um estudo sobre as decisões do STF nos casos “Ellwanger” e “Marcha da maconha”. **Direitos fundamentais e democracia II**, p. 191-207, ano 2014.

SANCHÍS, Luis Prieto. **Justicia Constitucional y derechos fundamentales.** Trotta: Madrid, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 11 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

\_\_\_\_\_.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional.** 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SARMENTO, Daniel. Liberdade de expressão, pluralismo e o papel promocional do Estado. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, n.16, p. 1-39, maio/jul./ago., 2007.

SCHIER, Paulo Ricardo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: campo de tensão. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, Curitiba, v. 6, n. 6, p. 1- 10, jul./dez., 2009.

SILVA, Rosane Leal da; NICHEL, Andressa; MARTINS, Anna Clara Lehmann; BORCHARDT, Carlise Kolbe. **Discursos de ódio em redes sociais: jurisprudência brasileira.** Revista direito GV, São Paulo, v. 7, n. 2, p.445-468, dez. 2011.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STROPPA, Tatiana; ROTHENBURG, Walter Claudius. Liberdade de expressão e discurso do ódio: o conflito discursivo nas redes sociais. **Revista Eletrônica do Curso de Direito (UFSM)**, v. 10, n. 2, 2015.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira. **Democracia e Pluralismo na Esfera Comunicativa: Uma Proposta de Reformulação do Papel do Estado na Garantia da Liberdade de Expressão**. Tese (Doutorado em Direito). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Faculdade de Direito, Rio de Janeiro, 2010.

WALDRON, Jeremy. **Dignity and Defamation: the Visibility of Hate**. Harvard Law Review, v.123, n.1596, 2010.



## É esse o processo penal que queremos?

*Jorge Rafael Matos*<sup>1 2</sup>

### 1. Introdução

Justiça. Quando se discute quem está certo ou errado, todos buscam demonstrar a sua verdade de forma justa. E não se espera mais que isso. Por vezes, a fim de determinar aquilo que é justo, é necessário recorrer a uma terceira pessoa que poderá avaliar os argumentos de ambas as partes e, com base no seu senso de justiça, determinar quem está errado e quem está correto.

O Estado, que pode ser entendido “como um aparato governamental, administrativo e coercitivo dentro de uma sociedade” (ISUANI, 1984, p. 42), é alçado como o “terceiro neutro” nas disputas. Para esse objetivo ele se encontra equidistante dos envolvidos e estabelece mecanismos entendidos como justos para que se possa identificar com quem reside a razão.

A razão pode se esvaír em segundos, para tanto basta uma situação desestabilizadora, uma situação de injustiça por exemplo. Por isso que um terceiro neutro é bem-vindo.

Em um país cada vez mais populoso, é de se esperar que surjam mais conflitos. Estas situações podem ser nos negócios, no trânsito, na vizinhança ou até mesmo com a práticas de crimes.

---

<sup>1</sup> Mestrando em direitos fundamentais e Democracia na UniBrasil. Professor Adjunto na Universidade da Região de Joinville – UNIVILLE. Advogado. Especialista em Direito Tributário e Processo Civil.

<sup>2</sup> O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)

Os estudos apontam que a criminalidade, assim mesmo de forma genérica, aumenta. Furtos, estelionatos, roubos, latrocínios e homicídios. Todos estes crimes podem ser vistos em um mesmo jornal. Sente-se que a insegurança reina e algo precisa ser feito.

Polícia! A solução é mais polícia! Mas que polícia? Aquela com enormes armas na mão, ou aquela que senta atrás de um computador a fim de tomar o depoimento de testemunhas e interrogar os suspeitos? Não importa. Importa é que os culpados sejam encontrados e punidos. Com a punição rápida dá-se exemplo e assim, a criminalidade diminui (tomara!).

A pesquisa aqui realizada busca demonstrar os mecanismos brasileiros para a persecução penal, que irá determinar por fim se o acusado é culpado ou inocente. Esse procedimento é gerenciado pelo Estado Brasileiro por meio de suas diversas autoridades: a polícia, o delegado, o Ministério Público e também o juiz.

Estes sujeitos estão, *a priori*, equidistantes da vítima e do acusado os quais dão suas versões que, após as investigações serão tidos como certa ou erradas. Para chegar-se as conclusões é necessário observar determinados procedimentos que são estabelecidos pelo Código de Processo Penal.

Este código entrou em vigor 4 décadas antes que a atual Constituição Brasileira e por isso se observa um descompasso entre as legislações. Isso porque quando da instituição daquele, a realidade brasileira era diversa da atual. Menos pessoas, menos conflitos e assim também menos crimes. Mas isso sem se falar das concepções ideológicas que o mundo ainda não havia enfrentado: II Guerra Mundial, genocídio, preocupação com direitos humanos e um mundo mais democrático.

O Código Processual Penal criado seguia linhas práticas para efetivo combate daquilo que não permitia o Brasil progredir econômica e culturalmente. Seguindo a linha prática este código pretendia revolucionar a persecução penal, retirando as “demasiadas garantias” dadas aos acusados.

Assim, ao longo do texto se observará que a legislação brasileira encarregada de investigar o cometimento de crimes, está atrasada em relação às práticas da atualidade e, ao invés de proporcionar justiça aos cidadãos, faz mais mal do que bem.

## 2. O utilitarismo

Quando se discute justiça, facilmente chega-se à conclusão de que para atingi-la é necessário que todos sejam avaliados pelos mesmos critérios, não havendo qualquer forma de tratamento especial (IBER, 2015). Todavia é necessário observar a forma pela qual se estabelece os critérios para avaliação, pois estes é que podem modificar o resultado final sobre a tão esperada justiça.

Nesta seara se desenvolvem várias teorias a respeito da justiça. Muitos autores conhecidos trabalharam em cima do conceito do justo: John Rawls, Jurgen Häbermas, Hans Kelsen, Charles Perelman, apenas para citar alguns teóricos do século XX.

Todavia, é imprescindível debater a concepção utilitarista de justiça que foi desenvolvida por Jeremy Bentham (1784-1832) e posteriormente por James Mill (1773-1836). Os conceitos desta teoria ainda estão presentes na vida cotidiana, e sem sombra de dúvidas foram utilizadas na construção da sociedade, de legislações e influenciou, positiva ou negativamente, várias teorias sobre a justiça.

Uma interpretação acessível dos conceitos do utilitarismo é trazida por Sandel (2015, p. 48):

[...] sua ideia central é formulada de maneira simples e tem apelo intuitivo: o mais elevado objetivo da moral é maximizar a felicidade, assegurando a hegemonia do prazer sobre a dor. De acordo com Bentham, a coisa certa a fazer é aquela que maximizará a utilidade. Como “utilidade” ele define qualquer coisa que produza prazer ou felicidade e que evite a dor ou o sofrimento.

Ou seja, busca-se a felicidade e o prazer como objetivo final e que assim é considerado a coisa certa a se fazer. Porque deste modo

se buscará sempre obter a máxima utilidade das coisas. A utilidade também é uma forma de se evitar aquilo que é mal e doloroso.

Da mesma forma, Mill (2000, p. 47) elenca que a teoria utilitarista é: “[...] o próprio prazer em conjunção com a isenção de dor, e, em vez de se oporem o útil ao agradável ou ao ornamental, declaram sempre que estes se contam entre aquilo que é abrangido pelo útil”.

No mundo jurídico a teoria do utilitarismo também encontra seu espaço. Segundo Russel (2002, p. 381) “A função da lei é garantir que, ao buscar o seu próprio prazer máximo, ninguém prejudique idêntico propósito dos demais. Assim, consegue maior felicidade para o maior número de pessoas”.

Nessa linha, também pode-se aplicar a teoria em relação à delinquência, vez que “é o método para fazer com que coincidam os interesses do indivíduo e os da comunidade. É nisso que ela encontra a sua justificação. A lei penal pune para prevenir o delito e não para que odiemos o criminoso” (REALE, 2003, p. 314).

É possível observar conceitos utilitaristas na legislação quando, segundo Esteves (2002), o Estado limita as liberdades individuais, apesar de que “a restrição coercitiva das liberdades seja em si mesma um mal necessário, ela estará justificada na medida em que for compensada por um máximo de bem-estar ou felicidade proporcionado para a coletividade”.

Essa possibilidade pode ser observada na legislação brasileira, no art. 312 do Código de Processo Penal Brasileiro, que prevê a possibilidade da prisão provisória de um acusado, ou seja, a prisão antes mesmo de haver um julgamento e que depende do resultado alcançado no processo: inocente ou culpado.

Fica claro que tal posição da legislação em relação à prisão provisória “só se justifica em função do bom andamento do processo penal e do resguardo da eficácia de eventual decreto condenatório” (DELMANTO JÚNIOR, 2003, p. 83). Ou seja, para maximizar a utilidade do processo penal, para somente ao final determinar um

culpado, pode-se desde o início, preenchidas certas exigências, prender-se o acusado.

Mas não somente no processo penal, que é o foco desta análise, se observa a prática utilitarista, há outras áreas que também bebem desta teoria. A título exemplificativo, observa-se na área da saúde que a legislação também busca a máxima utilidade. Essa utilidade pode ser observada em programas sanitários. A exemplo, elenca Augusto (2005) o programa brasileiro de combate a DST/Aids. Por meio do tratamento dos pacientes infectados, busca-se a máxima utilidade (e assim a maior felicidade geral) na oferta de tratamento e evitando novas infecções.

Então, pode-se observar que a prática utilitarista busca “a realização do bem-estar de todos não apenas um ideal moral, mas um referencial que poderia orientar a conduta jurídica e política da sociedade” (BENITO, 2018, p. 31).

Sob este espectro é possível observar que o utilitarismo não é inteiramente negativo. Segundo Gargarella (2008, p. 05):

O utilitarismo é interessante porque não prejudica os desejos e preferências dos diferentes indivíduos cuja situação esta em jogo: na hora de elaborar suas propostas, o utilitarismo (pelo menos alguma versão interessante desse) sugere considerar as preferências de cada um dos possíveis afetados, independentemente, do conteúdo específico de reivindicações particulares de cada um deles.

Então, sob esta perspectiva, percebe-se que no utilitarismo “os indivíduos devem estar sempre dispostos a abrir mão até mesmo de sua utilidade individual se isso for necessário para fazer o bolo (a utilidade agregada) crescer” (VITA, 2000, p. 25), tendo em vista que isto seria o mais útil para toda a sociedade.

Desta forma, percebe-se que apesar do utilitarismo ter sua lógica para questões pessoais e individuais sua aplicação direta na sociedade pode ser negativa. É um fardo demasiadamente grande

exigir que os indivíduos sempre abdicuem de suas próprias vontades para “um bem maior”.

Nesta perspectiva trabalha Sen (1984, p. 34):

O oprimido social que aprendeu – talvez por meio da amarga experiência – a esperar pouco da vida pode ter aprendido a ter desejos que são facilmente satisfeitos e a se alegrar com pequenos obséquios. Mas é difícil acreditar que essa pessoa tenha, por essa mesma razão, muito bem-estar; ou que ela esteja recebendo um excelente tratamento caso esses desejos disciplinados sejam satisfeitos.

Ou seja, ao aplicar-se sempre a teoria utilitarista da máxima felicidade de toda a população, acaba-se por apenar o desfavorecido, que nem mesmo terá ideia que estará em situação vulnerável, pois seus conceitos de felicidade podem ser adequados ao ponto que o “pão e circo” se tornam o máximo que pode ser almejado.

A fim de exemplificar o raciocínio acima exposto, Vita (2000, p. 168) mostra que:

Nas famílias pobres, essa distribuição (de alimentos a cuidados médicos e oportunidades educacionais) em geral beneficia os homens e os adultos que têm renda, em primeiro lugar, e privilegia os meninos em detrimento das meninas, em segundo. Vamos supor (bastante plausivamente) que as crenças e tradições morais comunitárias que coonestam tal estado de coisas sejam indisputadas a ponto de que as próprias mulheres não vejam nenhuma injustiça nele. Diante disso, como poderiam as decisões de política pública basear-se na avaliação que essas mulheres fazem de sua própria situação?

Ou seja, partindo da visão utilitarista de mundo, se beneficiam aqueles que podem mais facilmente se destacar: o homem e o trabalhador, em detrimento daqueles que também contribuem para o resultado, mas por meio de obrigações indiretas, como por exemplo a esposa que toma conta do lar a fim de permitir que o

marido se dedique à carreira e que assim ambos se beneficiam com a prosperidade financeira.

Então a partir destes contrapontos, pode-se observar que o utilitarismo pode ser benéfico e muito útil quando utilizado na legislação, afinal busca a máxima utilidade das coisas e por consequência a máxima felicidade. Todavia, de outro ângulo essa mesma prática exige a abdicação, por vezes total, dos envolvidos, sendo que nem mesmo a identificação deste fenômeno é compreendida por aqueles que sofrem as consequências da norma.

A visão utilitarista de mundo foi vastamente difundida na sociedade, pois traz certos benefícios. Todavia, após alguns estudos sobre suas consequências surgiram correntes de oposição à máxima utilidade do mundo.

Pode-se dizer que essa cisão aparece já no desenvolvimento da teoria utilitarista por Stuart Mill quando elenca que alguns tipos de prazeres são mais desejáveis de se ter e também mais valiosos (MILL, 1979).

Isso significa dizer que mesmo seguindo os critérios de máxima utilidade para alcance da máxima felicidade, haverá situações que são mais desejadas e mais valiosas que outras e assim, nem sempre a utilidade máxima é que levará ao prazer máximo.

Por conta dessa seletividade da máxima utilidade, é que John Rawls tece críticas e desenvolve uma teoria a fim de se contrapor às ideias disseminadas por Bentham e Mill.

Gargarella (2008, p. 7) esclarece que em “[...] Rawls reside uma das críticas mais interessantes que o utilitarismo recebeu: o utilitarismo tende a ver a sociedade como um corpo, no qual é possível sacrificar algumas partes em virtude das restantes”.

Então, com a “permissão” dada pelo utilitarismo ao sacrifício de determinados assuntos, é que se construíram legislações práticas e voltadas para a solução rápida e eficaz das situações, mas que contudo, sacrificam determinado grupo de pessoas.

### 3. O processo penal brasileiro

O Estado de Direito tem como princípio a legalidade, o que implica na necessidade da autorização da lei para que o Estado cumpra qualquer de suas funções. Uma delas é a punição pelos crimes cometidos, visto que o Estado tem o monopólio da coerção.

Todavia, para que se possa chegar a conclusão pela culpabilidade ou pela inocência de um acusado é imprescindível haver uma legislação que determine os procedimentos a serem seguidos. No Brasil, esta função foi atribuída ao Código de Processo Penal.

Segundo Aury Lopes Jr. (2014, p. 39) “o processo penal, visto como instituição estatal, é na realidade a única estrutura que se reconhece como legítima para a satisfação da pretensão acusatória e a imposição de pena”.

Isso significa dizer que se não houver um procedimento sancionado pelo Estado a fim da apuração de um crime, não haverá qualquer legitimação daquela persecução penal. E mais, apenas o Estado, por meio de seu aparato, é que pode buscar a persecução penal.

Desta feita, esclarece-se que:

O processo é uma das formas de se resolverem conflitos de interesses. A lei regula e tutela, no conteúdo de suas normas, esses interesses. Inaplicada a regra legal, violado está, por isso mesmo, o interesse nela garantido. Para evitar a luta privada e impedir a abdicação de direitos indisponíveis, o Estado exerce a função jurisdicional (MARQUES, 2009, p. 26)

Então, além do objetivo da demonstração da culpabilidade ou inocência do acusado “o processo é, nesse quadro, um instrumento a serviço da paz social” (CINTRA et al, 2008, p. 47), pois quando o Estado, o terceiro equidistante, busca de forma justa e razoável a elucidação de crimes e respeitando as próprias regras democráticas, é que os envolvidos (vítima e acusado) poderão sentir-se protegidos.

No Brasil, a Legislação encarregada desta tarefa é o Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 que institui o Código de Processo Penal, o qual seguiu “na trilha do movimento europeu, a ditadura de Getúlio Vargas construiu um Estado corporativo, [...] que rompeu com o fracassado modelo federalista e retomou a unidade da legislação processual”. (CRUZ, 2015, p. 191).

Com essa referida unidade buscava-se a máxima utilidade da persecução penal, pois assim não haveria mais a necessidade de o Estado ter que dialogar com diversas legislações processuais estaduais. É exatamente essa a disposição contida na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal de 1941:

De par com a necessidade de coordenação sistemática das regras do processo penal num Código único para todo o Brasil, impunha-se o seu ajustamento ao objetivo de maior eficiência e energia da ação repressiva do Estado contra os que delinquem. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidencia das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que a repressão se torna, necessariamente, defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade. (BRASIL, 1941)

Pode-se então perceber que quando da edição da ainda atual legislação processual penal, acreditava-se que havia demasiadas garantias e “favores” e que isso levaria a um indireto estímulo à criminalidade. Isso, na teoria utilitarista, seria um contrassenso, pois leva ao sofrimento.

Também, percebe-se que a visão de “pacificação social” existente à época era a imposição de repressão e a legislação é que contribuiria com a sua institucionalização.

No intuito de atender a estas expectativas, estão presentes neste código processual dois sistemas processuais antagônicos: o sistema inquisitório e o sistema acusatório.

O primeiro deles, que remete à era da Santa Inquisição<sup>3</sup>, e reflete que “O aparato de repressão inquisitorial apresentava características muito específicas e tinha como fundamentação uma série de verdades absolutas, que giravam em torno do arcabouço ideológico oferecido pelo dogmatismo religioso da época”. (KHALED JR., 2010, p. 295). Ou seja, muito similar aos objetivos do Código de 1941. O sistema inquisitório está estampado na investigação preliminar realizada pela autoridade policial e vem descrita no Código de Processo Penal nos artigos 4º ao 23 e que é instrumentalizado pelo Inquérito Policial.

Sobre o inquérito entende-se que “[...] não tem como fundamento a pena e tampouco a satisfação de uma pretensão jurídica. Não faz - em sentido próprio - justiça, senão que tem como objetivo imediato garantir a eficácia do funcionamento da justiça” (LOPES JR., 2004, p. 3). Significa assim dizer que quando o Estado inicia a persecução penal por meio da investigação policial não se busca, sob qualquer título, a realização de justiça, mas sim o preenchimento de determinadas formas, com o único e exclusivo objetivo de fazer o aparato processual funcionar.

O mesmo autor ainda relata a narrativa contínua sobre essa investigação, na qual esclarece que o inquérito policial, denominado por ele de “IP”, estaria em crise”:

Atualmente existe um consenso: o IP está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução (LOPES JR., 2004, p.2)

---

<sup>3</sup> O nome “Inquisição” resulta da função do Tribunal do Santo Ofício, a quem cabia inquirir sobre as heresias. (PIAZZA, 1987, p. 28).

A crítica aqui demonstrada leva em consideração que toda a persecução fica prejudicada, pois desde o início o procedimento fica viciado. Não há qualidade no material produzido, vez que a maneira com a qual a legislação foi produzida visava a praticidade e o funcionamento da justiça, ou seja, apenas requisitos formais, e deixou-se de lado o conteúdo de justiça material.

Todavia, esse sistema fica “oficialmente” apenas relegado à primeira parte da investigação criminal e se encerra com o envio da documentação produzida para o Ministério Público, que poderá oferecer uma denúncia, imputando a prática de algum crime ao acusado, ou então arquivamento do caso e também o pedido de melhores instruções.

Essa sistemática busca apenas, como já exposto e também elencado pelos autores da atual legislação processual, dar celeridade ao caso a fim de promover a repressão de crimes. Contudo, a prática forense mostrou outra realidade, visto que com a baixa qualidade daquilo investigado, há necessidade de repetição dos atos. Então a prática utilitarista se volta contra ela mesma.

Quando encerrada a parte inicial da persecução penal, é determinado pela legislação que o responsável pela condução do processo judicial que se inicia é o Ministério Público, conforme determinação do artigo 24 do CPP. Nesta etapa o procedimento deixa seu caráter inquisitório e se transforma em acusatório.

Segundo Hamilton (2000, p. 251) “[...] com o ajuizamento da ação penal, ele assume o caráter acusatório” e que nesse sistema “as funções de acusar, defender e julgar integram a atribuição de órgãos distintos, ao contrário do que se dá com o modelo inquisitório”.

Ainda, percebe-se que apesar do Código de Processo Penal de 1941 autorizar a estrutura mista (inquisitório e acusatório) “a previsão constitucional é de um processo acusatório, onde a titularidade da ação penal pertence exclusivamente ao Ministério Público” (KHALED JR, 2010, p. 303). Ou seja, com o advento da Constituição Federal de 1988 o sistema que deve prevalecer é o acusatório.

Ocorre que mesmo assim, as leituras feitas deste sistema ainda são equivocadas. Pois, “o maior problema decorre da insistência na leitura isolada de interpretação constitucional de dispositivos do Código de Processo Penal (datado de 1941, em pleno Estado Novo), que tem nítida característica inquisitorial.” (KHALED JR, 2010, p. 303).

Todavia, não há como negar que as determinações contidas na legislação processual penal são de caráter acusatório na formação da ação penal. Esse sistema é identificado por algumas características como: gestão das provas pelas partes; as funções de acusar, defender e julgar são incumbidas a pessoas diferentes; a publicidade como regra dos atos processuais; preservação de garantias; livre apreciação das provas pelo juiz; presunção de inocência; imparcialidade do julgador.

Nesse tocante, em relação à gestão das provas, têm-se que:

Além disso, reforça seu intento ao deixar claro que no Brasil o processo penal e o processo civil se estruturam em ambientes sistêmicos distintos, já que aquele se constrói a partir de uma matriz inquisitória na medida em que a gestão das provas se encontra nas mãos do juiz e este possui uma essência acusatória uma vez que partes são encarregadas de gestionar a produção probatória. (BORGES, 2010, p. 218)

Ou seja, apesar da doutrina e da CRFB/88 determinarem que a prova deve ser gerenciada pelas partes, como base no sistema acusatório, a legislação processual prevê o oposto. Isso é perceptível da leitura inciso II do artigo 156 que permite o próprio juiz determinar a produção de alguma prova, o que naturalmente caberia somente às partes.

No mesmo norte, os papéis assumidos são diversos. “O novo sistema distingue as funções de acusar, de defender e de julgar e confia o seu exercício a pessoas diferentes” (BOSCHI, 2005, p. 79). Isso propicia uma análise escorreita das provas, do acusado e do processo como um todo.

Nesta seara ainda, a publicidade dos atos processuais é a regra. “A Constituição Federal Brasileira adotou a publicidade plena ou popular, sob o fundamento de que o processo é acessível a todos e não apenas às partes.” (DIAS, 1974, p. 8). Todavia esta regra pode ser relativizada quando o tema debatido no processo assim o exigir. Essa é a previsão do artigo 792 em seu § 1º do Código de Processo Penal.

Também é de extrema importância para o correto funcionamento do sistema acusatório, que o juiz possa livremente apreciar a prova que é produzida pelas partes. Ao final da demanda, será obrigação do juiz esclarecer pormenorizadamente os fundamentos que o levaram a tomar a decisão.

[...] o dever de fundamentar o juiz a sua decisão, apresentando as razões de seu convencimento. Trata-se, em verdade, de garantia constitucionalmente exigida (CF, art. 93, inciso IX), que permite às partes aferir que a convicção foi realmente extraída do material probatório carreado aos autos, e que os motivos levam logicamente à conclusão. (CAGLIARI, 2001, p. 14)

Essa obrigação não se encontra expressa no Código de Processo Penal, e por isso a crítica, porém vem esculpida na CRFB/88 em seu artigo 93, inciso IX: “todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade [...]”.

Pode-se observar então que o Código Processual Penal foi estruturado sob a ótica utilitarista a fim de garantir a repressão estatal, o que conseqüentemente levaria à máxima utilidade e felicidade. Ocorre, todavia, que com o surgimento da CRFB/88 o sistema a ser seguido passou a ser o acusatório que, necessariamente leva à readequação da legislação processual, porém ainda está longe de acontecer.

#### 4. Conclusão

O estudo acima demonstrou que atualmente vigem dois sistemas processuais para a persecução penal: inquisitório e acusatório. Todavia, a legislação processual penal foi estruturada sob a ótica do primeiro sistema. A lógica seria renovação da legislação processual por meio do processo democrático, pois a CRFB/88 determinou que o procedimento a seguir deveria ser o segundo. Contudo, tomou-se um atalho para adequação do sistema.

Nas últimas 3 décadas foram produzidas pequenas reformas no Código de Processo Penal. Pode-se citar como exemplos a reforma de 2008, que alterou os procedimentos do júri, a reforma em 2012 que alterou o instituto das cautelares, contudo a grande reforma esperada ainda não ocorreu.

Assim, pelo que foi exposto, compreende-se que a reforma processual deve ser ampla, vez que não são apenas alguns procedimentos que apresentam problemas.

O conceito de reforma judicial, orientado para modernização e transformação da administração da justiça, é um conceito complexo. Pode envolver mudanças relativas a aspectos materiais, culturais, de formação, organizacionais e naturalmente de ordem legislativa. (GOMES, 2001, p. 74)

O Código de Processo Penal de 1941 apresenta um viés inquisitório, pois buscava a efetividade da repressão estatal como forma de combate à delinquência. Todavia, além da prática ter demonstrado a ineficiência deste sistema, a CRFB/88 alterou a perspectiva, defendendo as garantias e liberdade individuais e sobretudo a dignidade humana.

Nesse passo, tem-se que “a norma constitucional é imperativa, de ordem pública, cogente, pois emana da vontade popular. Isso significa que todos devem submeter-se à Constituição” (TEIXEIRA, 2010, p. 125). Ou seja, o processo não é mais um fim em

si mesmo, porém deve sofrer “uma leitura constitucional [...] para dar eficácia a esses direitos fundamentais” (LOPES JR., 2014, p. 42).

Isso significa dizer que o atalho das reformas processuais não solucionará o descompasso que o CPP apresenta face à CRFB/88. Contudo uma alteração abrupta e completa da legislação também não solucionará o problema, e pode inclusive criar outros. Isso porque a mudança paradigmática determinada pela nova Constituição pode ser tão profunda que seja necessário alterar não só a legislação, mas a forma como o processo penal é encarado por seus operadores.

Assim, no sentido da redemocratização do país várias reformas foram introduzidas, desde alteração na administração da justiça, profissionalização dos setores de inteligência, desmilitarização da polícia, aumento dos poderes do Ministério Público.

Tais reformas, que em muitos países não chegaram a ocorrer, não foram capazes ainda de resolver os principais problemas e dificuldades para a consolidação de um sistema penal garantidor dos direitos fundamentais. (AZEVEDO, 2005, p. 218)

Contudo, no Brasil ainda não se observou a alteração para um sistema efetivamente garantidor dos direitos fundamentais, pois a processualística penal ainda esta ligada à máxima eficácia para alcançar a máxima felicidade, como consequência lógica da teoria utilitarista.

O Estado Brasileiro parece ainda estar se adaptando a nova realidade democrática e enfrenta estes problemas paradigmáticos:

Era preciso, pues, fortalecer el Estado y, al mismo tiempo, limitarlo y dulcificarlo. (...) Mantener y fortalecer el monopolio estatal del uso legítimo de la fuerza, pero limitando su alcance y su rigor en nombre de los derechos individuales y de la dignidad humana, limitar el poder del Estado en un sentido plenamente moderno y liberal” (SANCHÍS. 1985 p. 290.)

Então, as reformas efetuadas tiveram o papel de consolidar a democracia que surgia com a CRFB/88, a fim de permitir que o próprio estado assumisse as suas funções. Contudo, o momento para a alteração processual já é chegado. As estruturas democráticas e, principalmente, os atores processuais já identificaram as suas funções. Assim o que resta é possibilitar que o próprio sistema processual renasça para, não só atender à expectativa utilitarista de máxima utilidade, mas também que respeito os direitos fundamentais consagrados pela norma maior.

## 5. Referências

AUGUSTO, Lia Giraldo da Silva. O pragmatismo e o utilitarismo não resolveram, e agora?. **Ciência e saúde coletiva**. 10 (4), 808-815, 2005.

BENITO, Nélcio Coelho. A concepção de justiça o mundo contemporâneo. *In: Diálogos entre direito e contemporaneidade*. Coordenação: Laura Garbini Both. Organização: Nélcio Coelho Benito. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2018.

BORGES, Clara Maria Roman. As atuais tendências de reforma do código de processo penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente. **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**, p. 201-223, 2010.

BOSCHI, José Antonio Paganella. O devido processo legal: escudo de proteção do acusado e a praxis pretoriana. **Revista Jurídica, Porto Alegre**, n. 338, p. 75-108, 2005.

BRASIL. **Exposição de motivos do código de processo penal de 1941**. Rio de Janeiro, RJ, set. 1941

CAGLIARI, José Francisco. Prova no processo penal. **Justitia, São Paulo**, v. 63, n. 195, p. 78-100, 2001.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CRUZ, Rogério Schietti Machado. Rumo a um Processo Penal Democrático. **Direito em Ação-Revista do Curso de Direito da Universidade Católica de Brasília**, v. 12, n. 1, 2015.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. Rio de Janeiro, Renovar, 2003.

DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito processual penal. **Coimbra: Coimbra Editora**, v. 1, 1974.

ESTEVES, Júlio. As críticas ao utilitarismo por Rawls. **ethic@-An international Journal for Moral Philosophy**, v. 1, n. 1, p. 81-96, 2002.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias da Justiça depois de Rawls**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GOMES, Conceição. A evolução da criminalidade e as reformas processuais na última década: alguns contributos. **Revista crítica de ciências sociais**, n. 60, p. 61-86, 2001.

HAMILTON, Sergio Demoro. A ortodoxia do sistema acusatório no processo penal brasileiro: uma falácia. **Revista da Faculdade de Direito de Campos, Rio de Janeiro, Ano II**, n. 2, p. 247-273, 2000.

IBER, Christian. O que é justiça?. **Clareira-Revista de Filosofia da Região Amazônica**, v. 1, n. 2, p. 3-25, 2015.

ISUANI, Ernesto Aldo. Três enfoques sobre o conceito de Estado. **Revista de Ciencia Política**, v. 27, n. 1, p. 35-48, 1984.

KHALED JR, Salah Hassan. O Sistema Processual Penal brasileiro Acusatório, misto ou inquisitório?. **Civitas-Revista de Ciências Sociais**, v. 10, n. 2, 2010.

LOPES JR, Aury. A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal. **JURIS SINTESE**, v. 1, 2004.

\_\_\_\_\_. 3.ed. São Paulo: Milenium Edições, 2009.

MILL, John Stuart. **A liberdade; Utilitarismo**. Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **Utilitarianism**. Ed. Indianapolis: Hackett Publishing, 1979.

PIAZZA, Walter Fernando. Um "Auto-de-Fé" em Santa Catarina. **ÁGORA: Revista do Curso de Arquivologia da UFSC**, v. 3, n. 5, p. 28-30, 1987.

REALE, Giovanni. **História da filosofia**: Do Romantismo até nossos dias. 6.ed. São Paulo: Paulus, 2003.

RUSSEL, Bertrand. História do pensamento ocidental: a aventura dos pré-socráticos a Wittgenstein. Rio de Janeiro: Ediouro, 2002.

SANCHÍS, Luis Prieto. La Filosofía Penal de la Ilustración. Aportación a su estudio. Anuario de Derechos Humanos (03). Madrid: Universidad Complutense, 1985

SANDEL, Michael J. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 19.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

TEIXEIRA, Ricardo Luis de Almeida. **Os princípios na Constituição de 1988**. Brasília: OAB Editora, 2010.

VITA, Alvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Unesp, 2000.

## O inquérito policial sob a ótica da teoria da justiça de John Rawls

*Denise Oliveira Picussa*<sup>1</sup>

### 1. Introdução

A persecução penal se inicia com a notícia crime, através da qual a autoridade policial toma conhecimento da ocorrência de um delito penal e dá início às investigações. Essa fase investigativa é instaurada através de um inquérito policial que é destinado à colheita de provas e informações acerca da autoria e materialidade do crime.

No momento presente, o trato do inquérito policial tem sido deixado em um segundo plano. Acredita-se que, por ser uma peça administrativa e de caráter informativo, não merece maiores preocupações ou críticas quanto ao seu procedimento atual.

Contudo, esse descaso com a fase do inquérito policial pode gerar graves consequências e cobrar um preço alto à democracia processual, ou seja, à aplicação dos direitos e garantias fundamentais.

O objetivo desta pesquisa é demonstrar, através de um paralelo com a Teoria da justiça com equidade de John Rawls, que o

---

<sup>1</sup> Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela UniCuritiba. Pós-graduada lato sensu em Gestão do Direito Empresarial pela UNIFAE-Curitiba. Especialista em Direito pela Fundação Escola do Ministério Público (FEMPAR). Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Curitiba, UniCuritiba. Advogada. Professora no Núcleo de Prática Jurídica na Clínica de Prática Penal no Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Contato: denise.picussa@gmail.com

inquérito policial deve ser justo para todos os envolvidos e que isto será possível com a adoção de instrumentos que efetivem as garantias constitucionais aplicadas ao processo penal no inquérito policial quais sejam: princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como pela defesa técnica no inquérito policial.

No primeiro capítulo, se contextualizará o inquérito policial dentro do sistema processual penal adotado pelo Brasil. Para tanto, se tratará sobre o sistema misto, que é dividido em duas fases, quais sejam: inquisitória, no qual está inserido o inquérito policial e a acusatória do qual faz parte a ação penal. Mais adiante será abordada a questão de que o investigado é tratado como objeto e não sujeito de direitos. Em seguida, far-se-á uma abordagem constitucional, mencionando alguns dos direitos e garantias fundamentais do ordenamento jurídico pátrio. Ainda, dentro deste contexto, serão tecidas críticas acerca do procedimento atual do inquérito policial, concluindo estar em crise.

No segundo capítulo a pesquisa se concentra, mais precisamente, na Teoria da justiça com equidade de John Rawls. Nesse sentido, será apresentada uma abordagem do tema fundamental relacionado à Teoria, passando pelos seus principais aspectos, a “posição original” e o “véu de ignorância”, bem como pelos princípios que a orientam.

No terceiro capítulo, se construirá um paralelo entre o inquérito policial e a Teoria da justiça do filósofo John Rawls, a fim de demonstrar que o inquérito policial deve ser justo, tanto para acusador como para acusado, como mecanismo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Enfim, o presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema. Mas sim trazer à discussão um assunto que é deixado de lado e que se mostra imprescindível, para a efetivação de um processo penal democrático, uma mudança de cultura e da mentalidade inquisitorial dos operadores de direito.

## 2. Da investigação criminal à crise do inquérito policial brasileiro em seu atual procedimento

Por investigação criminal entende-se a fase que antecede a ação penal, onde o Estado busca indícios suficientes da autoria e materialidade da infração penal. Segundo Marques (1997, p. 139), “a investigação é a atividade estatal da *persecutio criminis* destinada a preparar a ação penal”.

No transcorrer da história, a investigação criminal assumiu várias formas, com diferentes cargas de poderes e deveres para o acusado, mas sempre com o propósito comum de obter dados sobre a materialidade e a autoria da prática delitiva. Ou seja, pode-se afirmar que tem como característica ser preparatória e informativa, haja vista o fato de que “seu objetivo é o de levar aos órgãos da ação penal elementos necessários para a dedução da pretensão punitiva em juízo [...]” (MARQUES, 1997, p. 139).

Destaque-se ainda que a investigação não possui o condão de impor qualquer tipo de punição ao indiciado, mas apenas tem como intuito fornecer ao Estado o alicerce necessário para a instauração da ação penal, na qual, comprovando-se a autoria e a materialidade do delito, haverá a imposição de uma sanção ao transgressor da lei penal.

Com efeito, o inquérito policial é uma das formas previstas pela lei processual penal para a realização das investigações.<sup>2</sup> Assim dispõe o art. 4º do Código de Processo Penal:

Art. 4º. A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e **terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria**. Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de autoridades administrativas, a quem por lei seja cometida a mesma função. (grifo nosso)

---

<sup>2</sup> Outras formas de investigação são: comissões parlamentares de inquérito; inquérito policial militar, sindicâncias.

Analisando a letra da lei, conclui-se que o inquérito policial, dirigido pela autoridade policial, tem por finalidade apurar a existência da infração penal, ou seja, sua materialidade, bem como o autor da mesma. Contudo, percebe-se que a própria lei não traz o conceito do que seja o inquérito policial. Ressalta Rangel (2016, p. 69) que “nosso código não define de forma clara o que vem a ser inquérito policial nem o seu objeto, que é a investigação criminal [...]”.

Historicamente, a denominação inquérito policial, no Brasil, surgiu na Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, regulamentada pelo Decreto nº 4.824, de 22 de novembro de 1871, encontrando-se no artigo 42 do citado decreto a seguinte definição: “O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito” (NUCCI, 2012, p. 76).

Para Tourinho Filho (2011, p. 28) “é o conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em Juízo”.

Esta fase preliminar apresentou características próprias de acordo com o sistema processual penal existente (inquisitório, acusatório ou misto), que, por sua vez, se estruturou conforme o modelo estatal vigente à época (LOPES JR., 2008).

O sistema misto foi o adotado no Brasil<sup>3</sup>, em que a fase preliminar é tipicamente inquisitória, por inexistir, ainda, separação clara dos poderes processuais. A autoridade policial, responsável pelas investigações, pauta-se pelo esclarecimento do fato constante da notícia crime e deve reunir provas favoráveis à acusação ou ao acusado, indiscriminadamente. Por sua vez, a ação penal é

---

<sup>3</sup> Sistema misto definido como a persecução penal como um todo, isto é, abrangendo a fase preliminar de investigação e a fase processual.

notadamente acusatória, marcada pela dialética processual entre acusador e acusado e pela existência de um julgador imparcial.

Como pode-se verificar, a persecução penal comporta duas fases distintas: a fase preliminar (pré-processual), de caráter informativo, preparatório e eminentemente inquisitório; e a segunda processual, na qual o órgão jurisdicional “em rito preestabelecido processa um caso penal para, em momento legalmente fixado, acertá-lo” (COUTINHO, 1992, p. 167).

No Código Processual Penal de 1941, observa-se, portanto, a posição do acusado na fase investigativa – como mero objeto de investigação, sem participação ativa – e a posição de sujeito de direitos e ativo participante que ele alcança durante a ação penal. Hoje em dia, não se pode falar em sistemas acusatórios ou inquisitórios “puros”. Os modelos processuais vigentes em cada país combinam características de ambos os sistemas. Podendo prevalecer um ou outro aspecto (LOPES JR., 2008).

Dentro deste contexto, mesmo com a promulgação da Constituição Federal de 1988, muito se tem sustentado no Brasil sobre a impossibilidade de se aplicar o contraditório e a ampla defesa durante o inquérito policial, considerando sua natureza inquisitorial.

Como bem leciona Schier (2005), fundando uma nova comunidade política, a Carta Magna, ao ser promulgada, irradia sua força normativa a todos os ramos do Direito, inclusive ao ramo do Direito Processual Penal.

Neste ponto é de ver-se que, no Direito Processual Penal brasileiro há grande dificuldade em se definir a aplicação das garantias processuais aos investigados em geral. Na realidade, apenas pequena parcela da população, que detém poder econômico para contratar profissionais preparados para o exercício de sua defesa *ab initio*, pode exercer os benefícios inerentes ao exercício das garantias processuais. Já a maioria da população acaba por sofrer os efeitos da atuação policial, com todas as consequências a ela inerentes, do ponto de vista de gravame à sua situação processual. E pior: sem sequer ter o direito, na maioria das vezes, à assistência

judiciária gratuita, como seria de se esperar diante da redação do disposto no art. 14, § 3º, “d”, do Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos<sup>4</sup> (GEMAQUE, 2011).

Apesar do inquérito policial ser dispensável para a propositura da ação penal, a maioria dos processos são iniciados com base nesse procedimento investigativo. Contudo, é impossível imaginar a investigação criminal como sendo um mero procedimento inquisitivo, sem a observância dos direitos fundamentais (CONTI, 2017).

De forma contundente, Choukr (2006, p. 8) destaca:

a dignidade da pessoa humana como fundamento maior do sistema implica a formação de um processo banhado pela alteridade, ou seja, pelo respeito à presença do outro na relação jurídica, advindo daí a conclusão de afastar-se deste contexto o chamado modelo inquisitivo de processo, abrindo-se espaço para a edificação do denominado sistema acusatório. Fundamentalmente aí reside o núcleo de expressão que afirma que o réu (ou investigado) é sujeito de direitos na relação processual (ou fora dela, desde já na investigação), e não objeto de manipulação do Estado.

Como enfatizado pelo autor acima, o investigado é sujeito ou titular de direitos e não objeto de investigação. Saad (2004, p. 205) afirma que “o indivíduo é, aliás, sujeito e titular de direitos sempre, não importa em que estágio ou procedimento se encontre, pois os direitos e garantias constitucionais não têm limites especiais e devem simplesmente ser obedecidos”. Como extraído das lições de Schier (2005, p. 146) “[...] a Constituição se complementa através de diálogos com a realidade social, política, econômica, dentre outras realidades que possam servir como base para complementar e interpretar todo seu conteúdo”.

---

<sup>4</sup> Artigo 14, § 3º: “Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: (...) “d”: De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado ex-offício gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo”.

Por tal motivo, toda a sistemática do inquérito policial, deve ser interpretada em harmonia com a Constituição da República de 1988, de inspiração liberal e garantista (MACHADO, 2009).

Porém, não é o que cotidianamente observa-se nas delegacias brasileiras. O investigado, muito raramente tem sua dignidade respeitada e, muito menos, pode contar com um inquérito policial bem realizado com todos os direitos e garantias constitucionais obedecidos. Aury Lopes Jr. (2000, p. 39-40) assim critica o inquérito policial brasileiro:

Atualmente existe um consenso: o IP está em crise. Os juízes apontam para a demora e a pouca confiabilidade do material produzido pela polícia, que não serve como elemento de prova na fase processual. Os promotores reclamam da falta de coordenação entre a investigação e as necessidades de quem, em juízo, vai acusar. O inquérito demora excessivamente e nos casos mais complexos, é incompleto, necessitando novas diligências, com evidente prejuízo à celeridade e à eficácia da persecução. Por outro lado, os advogados insurgem-se, com muita propriedade, da forma inquisitiva como a polícia comanda as investigações, negando um mínimo de contraditório e direito de defesa, ainda que assegurados no art. 5º, LV da CF, mas desconhecidos em muitas delegacias brasileiras. No meio policial, ainda domina o equivocado entendimento de que a CF é que deve ser interpretada restritivamente, para adaptar-se ao modelo previsto no CPP (de 1941), e não ao contrário, com o CPP adaptando-se à nova ordem constitucional.

Já quanto a atuação da pessoa investigada, Diogo Malan (2012, p. 2-5) entende que:

carece de infraestrutura sequer comparável àquela do Estado, podendo tão somente sugerir a realização de diligências à autoridade policial, as quais serão realizadas ou não a critério desta última (artigo 14 do Código de Processo Penal). É certo que o defensor técnico do acusado pode, em tese, pesquisar ele próprio ou contratar investigador particular para localizar prova da inocência, mas tal iniciativa inevitavelmente esbarra em uma série de óbices.

Depreende-se que acusador e acusado estão em posições desiguais na persecução penal, pois aquele possui todo o aparato estatal para se apoiar, enquanto este conta apenas com as suas próprias forças.

O princípio da paridade de armas decorre do princípio da igualdade processual, o qual consagra o tratamento isonômico das partes no transcorrer processual. É categoricamente consagrado em nosso ordenamento jurídico através dos seguintes artigos: artigo 3º, I e artigo 5º, da Constituição Federal<sup>5</sup>; artigo 7º, da Declaração Universal dos Direitos do Homem<sup>6</sup> e, ainda, artigo 8º, do Pacto de São José da Costa Rica<sup>7</sup>. Ou seja, há um direito constitucional à igualdade processual que se consubstancia nas diferentes prerrogativas do acusado, revestidas de uma dignidade normativa constitucional (CONTI, 2017).

Assinala Pellegrini Grinover (1990, p. 08) que “não é apenas um direito do imputado, mais que isso, é uma garantia – garantia do acusado, de um lado, e garantia do justo processo, do outro”. Pode-se afirmar que essa garantia, tratada como direito fundamental, “se revela na garantia da paridade de armas, em que a pessoa investigada tenha os mesmos poderes investigativos que o Ministério Público (CONTI, 2017, p. 31).”

Não se pode mais admitir, diante do ordenamento jurídico da Constituição de 1988, a existência de disparidade de tratamento entre os sujeitos na persecução penal.

---

<sup>5</sup> Artigo 3º, I: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária”. Artigo 5º: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)”.

<sup>6</sup> Artigo 7: “Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção, a igual proteção da lei. Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação”.

<sup>7</sup> Artigo 8, §1º: “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”.

Conforme defende Luigi Ferrajoli (2014, p. 565):

para que a disputa se desenvolva lealmente e com paridade de armas, é necessária, por outro lado, a perfeita igualdade entre as partes: em primeiro lugar que a defesa seja dotada das mesmas capacidades e dos mesmos poderes da acusação; em segundo lugar, que o seu papel contraditor seja admitido em todo o estado ou grau do procedimento e em relação a cada ato probatório singular, das averiguações judiciais e das perícias ao interrogatório do imputado, do reconhecimento aos testemunhos e às acareações.

É dentro deste contexto em que se encontra o inquérito policial brasileiro que irá se desenvolver a ideia de justiça com equidade do filósofo John Rawls. Pois, uma vez que o inquérito policial deveria atentar para o princípio da paridade de armas, isto é, ambas as partes em uma posição originária de equidade, para ser um procedimento justo, o que se observa é a lesão a direitos e garantias fundamentais, bem como aos princípios de liberdade, igualdade e dignidade.

### **3. A teoria de justiça com equidade de John Rawls**

Neste capítulo será apresentada a Teoria de Justiça elaborada pelo filósofo John Rawls. Far-se-á uma abordagem do tema basilar relacionado à Teoria, passando pelos seus principais aspectos, a “posição original” e o “véu de ignorância”, bem como pelos princípios que a norteiam.

Nas palavras de John Rawls (2008, p. 40) “o meu objetivo é produzir uma teoria da justiça que represente uma alternativa ao pensamento utilitário<sup>8</sup> em geral e, portanto, às suas diversas versões.” A característica principal da Teoria é a construção de uma

---

<sup>8</sup> Teoria do utilitarismo de autoria do filósofo inglês Jeremy Bentham. Tem seu principal fundamento na maximização da felicidade do maior número de pessoas a partir de uma teoria liberal, possibilitando que cada pessoa que compõe determinada sociedade possa alcançar a própria felicidade, desde que não haja danos às pessoas que eventualmente sejam atingidas pela conduta.

justiça como equidade, relacionado aos “princípios de justiça” e sua aplicabilidade frente à estrutura base da sociedade (RIOS, 2017).

O conceito básico da teoria pressupõe que os princípios de justiça que a norteiam seriam ajustados em uma situação de igualdade, ou seja, esses princípios seriam considerados o objeto de um acordo original em uma situação inicial definida. Nesta posição original, Rawls “subtrai” certas informações dos indivíduos, acerca de suas posições e convicções, obrigando-os, assim, a admitir dado ponto de partida dotado de uma visão imparcial, ou seja, os indivíduos não têm qualquer noção de sua real posição social, assim como não tem conhecimento de qualquer convicção substantiva (seja moral, religiosa, política, econômica, etc.). Essa subtração de informação tem a finalidade precípua de forçar uma imparcialidade, o que Rawls chamará de “Véu de Ignorância” (RODRIGUES, 2015).

Sobre a posição original, Rawls (2008, p. 20) de forma clara explica que:

[...] a posição original é o *status quo* inicial apropriado para garantir que os acordos fundamentais nele alcançados sejam equitativos. Esse fato gera a expressão “justiça como equidade”. Torna-se claro, então, que quero dizer que uma concepção de justiça é mais razoável que outra, ou mais justificável do que outra, quando pessoas racionais na situação inicial escolheriam seus princípios, e não outros, para o papel da justiça. As concepções de justiça devem ser classificadas por sua aceitabilidade a pessoas nessas circunstâncias.

Ou seja, a posição original passa a ideia de que os princípios de justiça serão escolhidos a partir de um acordo numa situação igualitária. Esta posição original é o ponto crucial da teoria, uma vez que estabelece um processo de escolha de princípios de justiça que servirão de orientação na estrutura básica de uma sociedade.

Já quanto ao véu de ignorância, este garante que ninguém seja privilegiado ou tenha prejuízo na escolha dos princípios, seja por problemas sociais ou qualquer outra mazela, uma vez que todos estão em pé de igualdade, o que impede a escolha de princípios que

favoreçam particularidades. O véu de ignorância faz com que as partes tenham ciência apenas das formas mais gerais da sociedade. Segundo ensinamentos de Rawls (2008, p. 166):

Em primeiro lugar, ninguém sabe qual é o seu lugar na sociedade. classe nem status social; além disso, ninguém conhece a própria sorte na distribuição dos dotes e das capacidades naturais, sua inteligência e força, e assim por diante. Ninguém conhece também a própria concepção de bem, as particularidades de seu projeto racional de vida, nem mesmo as características especiais de sua psicologia, como sua aversão ao risco ou as tendências ao otimismo ou ao pessimismo. Além do mais, presumo que as partes não conhecem as circunstâncias de sua própria sociedade. Isto é, não conhecem a posição econômica ou política, nem o nível de civilização e cultura que essa sociedade conseguiu alcançar. As pessoas na posição não sabem a qual geração pertencem.

Neste contexto, o ideal hipotético dessa “posição original”, na qual os indivíduos com o “véu de ignorância” escolhem os “princípios de justiça” que irão nortear a estrutura base da sociedade, pode-se afirmar que gera a expressão “justiça com equidade”.

Portanto, Rawls supõe que os princípios escolhidos sob este panorama honrariam mais que quaisquer outros, as ideias de imparcialidade e equidade. Importante destacar que os princípios seguem uma hierarquia que é denominada de ordenação serial ou lexical. Isto significa que o primeiro princípio tem preferência sobre o segundo e assim por diante. Para efeito mais esclarecedor passa-se a expor os princípios.

### **3.1 Princípio da igual liberdade**

Este é o primeiro princípio de justiça e é caracterizado por garantir liberdades básicas a todos os membros da sociedade que convivem em cooperação social. É o princípio prioritário porque ele garante que as liberdades podem ser efetivamente estabelecidas e

que não poderão ser trocadas por liberdades menores ou desiguais e tampouco sofrer limitações (GARGARELLA, 2008).

Dentre as liberdades fundamentais Rawls (2008, p. 74) define da seguinte forma:

[...] a liberdade política (o direito ao voto e a exercer cargo público) e a liberdade de expressão e reunião; a liberdade de consciência e de pensamento; a liberdade individual, que compreende a proteção contra a opressão psicológica, a agressão e a mutilação (integridade da pessoa); o direito à propriedade pessoal e a proteção contra prisão e a detenção arbitrárias, segundo o conceito de Estado de Direito.

Na teoria, Rawls afirma que cada pessoa deve ter um direito igual ao sistema mais extenso de iguais liberdades fundamentais que seja compatível com um sistema similar de liberdades para todos. Essas liberdades, embora não sejam absolutas, não podem ser violadas ou restringidas, mas somente quando fortalecerem o próprio sistema total, sob pena de não favorecer a seguridade do princípio de justiça.

O que realmente importa, da ótica da justiça social, é o que as pessoas podem fazer com seus direitos e liberdades. Em uma sociedade liberal justa, as liberdades fundamentais são iguais para todos – elas definem uma estrutura institucional que garante os mesmos direitos, isenções, prerrogativas e oportunidades para todos (VITA, 2000, p. 216).

### **3.2 Princípio da igualdade**

O segundo princípio está relacionado à distribuição de renda e riqueza. Rawls, aceita as desigualdades econômicas e sociais, desde que tragam o maior benefício possível aos menos favorecidos e desde que se tenha igualdade de oportunidades. Essa ideia de distribuição de renda e oportunidades, na concepção de Rawls, não

deve ser fundamentada em fatores arbitrários do ponto de vista moral (SANDEL, 2015).

Deste princípio decorrem outros dois, os quais são: o princípio da igualdade equitativa de oportunidades e o princípio da diferença.

Ralws (2008, p. 88) explica o princípio da igualdade equitativa de oportunidades no seguinte contexto:

Em todos os setores da sociedade deve haver perspectivas mais ou menos iguais de cultura e realizações para todos os que têm motivação e talentos semelhantes. As expectativas dos que têm as mesmas capacidades e aspirações não devem sofrer influências da classe social a qual pertencem.

Segundo a teoria, pode-se concluir que embora a situação de riqueza e de renda não precise ser igual, deve ser vantajosa para todos e, ao mesmo tempo, os cargos de autoridade e responsabilidade devem ser acessíveis a todos (RALWS, 2008).

Por fim, como já explicado anteriormente, o último princípio na ordem lexical é o princípio da diferença que será tratado a seguir.

### **3.3 Princípio da diferença**

Este princípio não propõe uma relação de igualdade entre todos os cidadãos no sentido de todos possuírem uma distribuição igualitária de renda e riqueza. Nas palavras do filósofo:

Segundo o princípio de diferença, só é justificável se a diferença de expectativas for vantajosa para o indivíduo representativo que está em pior situação, neste caso o trabalhador representativo não-qualificado representativo. A desigualdade de expectativas só é permissível se a redução nas expectativas desse indivíduo representativo tornasse a classe trabalhadora ainda mais desfavorecida. Supõe-se que, dada a cláusula do segundo princípio relativa a posições abertas e, de maneira geral, ao princípio da liberdade, as maiores expectativas permitidas aos empresários os incentivam a fazer coisas que elevam as perspectivas da classe trabalhadora. As melhores perspectivas daqueles servem de

incentivos para que o processo econômico seja mais eficaz, a inovação se instaure num ritmo mais acelerado, e assim por diante. (RALWS, 2008, p. 94)

Ou seja, conclui-se que no caso de desigualdades econômicas e organizacionais, as mesmas deverão ser tratadas de um modo que todos os membros da sociedade venham se beneficiar. Aqui depreende-se a preocupação de Rawls com a igualdade, pois as desigualdades devem ser justificadas, sobretudo para os que ocupam a pior posição na sociedade.

Para o filósofo, a igualdade não é algo dado pela natureza ou por contingências sociais, mas sim algo que deve ser construído apesar da discrepância existente na natureza e na sociedade. O que se pode perceber é que este princípio fornece a construção da igualdade através do auto-respeito, principalmente aos que ocupam piores posições na sociedade.

Assim assinalou Vita (2000, p. 217) acerca do princípio:

O que se diria aos que se encontrassem na pior situação sob a estrutura básica de uma sociedade liberal justa é o seguinte: “o princípio de diferença maximiza (em termos absolutos) a parcela de bens primários propiciada aos que se encontrarem pior situados sob essa estrutura. Podemos dizer, então, que a distribuição de bens primários de acordo com o princípio de diferença maximiza o valor das liberdades iguais para os que estão menos capacitados a se valer delas.

Para Rawls essa é uma parte importante da justificação do princípio da diferença para os mais desprivilegiados, uma vez que, maximizar as liberdades iguais para os que estão mais mal posicionados constitui o próprio fim da justiça social. Enfim, o fim da justiça social, em outros termos, é o de maximizar a liberdade efetiva de todos.

Quanto a concepção geral de justiça, Rawls (2008, p. 62) afirma que:

Todos os valores sociais – liberdade e oportunidade, renda e riqueza e as bases sociais do auto-respeito – devem ser distribuídos igualmente, a não ser que uma distribuição desigual de quaisquer desses valores, ou de todos eles, beneficie todos. A injustiça, então, consiste simplesmente em desigualdades que não se estabelecem em benefício de todos.

É neste ponto que a ideia do presente artigo se desenvolve. A utilização da Teoria de justiça como equidade como base teórica para uma interpretação da fase do inquérito policial com mais justiça. Como já referido, pode-se fazer um paralelo entre a fase do inquérito policial e a fase em que o filósofo John Rawls denomina de posição original, em que todos os envolvidos no processo devem possuir igualdade de condições. Portanto, no próximo capítulo se fará uma leitura da referida teoria buscando uma melhor interpretação em prol de um inquérito policial mais justo e equânime que repercuta em um processo penal efetivo.

#### **4. O inquérito policial justo como mecanismo de efetivação dos direitos e garantias fundamentais**

Partindo da ideia de que há similitudes entre a teoria de Rawls e o inquérito policial brasileiro, pode-se dizer que o inquérito, como momento *a quo*, seria a posição original da teoria explicitada acima. Ademais, poder-se-ia afirmar que o procedimento investigativo para ser justo deve garantir a aplicabilidade de todos os princípios e garantias fundamentais de forma equânime a fazer de maneira que as partes - acusador e investigado - estejam em “pé de igualdade” e que, nenhuma mazela seja social e/ou econômica, possa influenciar de forma a causar injustiça (RODRIGUES, 2015).

Essa injustiça, aqui, deve ser entendida como definida na teoria de Rawls pelo princípio da diferença, isto é, em desigualdades que não se estabelecem em benefício de todos. Ora, um inquérito em que não se respeita o princípio da paridade de armas, em que não se respeitam os direitos e garantias do investigado, um inquérito

eivado de vício e nulidades, não está em consonância com o espírito garantista da Constituição Federal pátria. Se apresenta, portanto, como um inquérito injusto e, conseqüentemente, precisa ser combatido.

O instrumento necessário para que haja um inquérito policial justo é a obediência às garantias e aos princípios constitucionais no transcorrer da investigação criminal, representados, pela adoção do contraditório e da ampla defesa, bem como pela participação do advogado no inquérito policial. Com a adoção de tais instrumentos, defende-se que haverá plenitude do princípio da paridade de armas, ou seja, uma igualdade entre as partes, aludindo à teoria de justiça de Rawls.

Na busca de um equilíbrio entre a autoridade policial e o investigado, a adoção do contraditório no inquérito consistirá na possibilidade fornecida ao indiciado, por intermédio de seu defensor ou não, de manifestar-se sobre as provas produzidas no decorrer da investigação criminal.

Assim se posiciona Choukr (2006, p. 123):

A forma de tratamento da dicotomia *segurança x liberdade* antes apresentada, hoje fortemente inclinada para o reconhecimento do maior número de garantias para o suspeito desde o início da persecução penal, reserva um ponto assaz delicado quando se pensa na inclusão ou não do contraditório durante a etapa investigativa.

Na lição de Fernandes (2005, p. 65), comparando a Constituição de 1988 com a anterior, ensina que:

Na nova redação, não se restringe mais o contraditório à atividade instrutória, como constava da Constituição anterior. Aliás, mesmo antes, a doutrina abrangia na exigência do contraditório as alegações das partes, afirmando que a atividade instrutória “abrange todos os atos capazes de influir na formação do convencimento do julgador, pela prova e fora da prova” ou que “instruir” equivale a “preparar”.

Aury Lopes Jr. adverte que o indiciamento traz consequências ao investigado e que “com o inquérito policial, o sujeito passivo está submetido a toda uma série de atos e *degradation ceremonies* que integram e são inerentes à própria investigação” (LOPES JR, 2006, p. 281)

O professor Choukr é um dos defensores da adoção do princípio do contraditório no inquérito policial, por entender que o indiciado deve ser visto como um sujeito possuidor de direitos e garantias e não simples objeto de investigação. Em sua obra, elenca os argumentos básicos para adoção de tal princípio:

[...] a) ser esta etapa um verdadeiro “processo administrativo” preparatório ao exercício da ação penal; b) haver neste processo um conflito de interesses, portanto existindo litígio e, por consequência, litigantes. **O contraditório surge, então, exatamente dentro do quadro garantidor do novo direito processual administrativo.** – *grifos nossos* (CHOUKR, 2006, p. 127)

Nesta mesma esteira de raciocínio, o princípio da ampla defesa no inquérito policial também merece destaque. A adoção deste princípio consiste, além de oportunizar a autodefesa ao indiciado, também na obrigatoriedade de participação de defensor no transcorrer da investigação criminal.

Marta Saad afirma que o direito de defesa deve ser assegurado no curso do Inquérito Policial, mas não só a autodefesa, insuficiente ante o comprometimento emocional e o desconhecimento técnico do imputado, e sim, também, a defesa técnica, através, de advogado habilitado e comprometido na defesa dos interesses do sujeito passivo (SAAD, 2004, p. 202).

Ademais, a ampla defesa, com a atuação de defensor técnico, é garantia constitucional, prevista no art. 5º, LV da Carta Magna brasileira<sup>9</sup>, não podendo ser abolida da fase investigativa.

---

<sup>9</sup> Artigo 5º, LV: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) LV: aos litigantes, em processo

É certo que a ampla defesa precisa ser adaptada ao inquérito pela sua necessidade e, neste sentido leciona Lopes Jr. (2006, p. 304):

O direito de defesa é um *direito-réplica*, que nasce com a agressão que representa ao sujeito passivo a existência de uma imputação ou ser objeto de diligências e vigilância policial. Nesta valoração reside um dos maiores erros de alguma doutrina brasileira que advoga pela inaplicabilidade do art. 5º, LV, da CB ao inquérito policial, argumentando, simploriamente, que não existem “acusados” nessa fase, eis que não foi oferecida denúncia ou queixa. [...] qualquer notícia-crime que impute um fato aparentemente delitivo a uma pessoa determinada constitui uma imputação, no sentido jurídico de agressão, capaz de gerar no plano processual uma resistência. Da mesma forma, quando da investigação *ex officio* realizada pela polícia surgem suficientes indícios contra uma pessoa, a tal ponto de tornar-se alvo da investigação [...].

É verdade que a participação de advogado no inquérito já é assegurada, porém este não possui o direito de requerer a produção de provas, o que constitui uma mitigação, ou melhor, uma verdadeira afronta ao princípio da ampla defesa. Pois, a mera participação do advogado, sem que possa tomar qualquer tipo de providência para realizar a defesa de seu cliente, não se constitui em ampla defesa.

O que se verifica na realidade é que essa participação é restrita, sendo necessária a ampliação da atividade desenvolvida pelo advogado para que se estabeleça, verdadeiramente, a ampla defesa no inquérito. Assim, dentro deste contexto, far-se-á necessário apontar breves linhas acerca da atuação do advogado no inquérito policial.

Marta Saad (2004, p. 203) acerca do tema:

[...] a atuação do advogado é relevante para solicitar a produção de provas, em favor do suspeito ou indiciado, de modo a garantir, posteriormente, um juízo de acusação justo e equilibrado. O tempo

muitas vezes trabalha em desfavor do acusado e, em sendo assim, a pronta assistência de advogado garante a juntada de documentos importantes e esclarecedores, a localização de testemunhas ou a formulação de quesitos, para a prova pericial.

Ou seja, no entendimento da doutrinadora, para que haja efetivamente respeito ao princípio da ampla defesa, torna-se indispensável a participação de advogado no transcorrer da investigação criminal, isso de forma efetiva, o que significa dizer que, ao defensor do indiciado, deve ser oportunizado o direito de requerer provas capazes de auxiliar na busca da verdade real dentro do inquérito policial.

A doutrina entende a necessidade de uma participação ativa do defensor técnico – e não uma mera participação – como algo imprescindível à obediência ao princípio da ampla defesa no inquérito policial. Assim preleciona Lopes Jr. (2006, p. 307):

No inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, [...] na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. [...] Dentro do inquérito basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP.

O mesmo doutrinador (2006, p. 285) durante a sua obra, continua sua explanação no sentido que:

Em suma, entendemos que o art. 5º, LV, da Constituição não pode ser objeto de uma leitura restritiva, senão que o CPP deve adaptar-se à nova ordem constitucional, admitindo-se a existência de contraditório e ampla defesa no inquérito policial, ainda que com um alcance mais limitado que aquele reconhecido na fase processual, atendendo às especiais particularidades da investigação preliminar. Trata-se de uma **ampliação positiva do manto protetor dos direitos e garantias fundamentais**[...]. – *grifos nossos*

Portanto, parte da doutrina defende esta mudança de paradigma para que haja uma participação mais ativa do advogado no inquérito policial, a fim de garantir que não ocorra nenhum tipo de prejuízo ao indiciado e para que sejam obedecidos os preceitos constitucionais.

Como bem destacado pelo mestre garantista Aury Lopes Jr., “a justificação da defesa técnica está na presunção de hipossuficiência do sujeito passivo, de que ele não tem conhecimentos necessários e suficientes para resistir à pretensão estatal, em igualdade de condições técnicas com o acusador” (LOPES JR., 2006, p. 306).

Portanto, conclui-se que é imprescindível que seja garantido o contraditório e a ampla defesa em sua plenitude, bem como a participação ativa do advogado no inquérito policial. Só assim os envolvidos estarão numa posição original de igualdade em que se estará realmente observando um tratamento isonômico entre as partes assim como preceitua o princípio da paridade de armas.

## 5. Conclusão

Atualmente, os sistemas processuais penais não são mais puros. Apresentam características do outro sistema processual, sendo sempre, na essência, inquisitório ou acusatório. O sistema processual penal brasileiro é, e sempre foi, inquisitório e a permanência desse sistema se deu e, ainda se dá, por motivos políticos e ideológicos daqueles que possuem o poder.

A utilização do inquérito policial neste tipo de procedimento atual vai de encontro com o artigo 5º, inciso LV da Constituição Federal de 1988. Pois, os elementos colhidos e da forma que são colhidos não se submetem de forma efetiva às garantias processuais penais constitucionalmente asseguradas.

A proposta da pesquisa foi demonstrar que o inquérito policial desafia uma teoria da justiça, ou seja, se demonstra um procedimento injusto para o investigado. Com a teoria da Justiça de

John Rawls se tentou fazer um paralelo e contextualizar o inquérito dentro da posição original de um processo penal justo e, assim, garantir o princípio da paridade de armas, isto é, de uma equidade entre as partes.

Para tanto, se defendeu no artigo a adoção de garantias constitucionais aplicadas no processo penal ao procedimento administrativo, qual seja, o inquérito policial. A existência de um processo penal democrático é uma medida que se verifica necessária para que a persecução criminal brasileira seja efetivamente, e não apenas de direito, acusatória, restando, sem sombra de dúvidas distante de qualquer possibilidade de injustiça.

## 6. Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao\\_compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao_compilado.htm) Acesso em 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal**. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm) Acesso em 31 out. 2018.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CIDH. **Convenção Americana de Direitos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 1969**. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em 31 out. 2018.

CONTI, Carlos Eduardo Oliveira. **Investigação criminal defensiva como garantia do contraditório e ampla defesa**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Católica de Petrópolis, 2017.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O ato administrativo de instauração do inquérito policial**. In: BARRA, Rubens Prestes; ANDREUCCI, Ricardo Antunes (Coords.) Estudos jurídicos em homenagem a Manoel Pedro Pimentel. São Paulo: RT, 1992.

FERNANDES, Antônio Scarance. **Processo penal constitucional**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GARGARELLA, Roberto. **As teorias de Justiça depois de Rawls: Um breve manual de filosofia política**. Tradução de Alonso Reis Freire. São Paulo: WMF MARTINS FONTES, 2008.

GEMAQUE, Sílvio César Arouck. **A necessária influência do processo penal internacional no processo penal brasileiro**. Brasília: CJF, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **“As garantias constitucionais do processo” in Novas tendências do direito processual**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990.

LOPES JUNIOR, Aury. **A crise do inquérito policial: breve análise dos sistemas de investigação preliminar no processo penal**. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 4, p. 39-66, out/nov. 2000.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional**. vol. I. 3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

\_\_\_\_\_. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A investigação criminal defensiva**. Dissertação (Mestrado em Direito). FDUSP. São Paulo, 2009.

MALAN, Diogo Rudge. **Investigação defensiva no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. São Paulo, vol. 96, p. 2-5, 2012.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. v. 1. Campinas: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

ONU. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Disponível em: [http://www.refugiados.net/cid\\_virtual\\_bkup/asilo2/2pidcp.html](http://www.refugiados.net/cid_virtual_bkup/asilo2/2pidcp.html) Acesso em 31 out. 2018.

\_\_\_\_\_. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf> Acesso em 31 out. 2018.

RANGEL, Paulo. **Direito processual penal**. 26 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução Jussara Simões e Álvaro de Vita Esteves. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

RIOS, Vinicius Custódio. **O acesso à justiça sob o enfoque da Teoria da Justiça de John Rawls**. São Paulo. 2017.

RODRIGUES, Eulina Maia. **Inquérito policial justo: a instrumentalização dos direitos humanos e fundamentais dos envolvidos sob enfoque do ideal de justiça de John Rawls**. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade da Amazônia UNAMA, 2015.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SANDEL, Michael J. **Justiça**. tradução de Heloísa Matias e Maria Alice Máximo – Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo**. Revista eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 4, Out/Nov/Dez, 2005. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/458> Acesso em: 31 out. 2018.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa, apud BARBOSA, Manoel Messias. **Inquérito Policial: Doutrina, prática, jurisprudência**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

VITA, Alvaro de. **A justiça igualitária e seus críticos**. São Paulo: Editora UNESP, 2000.



## **A (in) constitucionalidade formal e material da medida provisória nº. 873/2019 e a violação ao princípio constitucional da autonomia sindical**

*Andréa Arruda Vaz*<sup>1</sup>  
*Ericson de Castro Ivankio*<sup>2</sup>

### **1. Introdução**

Às vésperas do carnaval de 2019, na data de 1º de março de 2019, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República, publicou a Medida Provisória (MP) nº 873, que trouxe alterações à Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), em especial ao que tange às contribuições sindicais e a sua forma de custeio e recolhimento.

Diante da publicação da MP 873/2019, sem que houvesse qualquer discussão ou aviso prévio, a comoção popular foi grande,

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Centro Universitário do Brasil - UniBrasil, turma 2013. Professora de direito e processo do trabalho, Prática Real e simulada III. Conselheira da OAB/Pr, subseção Araucária, Diretora da Comissão de Direito do Trabalho da OAB/PR - subseção Araucária; Coordenadora da ESA, na OAB/PR - subseção Araucária; Professora convidada na pós-graduação, nos cursos de Gestão Administrativa e financeira e Gestão de Recursos Humanos na UNINTER. Professora convidada na pós-graduação em Direitos Humanos na PUC/PR. Professora no curso de Direito e na disciplina de História do Direito na Faesp. Advogada atuante nas áreas de direito e processo do trabalho, direito coletivo do trabalho, direito civil e direito administrativo. Autora de diversos artigos (em revistas nacionais e internacionais), capítulos de livros e do livro: Direito Fundamental a Liberdade sindical no Brasil e os Tratados de Direitos Humanos. Autora em coautoria do livro O dilema do Sindicato único no Brasil, publicado na Europa; Pesquisadora nas Áreas de Direitos Fundamentais, Direito Internacional do Trabalho, Direito Constitucional e Direitos Humanos. E-mail: andrea@andrevaz.adv.br.

<sup>2</sup> Bacharel em Direito pelo Centro Universitário UniDomBosco. Advogado atuante nas áreas de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho. Pesquisador nas áreas de Direitos Fundamentais e Direitos Humanos. Pós-Graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário. Pós-Graduando em Direito Empresarial. E-mail: ericsonivankio@gmail.com.

em especial pelas entidades que legitimamente representam as classes dos trabalhadores, os sindicatos, trazendo os mais diversos questionamentos acerca da sua (in) constitucionalidade. Portanto, seria esta MP constitucional ou inconstitucional?

## **2. A medida provisória nº 873 – da inconstitucionalidade e da violação ao princípio da autonomia sindical**

Anteriormente à publicação da MP 873, ocorrida em 1º de março de 2019, as entidades sindicais já passavam por diversos problemas financeiros, em especial advindos pela Reforma Trabalhista, trazida pela Lei 13.467 de 2017, que já havia alterado o artigo 578 da CLT. Com a Reforma, o referido artigo passou a ter a seguinte disposição:

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, **desde que prévia e expressamente autorizadas.** (*grifo nosso*)

A alteração trazida pela Reforma continuou prevendo a contribuição sindical devida aos sindicatos pelos respectivos trabalhadores, porém, enquanto era obrigatória e compulsória antes da Reforma, agora passou a ser facultativa, tendo a necessidade de prévia e expressa autorização, o que, por certo, conferiu o direito à diversos trabalhadores de não contribuírem aos sindicatos. Tal elemento é o que se chama de liberdade negativa.

Não bastasse, após quase dois anos da publicação da Reforma Trabalhista, o governo editou a MP nº. 873, que, novamente, trouxe diversas alterações à CLT, em especial ao artigo 578:

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão

recolhidas, pagas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, sob a denominação de contribuição sindical, desde que prévia, voluntária, **individual** e expressamente autorizado pelo empregado. (*grifo nosso*)

A alteração da CLT, além de prever que a autorização para a contribuição sindical seja expressa, o que é de todo razoável, trouxe o requisito de que esta seja firmada de modo individual. Ora, um determinado número de empregados não pode se reunir e elaborar um documento requerendo expressamente o desconto em folha de pagamento, referente a contribuição? Tal norma interfere diretamente na autonomia individual e ainda mais na autonomia sindical. Ademais, o Presidente da República, ao editar tal medida provisória interfere em procedimentos e elementos administrativos que não competem ao Estado. Ademais, o sindicato é dotado de um manto protetivo chamado autonomia sindical, que basicamente consiste na vedação de intervenção do Estado nas atividades sindicais.

Ainda, a referida MP alterou o artigo 579, § 1º, da CLT para mais uma vez reiterar o modo individual da manifestação de vontade:

Art. 579. O requerimento de pagamento da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e voluntária do empregado que participar de determinada categoria econômica ou profissional ou de profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, na inexistência do sindicato, em conformidade o disposto no art. 591.

§ 1º **A autorização prévia do empregado a que se refere o caput deve ser individual, expressa e por escrito**, não admitidas a autorização tácita ou a substituição dos requisitos estabelecidos neste artigo para a cobrança por requerimento de oposição. (*grifo nosso*)

Evidente a necessidade da MP em deixar claro a necessidade da autorização da contribuição sindical, além de expressa, ser individual.

Outra alteração absurdamente ilegal e inconstitucional é a constante no artigo 582 da CLT, determinando que “A contribuição dos empregados que autorizarem, prévia e expressamente, **o recolhimento da contribuição sindical será feita exclusivamente por meio de boleto bancário ou equivalente eletrônico, que será encaminhado obrigatoriamente à residência do empregado ou, na hipótese de impossibilidade de recebimento, à sede da empresa**”.

Tal artigo trouxe disposição claramente abusiva, invasiva e totalmente desproporcional, ilegal e inconstitucional, conforme se passará a abordar de forma verticalizada, neste tópico.

A MP 873/2019 impõe que a forma de recolhimento das contribuições sindicais seja realizada por meio de boleto bancário, em total violação ao artigo 8º, inciso IV da Constituição de 1988, que versa que “**IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei**”(grifo dos autores).

A medida provisória em questão impõe a aniquilação das atividades sindicais, com a revogação da autorização para desconto em folha de pagamento do valor da contribuição mensal associativa. Nessa linha, fica evidente que o normativo estabelecido pela Medida Provisória viola os seguintes artigos da Constituição de 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

**XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar;** (*Grifo nosso*)

Se a Liberdade é plena, não poderia sofrer interferências a ponto de o Presidente da República ditar o *modus operandi* de

procedimentos administrativos e internos do sindicato. Ademais, se o Presidente da República impõe modos de atuação e de realização da atividade sindical, esta MP viola diretamente os princípios de égide constitucional. Ademais, a própria constituição impede que o Estado interfira nas atividades sindicais, sob pena de retornarmos ao Estado “medieval” do sindicalismo no Brasil, quando o Estado e o empresariado é quem ditavam as regras para existência do sindicato. O Estado Democrático de Direito já não admite mais aquele modelo Estatal intervencionista, quando o assunto é a atividade sindical, logo, ao invés de intervir, é preciso assegurar uma maior liberdade quando o assunto é a atividade sindical no país.

No caso em tela, um dos preceitos basilares do direito coletivo e da democracia é a manutenção da autonomia e liberdade de atuação dos sindicatos. Os sindicatos devem agir de forma livre, sem imposições e sem qualquer intervenção, sob pena de violação direta aos princípios da autonomia e liberdade sindical. Esta já tão degradada por conta do sistema de sindicato único no país.

Se agora, numa atitude inconstitucional, visivelmente com a intenção de aniquilar as atividades sindicais no Brasil, o Estado retirar a autonomia e passar a legislar, ainda que inadequadamente, ditando regras internas e procedimentos a serem tomados pelo sindicato, claramente se está diante de um sistema totalitário e antidemocrático equivalente aos tempos medievais, em que o sindicato era gerido pelo Estado. Tal como a sociedade, os sindicatos não podem suportar e ao Poder Judiciário cabe a resposta, a altura. Ademais, ao Poder Judiciário cumpre limitar os excessos do Executivo, aplicando a lei e ajustando a moldura nos limites da democracia e da legalidade.

No caso em tela, a implementação da mencionada MP pelo governo, inviabilizará ainda mais as atividades sindicais, gerando inclusive o risco de desaparecimento do sindicato da categoria, perecendo os trabalhadores à mercê do empregador.

Nesse mesmo viés, a Constituição de 1988, em seu artigo 8º, apresenta a liberdade para livre associação profissional ou sindical.

Ainda, a MP 873 está em total contrariedade ao conteúdo do Art. 8º, inciso I e II, que versa o seguinte:

**I - A lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;**

- Ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

II - A assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, **será descontada em folha**, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

III - Ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato; (*grifo nosso*)

Ora, se a Constituição de 1988 determina de modo fundamental e imperativo que o Estado não pode intervir no sindicato, pertencendo a este a total liberdade e autonomia para fazer a gestão sindical, inclusive quanto às contribuições, que devem também por meio de imposição constitucional, ser descontadas em folha de pagamento.

A medida provisória editada pelo Presidente da República fere e atenta diretamente ao artigo 8º da CF/1988. Na mesma linha o inciso XVII do art. 5º da CF, que assegura o direito ao exercício de liberdade sindical de forma plena, ainda que do ponto de vista formal, assim como garante a liberdade para gestão e administração do sindicato, sem a intervenção do Estado. O rol de direitos e garantias constitucionais assegura não só o exercício da liberdade sindical, assim como a estruturação e realização das atividades de forma livre, independente e plena.

Da mesma forma que o artigo 8º da CF veda a intervenção nos sindicatos e suas atividades, assim preza a CLT em seu artigo 525, que assegura que:

É vedada a pessoas físicas ou jurídicas, estranhas ao Sindicato, qualquer interferência na sua administração ou nos seus serviços”.  
Parágrafo único - Estão excluídos dessa proibição: a) os delegados do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, especialmente designados pelo ministro ou por quem o represente; b) os que, como empregados, exerçam cargos no Sindicato mediante autorização da Assembleia Geral.

Ora é uma vedação expressa a intervenção, além de que a tentativa de construir obstáculos ao exercício da atividade sindical pode ser configurada como prática antissindical. No caso concreto, o presidente da República se utilizando de prerrogativa legislativa, ainda que abusivamente, pratica nítida e literalmente uma conduta antissindical e que merece ser freada pelo Poder Judiciário. Ademais, o limite para a atuação do Executivo é por certo o poder judiciário.

A intervenção direta e verticalizada na organização sindical é uma violação direta a preceitos elementares ao Estado Democrático de Direito. Ademais, tal MP inviabilizará as atividades sindicais no Brasil, pois além de prejudicar de plano o caráter da mesma, é de nítida intenção de dificultar ao máximo o exercício da atividade sindical no país.

Ademais, empregados desprovidos de representação são submetidos aos maiores e letais escárnios laborais e exploratórios. Tal fato é grave e não pode se prolongar, sob pena de violações graves a direitos humanos, pelo chefe maior da nação, qual seja, o Presidente da República.

A prova da tentativa insana de se prejudicar os sindicatos e inviabilizar as atividades sindicais está demonstrada na necessidade de que os sindicatos terão que ter estruturas bancárias, parcerias ou convênios, todos com custo, pois bancos não trabalham sem contraprestação. Logo, além de inviabilizar e dificultar, o sindicato ainda terá custos para suportar com emissão de boletos bancários e remessa de correspondências ao empregado, por exemplo.

Aqui não se pretende interpretar as pretensões do Presidente da República, mas certamente o sucateamento total das atividades sindicais é um dos passos importantes para se levar adiante a ideia de extinção da justiça do trabalho. Visível as frentes de trabalho nesse sentido e a sociedade precisa de uma resposta do Poder Judiciário. A resposta deve vir na forma de reconhecimento das ilegalidades e arbitrariedades cometidas pelo Executivo, ainda que partindo do cargo mais alto da nação.

O combate nítido e aflorado pelo Executivo Nacional às atividades associativas e especialmente sindicais têm um impacto direto em outras medidas antidemocráticas que estão a caminho, entre elas redução de direitos laborais e precarização do trabalho, além da absurda pretensão de extinguir a justiça do Trabalho. Táticas como essa, aliadas a retirada do imposto sindical e manutenção do sistema de sindicato único no país demonstram claramente um atentado à democracia e a visível tentativa do Estado de aniquilar as atividades sindicais no país.

Tais medidas vão diretamente de encontro aos preceitos fundamentais e, seguindo profundamente, são uma afronta também aos tratados de direitos humanos que o Brasil internalizou. A Medida Provisória 873 ataca diretamente o núcleo essencial do direito sindical no país, na mais clara violação a direitos humanos e em medida totalmente antissindical e antidemocrática. Em linhas diretas, o atentado é direto e literal à Constituição da República.

### **3. Da violação aos tratados de Direitos Humanos – do direito humano e fundamental à sindicalização**

O Brasil é signatário da ONU desde a sua fundação, e de certo tem o dever de cumprir os pactos desta instituição internacional, sob pena de responsabilidade no plano internacional. Dentre estes pactos se encontra a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 traz a seguinte disposição em seu artigo 2º:

Artigo 2º **Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração**, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania. *(grifo nosso)*

O artigo 2º da declaração Universal de Direitos Humanos é incisivo quanto a universalidade dos direitos humanos e do direcionamento da mesma, qual seja, para todos os seres humanos, logo legítimo se invocar aqui uma norma internacional, assim como tem o país o dever de cumprir.

No mesmo sentido, o Artigo 20º, versa que “**1. Toda a pessoa tem direito à liberdade de reunião e de associação pacíficas. 2. Ninguém pode ser obrigado a fazer parte de uma associação**”. Claramente o artigo traz a liberdade de associação, proferindo tal direito a todas as pessoas. Neste viés, a medida do presidente da República contraria tal preceito, pois atenta diretamente ao direito de associação, criando impasses e dificuldades que de plano aniquilarão as atividades sindicais no país.

Ainda, o artigo 23º da DUDH assegura que:

1.Toda a pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do trabalho, a condições equitativas e satisfatórias de trabalho e à protecção contra o desemprego. 2.Todos têm direito, sem discriminação alguma, a salário igual por trabalho igual. 3.Quem trabalha tem direito a uma remuneração equitativa e satisfatória, que lhe permita e à sua família uma existência conforme com a dignidade humana, e completada, se possível, por todos os outros meios de protecção social. **4.Toda a pessoa tem o direito de fundar com**

outras pessoas sindicatos e de se filiar em sindicatos para defesa dos seus interesses. (grifo nosso)

Evidente que a declaração universal assegura em sua amplitude o direito ao livre exercício das atividades sindicais no plano interno dos países.

Nesse mesmo sentido é o pacto adicional denominado ***Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) em seu Artigo 22:***

§1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de constituir sindicatos e de a eles filiar-se, para proteção de seus interesses.

§2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos por membros das forças armadas e da polícia.

§3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que os Estados-partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam – ou a aplicar a lei de maneira a restringir – as garantias previstas na referida Convenção. (grifo nosso)

O Pacto verticaliza de maneira cirúrgica os direitos e garantias, reafirmando o direito à liberdade sindical, logo um direito elementar e basilar à atividade sindical. Ainda, o parágrafo segundo assegura o direito do trabalhador, assim como do sindicato, em não sofrer restrições em seus direitos. Logo, não se pode a atividade sindical sofrer restrições, as quais apenas podem ocorrer para um bem maior, qual seja, para manutenção de Democracia.

O que no caso em tela, acontece ao contrário, pois o presidente da República ao editar a MP inconstitucional formal e material, além

de antidemocrática, atenta diretamente contra a democracia e mais, em face dos direitos e garantias mínimas dos trabalhadores. O parágrafo 4º do mesmo artigo chama a atenção dos Estados, os quais têm o dever legal de adotar medidas para assegurar o livre exercício da atividade sindical. Em tempo, o Estado está impedido de adotar medidas que restrinjam direitos ou garantias previstas na Convenção.

No caso do Brasil, o presidente da República age em total ofensa ao dispositivo acima ao editar em total irregularidade a MP que viola o direito à liberdade sindical, assim como em total violação aos preceitos democráticos do país e da constituição da República. Ao ofender tal pacto, o Estado viola Direitos Humanos, ou seja, o Presidente da República por meio de medida legislativa viola Direitos Humanos, o que deve ser levado inclusive a conhecimento das autoridades internacionais.

Neste mesmo viés, O Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, também da ONU, versa que:

Artigo 6.º. 1. **Os Estados Partes** no presente Pacto reconhecem o direito ao trabalho, que compreende o direito que têm todas as pessoas de assegurar a possibilidade de ganhar a sua vida por meio de um trabalho livremente escolhido ou aceite, **e tomarão medidas apropriadas para salvaguardar esse direito.** 2. As medidas que cada um dos Estados Partes no presente Pacto tomará com orientação técnica e profissional, a elaboração de políticas e de técnicas capazes de garantir um desenvolvimento econômico, social e cultural constante e um pleno emprego produtivo em **condições que garantam o gozo das liberdades políticas e econômicas fundamentais de cada indivíduo.** *(grifo nosso)*

Ao Estado cumpre tomar medidas para assegurar direitos e garantias laborais, assim como assegurar o exercício de direitos e garantias, inclusive no contexto laboral e sindical. Logo, ao invés de dificultar as atividades sindicais e tentar sucatear as atividades laborais no país, o Estado Brasileiro deveria buscar medidas que melhorem as condições de vida do trabalhador, que proporcionem

uma vida melhor ao povo. Ao contrário, com a MP não se está a falar em Estado Democrático.

A Justiça do Trabalho é uma conquista dos trabalhadores na luta pela Democracia e pela redução e proteção contra a exploração. Façamos uma breve reflexão, se a Reforma Trabalhista reduziu direitos e extirpou outros, para desenfreadamente reduzir a quantidade de demandas, tal chegará ao ponto que se justificará a extinção. Ademais, se o trabalhador não tem quem lute por ele, não possui uma justiça que lhe acolha quando das violações, certamente estará a um passo da escravidão e outras insanidades graves.

Também, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em seu artigo 8º, assegura que:

1. Os **Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a assegurar:**

a) **O direito de todas as pessoas de formarem sindicatos** e de se filiarem no sindicato da sua escolha, sujeito somente ao regulamento da organização interessada, com vista a favorecer e proteger os seus interesses econômicos e sociais. **O exercício deste direito não pode ser objeto de restrições, a não ser daquelas previstas na lei e que sejam necessárias numa sociedade democrática,** no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem; b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formarem ou de se filiarem às organizações sindicais internacionais; c) **O direito dos sindicatos de exercer livremente a sua atividade, sem outras limitações além das previstas na lei, e que sejam necessárias numa sociedade democrática,** no interesse da segurança social ou da ordem pública ou para proteger os direitos e as liberdades de outrem; d) O direito de greve, sempre que exercido em conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo não impede que o exercício desses direitos seja submetido a restrições legais pelos membros das forças armadas, da polícia ou pelas autoridades da administração pública. 3. Nenhuma disposição do presente artigo autoriza aos Estados Partes na Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito

sindical, a adotar medidas legislativas, que prejudiquem ou a aplicar a lei de modo a prejudicar as garantias previstas na dita convenção. (*grifo nosso*)

No mesmo sentido o artigo 8º determina e proíbe a atuação do Estado de forma a intervir nas atividades sindicais. Ao Estado cumpre o papel de promover políticas que atuem de modo a auxiliar no desenvolvimento das atividades sindicais, jamais medidas que impeçam ou dificuldades que inviabilizem de plano as atividades sindicais, como é o caso em tela, da MP 873.

A MP, além de todos os vícios formais e inconstitucionalidades já mencionadas, cria dificuldades para o exercício da atividade sindical, além de nítida e direta intervenção em procedimentos administrativos e financeiros. Tais procedimentos acabam por de imediato determinar o fechamento de muitos sindicatos. Sem sindicato não se pode falar em um exercício democrático do trabalho e nem em garantia de trabalho digno e livre.

No Brasil em especial o empregado precisa e muito do sindicato, ademais, a baixa escolaridade, a escassez de trabalho e o contexto de crise atual, sem a atuação sindical e de outros órgãos como o Ministério Público do Trabalho colocam o empregado em uma situação de precariedade e de vulnerabilidade social e estrutural.

A MP atenta para os preceitos sociais e de desenvolvimento humano e social, ademais, sem sindicatos ou com estes respirando por aparelho, as violações laborais atentarão diretamente na dignidade humana e mais, conseqüentemente se terá um escárnio humano desenfreado. As violações a direitos humanos serão evidentes. Sim, pois já aconteceu por meio formal da MP, porém em seguida haverá violações diretas a direitos e garantias laborais, decorrentes da vigência dessa MP.

No mesmo aspecto, os Pactos da OIT também foram violados pela edição da MP 873 de 2019. A Convenção 98 da OIT, que trata do direito a sindicalização e associação para fins sindicais e

internalizada desde 1952 pelo Brasil, versa que: “Art. 1 – 1. Os trabalhadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego”. A MP 873 é um atentado a autonomia e liberdade sindical, e mais, ao artigo 1º da Convenção 98 da OIT.

A Convenção 98 assegura, conforme acima, que os trabalhadores deverão gozar da proteção adequada, ou seja, é uma norma imperativa impositiva, logo não uma mera liberalidade do Estado, mas sim um dever, sob pena de violação à presente convenção. No caso concreto, a edição de uma MP é totalmente atentatória a preceitos constitucionais e internacionais, inclusive em expressa e literal ofensa ao princípio da autonomia e liberdade sindical.

No mesmo sentido A MP ofende e atenta diretamente contra o artigo 2º da Convenção 98 da OIT, vejamos: “Art. 2 – 1. **As organizações de trabalhadores e de empregadores deverão gozar de proteção adequada contra quaisquer atos de ingerência de umas e outras**, quer diretamente quer por meio de seus agentes ou membros, em sua formação, funcionamento e administração”.

Cabe ao Estado e a sociedade preservar e proteger o exercício de direitos e garantias, inclusive sindicais. Mais uma vez, a edição da MP 873 está em total contrariedade aos preceitos contidos no artigo 2º da Convenção 98 da OIT, instituição internacional da qual o Brasil é membro desde a sua fundação.

Ainda, com relação a Convenção 87 da OIT, ainda que a mesma não tenha sido ratificada pelo Brasil, este tem o dever de respeitá-la por Força da Declaração de Direitos e Garantias de 1998, que está relacionada ao próprio instrumento de fundação da OIT. O texto da Declaração mencionada é objetivo em mencionar que independentemente de ratificação das convenções, os países têm o dever de cumprir e instituir no plano interno o conteúdo das convenções de direitos humanos, cuja liberdade sindical é a primeira frente.

A Convenção 87 da OIT diz que, em seu Artigo 3º, “1. **As organizações de trabalhadores e de empregadores têm o direito de redigir seus estatutos e regulamentos administrativos, o de eleger livremente seus representantes, o de organizar sua administração e suas atividades e o de formular seu programa de ação. 2. As autoridades públicas deverão abster-se de toda intervenção que tenha por objetivo limitar este direito ou entorpecer seu exercício legal**”. Ou seja, cumpre ao Estado e as autoridades públicas o dever de abster-se de qualquer intervenção nos sindicatos, assim como na atividade sindical como um todo.

Viola o Brasil e o Presidente da República a Convenção 87, nos termos acima. Ademais, se a mesma é reconhecida pela Declaração de Direitos e Garantias fundamentais de 1998 como integrante do pacto estrutural, o país tem o dever de implementar e assegurar a liberdade sindical no país, nos termos da Convenção 87 da OIT.

Ainda, na seara de violação aos tratados de Direitos Humanos, insta mencionar que o Brasil é signatário da Organização dos Estados Americanos – OEA, e a MP em questão viola diretamente os seus pactos. A MP atenta diretamente ao artigo 1º do Pacto de San José da Costa Rica, vejamos:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos 1. **Os Estados-partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição**, sem discriminação alguma, por motivo 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. (*grifo nosso*)

Ora, se o país é signatário da OEA e internalizou o Pacto acima, tem o dever de assegurar medidas de modo a respeitar os direitos e garantias. Agora, se tal medida parte do chefe de Estado de maior Hierarquia, realmente a situação é muito grave e merece

inclusive a notificação do órgão internacional para que tome as medidas necessárias para inibir tais violações.

Ainda, o Brasil viola diretamente o Artigo 16 do Pacto de San José da Costa Rica, vejamos:

- Liberdade de associação

1. **Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente** com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, **trabalhistas, sociais**, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2. **O exercício desse direito só pode estar sujeito às restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática**, ao interesse da segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 3. O presente artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. *(grifo nosso)*

Tal artigo vem a reiterar o direito à liberdade e o dever do Estado em promover políticas para assegurar o exercício de tais liberdades. O que também está assegurado no Protocolo adicional de San Salvador, vejamos:

Artigo 6, inciso 2. **Os Estados Partes comprometem-se a adotar medidas que garantam plena efetividade do direito ao trabalho**, especialmente as referentes à consecução do pleno emprego, à orientação vocacional e ao desenvolvimento de projetos de treinamento técnico-profissional, particularmente os destinados aos deficientes. Os Estados Partes comprometem-se também a executar e a fortalecer programas que coadjuvem um adequado atendimento da família, a fim de que a mulher tenha real possibilidade de exercer o direito ao trabalho. *(grifo nosso)*

Também, o artigo 8º do protocolo adicional de São Salvador, logo integrante do Pacto principal, logo normas de direitos Humanos, versa especificamente a respeito do direito ao exercício da atividade sindical, vejamos:

## Artigo 8

### Direitos sindicais

#### 1. **Os Estados Partes garantirão:**

**a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses.** Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações **funcionem livremente;** b. O direito de greve. 2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei. (*grifo nosso*)

Aqui a violação se agrava ainda mais, uma vez que ao Estado-membro cumpre o dever de zelar, garantir e promover os seus interesses. No Brasil a edição da MP 873, ao contrário, restringe, em medida totalmente antidemocrática a atividade sindical.

O presidente da República, ao invés de promover medidas para assegurar direitos e garantias, arbitrariamente edita MP que aniquila de forma instantânea os sindicatos e conseqüentemente a proteção social ao trabalhador, oferecida pelos sindicatos. Aniquila a autonomia sindical e mais, afronta diretamente o princípio da liberdade sindical no país. Tal violação é muito grave, a qual merece e necessita de uma resposta do Poder Judiciário, urgente.

#### **4. Da falta de urgência e relevância temática para regulamentar o assunto por medida provisória**

O tema em questão não pode ser regulamentado por meio de medida provisória. Ademais, nos termos do artigo 62 da

Constituição, para a legal edição de uma Medida Provisória pelo Presidente da República, deve a temática exigir urgência e relevância, qual seja, cumulativamente.

No presente caso, não é de competência do Presidente, uma vez que não havia urgência e relevância, requisitos essenciais para a edição da MP. Na realidade tal assunto deve ser debatido e tramitar no Congresso Nacional, nos trâmites legais para aprovação de norma legal, constitucional e pertinente. Jamais uma norma totalmente viciada e de todo atentatória a inúmeros instrumentos nacionais e internacionais, inclusive a própria Constituição. Tudo isso para satisfazer a fantasia de aniquilar as atividades laborais e sindicais.

Vejamos o entendimento do STF a respeito do assunto:

Ação direta de inconstitucionalidade. 2. Medida Provisória 427, de 11.02.1994, reeditada pela Medida Provisória 449, de 17.03.1994, convertida na Lei 8.866, de 11.04.1994. Depositário infiel de valor pertencente à Fazenda Pública. 3. Inconstitucionalidade. Matéria pacificada no julgamento do RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso. 4. Ação de depósito fiscal. Pagamento apenas em dinheiro. Violação aos princípios da proporcionalidade, do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa 5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. (ADI 1055, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-168 DIVULG 31-07-2017 PUBLIC 01-08-2017)

No presente caso, fica claro o entendimento do STF, no que tange a necessidade dos requisitos constantes no artigo 62 da CF de 1988:

Ementa: CONSTITUCIONAL. ART. 5º DA MP 2.170/01. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS COM PERIODICIDADE INFERIOR A UM ANO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA EDIÇÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA. SINDICABILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO. ESCRUTÍNIO ESTRITO. AUSÊNCIA, NO CASO, DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA NEGÁ-LOS. RECURSO PROVIDO. 1. A jurisprudência da Suprema Corte está consolidada no sentido de que, conquanto os pressupostos para a edição de

medidas provisórias se exponham ao controle judicial, o escrutínio a ser feito neste particular tem domínio estrito, justificando-se a invalidação da iniciativa presidencial apenas quando atestada a inexistência cabal de relevância e de urgência.

Não se pode negar que o tema tratado pelo art. 5º da MP 2.170/01 é relevante, porquanto o tratamento normativo dos juros é matéria extremamente sensível para a estruturação do sistema bancário, e, conseqüentemente, para assegurar estabilidade à dinâmica da vida econômica do país. 3. **Por outro lado, a urgência para a edição do ato também não pode ser rechaçada, ainda mais em se considerando que, para tal, seria indispensável fazer juízo sobre a realidade econômica existente à época, ou seja, há quinze anos passados.** 4. Recurso extraordinário provido. (RE 592377, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 04/02/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-055 DIVULG 19- 03-2015 PUBLIC 20-03-2015) (*grifo nosso*)

Logo, é certo que a regulamentação de forma como o sindicato vai cobrar as contribuições não possui nenhuma urgência. Não há nenhum direito de parte ou de pessoa sendo ameaçado para justificar a medida provisória com entrada em vigor de imediato, com risco de danos a milhares de trabalhadores, inclusive os empregados dos sindicatos, pois sem verbas estes demitirão em massa e se desestruturarão. Vejamos:

EMENTA: INCONSTITUCIONALIDADE. Ação direta. Art. 9.º da Medida Provisória n.º 2.164-41/2001. Introdução do art. 29-C na Lei n.º 8.036/1990. Edição de medida provisória. Sucumbência. Honorários advocatícios. Ações entre FGTS e titulares de contas vinculadas. Inexistência de relevância e de urgência. Matéria, ademais, típica de direito processual. Competência exclusiva do Poder Legislativo. Ofensa aos arts. 22, inc. I, e 62, caput, da CF. Precedentes. Ação julgada procedente. É inconstitucional a medida provisória que, alterando lei, suprime condenação em honorários advocatícios, por sucumbência, nas ações entre o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e titulares de contas vinculadas, bem como naquelas em que figurem os respectivos representantes ou substitutos processuais. (ADI 2736,

Relator(a): Min. CEZAR PELUSO (PRESIDENTE), Tribunal Pleno, julgado em 08/09/2010, DJe-058 DIVULG 28-03-2011 PUBLIC 29-03-2011 EMENT VOL-02491-01 PP-00051 RTJ VOL-00222-01 PP-00057 RDDP n. 99, 2011, p. 132-144)

Resta evidente que afetar meios de sobrevivência ou recursos financeiros de instituições sindicais por meio de medida provisória é inconstitucional. A Inconstitucionalidade é formal e material, qual seja, está viciada na forma de elaboração da medida provisória, eis que não possui os elementos necessários a justificar a edição de uma medida provisória, assim como o conteúdo é totalmente conflituoso com preceitos constitucionais, tais como a autonomia e liberdade sindical.

Ademais, o sindicato possui uma função social e de relevância no meio laboral. O sindicato é fruto de longas lutas e de processos de exploração humana que aos poucos, em regra, vêm sendo aniquilados. As grandes e absurdas explorações, como no caso do Brasil a escravatura, foram abolidos, em regra. Os sindicatos possuem notória luta mundial, a ponto da OIT, ONU e OEA reconhecerem a liberdade de associação sindical uma norma universal, qual seja, de direitos Humanos.

Diante do exposto, requer o reconhecimento da violação expressa ao artigo 62 da CF, com prejuízo direto e material a presente categoria e ao sindicato ora peticionante.

## **5. Considerações finais**

A edição de uma MP, às vésperas de um feriado e com entrada em vigor de forma imediata, impedindo a empresa de descontar as contribuições em folha de pagamento, gera um risco de dano eminente e evidente, em que a decisão de deixar de descontar as contribuições legalmente vertidas pelos empregados em folha de pagamento tornará de plano as atividades inviabilizadas do sindicato.

A inviabilização das atividades sindicais será imediata, inclusive sem verba e ainda tendo que custear com taxas bancárias, taxas para remessa de boletos para a casa do empregado, entre outras despesas, que incluem inclusive pessoal para a realização de tais funções, aniquilarão de plano e em uma questão de dias as atividades sindicais.

O sindicato sem uma receita e sem condições de promover alguma fonte de receita não terá alternativa a não ser fechar as portas e encerrar suas atividades. Este é o cenário perfeito para o estrutural enfraquecimento da classe trabalhadora, que já vive atribulada e com medo dos efeitos da Reforma Trabalhista.

O enfraquecimento da classe empregada e a ausência de lutas coletivas e do sindicato na frente das lutas fará com que o empregado sequer busque os seus direitos, além de que seja diariamente explorado até o esgotamento de suas forças. Sem o interlocutor maior nas relações entre Estados, empregadores e empregados, o grito de extinção da Justiça do Trabalho restará muito facilitado, pois sequer a receita da Justiça do Trabalho se justificará. É preciso que a sociedade e principalmente o Poder Judiciário se atente para a saga perfeita e atentatória a base estrutural laboral.

Assim, evidente a violação dos direitos e garantias do sindicato e mais, de toda a classe trabalhadora, que consiste na inconstitucional regressão do direito de desconto em folha. Além da inadequação da via eleita, vez que o tema não é próprio de medida provisória, o que demonstra a plausibilidade da inconstitucionalidade da MP.

Também, conforme amplamente demonstradas as violações a direitos humanos e aos Pactos Internacionais, resta clara a violação aos princípios da autonomia e da liberdade sindical, assim como a prática evidente de conduta antissindical e antidemocrática.

Restam amplamente demonstradas as violações graves, inclusive a direitos humanos, e é certo que o risco de dano é grave e rápido, porém de proporções impensáveis. Ressalta-se que ao

inverso, não há risco de dano, vez que apesar do sistema de sindicato único, que após a reforma trabalhista já inviabilizou em parte a atividade de arrecadação do sindicato, ainda assim os sindicatos estão funcionando e tentando sobreviver as pressões estatais.

No caos da MP, ela retrata uma surpresa e com efeitos letais para o sindicato e conseqüentemente para toda a categoria. A MP viola integralmente a ordem constitucional gerando ofensa grave a Constituição e até mesmo à própria CLT, além da transgressão direta e literal aos pactos de direitos humanos mencionados, em que o Brasil internalizou e se encontram em plena vigência no plano interno.

## Referências

- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**, Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm). Acesso em: 18 de março de 2019.
- \_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm). Acesso em: 18 de março de 2019.
- \_\_\_\_\_. **Medida Provisória nº 873**, de 1º de março de 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Mpv/mpv873.htm). Acesso em: 18 de março de 2019.
- \_\_\_\_\_. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Tribunal Pleno. ADI 1055. Redator: GILMAR MENDES. 15 de dezembro de 2016.
- \_\_\_\_\_. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Tribunal Pleno. ADI 2736. Redator: CEZAR PELUSO. 08 de setembro de 2010.
- \_\_\_\_\_. **SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**. Tribunal Pleno. RE 592377. Redator: TEORI ZAVASCKI. 04 de fevereiro de 2015.
- \_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**, Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/do592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm). Acesso em: 21 de março de 2019.

\_\_\_\_\_. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**, Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/do592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/do592.htm). Acesso em: 19 de março de 2019.

Comissão Americana de Direitos Humanos. **Pacto de San José da Costa Rica**. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>. Acesso em: 20 de março de 2019.

Comissão Internacional de Direitos Humanos. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, **“Protocolo de San Salvador”**. Disponível em: [http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo\\_de\\_san\\_salvador.htm](http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm). Acesso em: 20 de março de 2019.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: [https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf). Acesso em: 20 de março de 2019.

Organização Internacional do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho. **Convenção 98**. Disponível em: [https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/c3e4bd4e-dbof-461b-b38d-6609c0258115/Convencao\\_98\\_OIT\\_%28sindicalismo\\_e\\_negociacao\\_coletiva%29\\_Ratificada.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=c3e4bd4e-dbof-461b-b38d-6609c0258115](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c3e4bd4e-dbof-461b-b38d-6609c0258115/Convencao_98_OIT_%28sindicalismo_e_negociacao_coletiva%29_Ratificada.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=c3e4bd4e-dbof-461b-b38d-6609c0258115). Brasília, DF: ministério do trabalho e Emprego. Acesso em: 20 de março de 2019.

Organização Internacional do Trabalho. Conferência Internacional do Trabalho. **Convenção 87**. Disponível em: [https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao\\_87\\_OIT\\_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT\\_TO=url&CACHEID=86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5](https://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5/Convencao_87_OIT_Sindicalismo.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=86d323ba-a2c8-4ad5-ac4a-bf75a43c54c5). Brasília, DF: ministério do trabalho e Emprego. Acesso em: 20 de março de 2019.



## **A análise da efetividade do pluralismo jurídico pela convenção n.169 da OIT frente a globalização e das empresas transnacionais no Brasil<sup>1</sup>**

*Thierry Gihachi Izuta*<sup>2</sup>

### **1. Introdução**

A ideia central do artigo, visa demonstrar a necessidade da efetivação do pluralismo jurídico nas regiões onde o poder do Estado é ineficiente ou quase inexistente, principalmente na região amazônica. Onde os povos que vivem nessas regiões mais afastadas dos centros urbanos, em grande parte povos indígenas, não possuem qualquer contato com Estado, por falta de escolas, saúde, segurança e trabalho; ficando em situação de vulnerabilidade econômica e social, diante dos interesses de exploração e lucro da globalização das empresas transnacionais.

Para isso, foram analisados importantes temas ligados à efetividade do pluralismo jurídico e da Convenção n°169 da OIT, frente a globalização da economia e das empresas transnacionais,

---

<sup>1</sup> A presente obra, é resultado da participação do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil, sob a Coordenação do Profº Marcos Maliska

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL (2018). Advogado. Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário UniDOM em Curitiba (PR) (2015). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUCPR (2016-2017). Membro do Grupo de Pesquisa do Núcleo de Estudos Avançados de Direito do Trabalho e Socioeconômico (NEATES) da PUCPR (2017). Membro do Grupo de Pesquisa do NUPECONST - Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional da UniBrasil (2018)

onde há uma necessidade de uma efetivação destes dois institutos, nos locais onde o poder do Estado não alcança ou que baixa efetividade, como no caso da região amazônica.

A presente obra está dividida em três tópicos, o primeiro será abordado a questão da globalização e do poder econômico das empresas transnacionais; no segundo tópico será analisado os sistemas de proteção internacional de direitos humanos tendo como linha condutora a Convenção nº169 da OIT; no terceiro tópico será abordado a efetivação do pluralismo jurídico por meio do reconhecimento do Estado da utilização de leis consuetudinárias na região amazônica por meio de políticas públicas e plena aplicação da referida convenção.

Visto que a Convenção nº169 da OIT, que foi ratificada pelo Brasil, é um reconhecimento da comunidade internacional, da existência múltiplos sistemas jurídicos. Com reconhecimento da existência dos povos indígenas que possuem os seus costumes e leis consuetudinárias, onde ordenamento internacional permite ao Estado fazer o dialogo entre fontes do Direito, com os povos indígenas e dos grupos sociais que vivem na região e a fonte monista do Direito do Estado.

O intuito da presente obra é analisar a efetividade do pluralismo jurídico, onde há uma ausência do poder estatal na região da amazônica, como forma de combater o poder econômico das empresas transnacionais, que possuem interesses em explorar a região. E quais os riscos/consequências que o Brasil pode ter em caso da não efetivação do pluralismo jurídico que a Convenção nº169 da OIT trouxe com o reconhecimento da aplicação das leis consuetudinárias dos povos indígenas da região amazônica.

## **2. Globalização e as empresas transnacionais**

O mundo globalizado com a economia dos Estados e das empresas transnacionais se deu por um processo de evolução e desenvolvimento das economias e da integração/cooperação entre os Estados e empresas, possibilitando o comércio entre os países. A

globalização das economias se dá, por conta dessa agilidade quase instantânea, com advento da Revolução Tecnológica.

Tal revolução, assim como as outras revoluções industriais que sucederam, tiveram impacto na sociedade e na produção das empresas, com um grande avanço econômico. O autor Schwab (2016 p.15-16), faz um resumo de todas as revoluções industriais até o presente momento, demonstrando os principais pontos que impactaram na sociedade até termos a globalização:

A primeira revolução industrial ocorreu aproximadamente entre 1760 e 1840. Provocada pela construção das ferrovias e pela invenção da máquina a vapor, ela deu início à produção mecânica. A segunda revolução industrial, iniciada no final do século XIX, entrou no século XX e, pelo advento da eletricidade e da linha de montagem, possibilitou a produção em massa. A terceira revolução industrial começou na década de 1960. Ela costuma ser chamada de revolução digital ou do computador, pois foi impulsionada pelo desenvolvimento dos semicondutores, da computação em mainframe (década de 1960), da computação pessoal (década de 1970 e 1980) e da internet (década de 1990).

Neste sentido, o autor Singer (1999, p.16) cita os impactos negativos na sociedade quando há o surgimento de uma nova revolução industrial:

Todas as revoluções industriais acarretaram acentuado aumento da produtividade do trabalho e, em consequência, causaram desemprego tecnológico. Os deslocamentos foram grandes, milhões de trabalhadores perderam suas qualificações à medida que máquinas e aparelhos permitiram obter, com menores custos, os resultados produtivos que antes exigiam a intervenção direta da mão humana. Mas a Segunda Revolução Industrial também gerou inúmeros novos produtos de consumo, que têm prolongado e enriquecido a vida humana.

O referido autor (1999, p.19) complementa, destacando que desde do século XX, já havia a intenção de transformar o mundo globalizado, com a livre circulação de mercadorias:

A economia capitalista industrial tende a superar os limites do estado-nação quase desde o seu início. A livre movimentação de mercadorias e de capitais através das fronteiras nacionais atingiu seu primeiro auge por volta da segunda metade do século XIX, quando o padrão-ouro proporcionou moedas automaticamente conversíveis e se criou um conjunto de instituições destinadas a garantir o livre-câmbio e as inversões estrangeiras. Esta primeira tentativa de globalização afundou com a Primeira Guerra Mundial (1914-18) e pouco depois com a grande crise dos anos 30, seguida pela Segunda Guerra Mundial (1939-45). Durante mais de 30 anos, as economias nacionais trataram de proteger suas indústrias e comandar a acumulação de capital dentro de seu território, caindo o intercâmbio comercial e financeiro entre elas a níveis irrisórios.

Entretanto, a globalização das economias e das relações de comércio só foi possível ser efetivada a partir da 3ª revolução tecnológica, com a implementação dos computadores e da Internet, permitiu acelerar as relações de comércio e isso teve impactos na sociedade.

Os autores Stolz, Souza e Opuszka (2016, p.100) destacam os reflexos que esta Revolução trouxe para as empresas, fazendo com elas se mantenham conectadas em forma de rede, entre elas:

A revolução tecnológica e a convergência digital facilitaram a produção a nível global, convertendo em paradigma da unidade produtiva a chamada empresa em rede – aquela que tem como principal característica a organização a partir da conexão de suas competências essenciais e um alto nível de interfaces com outras empresas também componentes da rede. Tais características implicam, ademais, um aumento do volume de transações, quando comparado com uma organização verticalmente integrada.

Para autora Bomfim (2010, p.39), as revoluções tecnológicas surgem da necessidade de superar uma crise econômica e na redução dos custos das empresas e que com advento da informática, este processo sofreu uma aceleração ainda maior por causa das empresas estarem interligadas:

A revolução tecnológica, a globalização da economia e a crise econômica enfrentada por alguns países, acirraram as disputas entre os mercados internacionais, aumentando a competitividade, demandando inovações constantes e revisão da legislação interna, obrigando a redução de custos, na busca de melhores preços e qualidade de produto. Por outro lado, a união entre as telecomunicações e a informática permitiu acelerar o acesso às informações, aumentar as negociações financeiras, que podem até ser simultâneas e quebrar barreiras internacionais para facilitar a compra e venda de qualquer produto, mesmo que oferecido em outro país. Todos esses processos favorecem a integração dos mercados.

A referida autora (2010, p.5) ressalta os efeitos da globalização nas economias e nos Estados:

A globalização é o processo mundial de integração de sistemas, de culturas, de produção, de economias, do mercado de trabalho, conectando comunidades e interligando o mundo através de redes de comunicação e demais instrumentos tecnológicos, quebrando fronteiras e barreiras. Acarreta transformações na ordem econômica e política e econômica mundial, abalando principalmente países de economia mais frágil.

Para Singer (1999, p.20) a globalização das economias surgiu em duas etapas: a primeira em decorrência do fim das guerras mundiais, com a transferência de recursos dos países vencedores da guerra por intermédio das empresas, com multinacionalização. E a segunda etapa, se deu pela evolução tecnológica, que está presente até os dias atuais:

A primeira etapa da globalização foi dominada pela transferência maciça de recursos dos Estados Unidos para a Europa e para o Japão. As grandes companhias norte-americanas implantaram filiais e adquiriram firmas da Europa Ocidental, retomando assim sua multinacionalização. Os países europeus e o Japão reconstruíram seus parques industriais e ativamente incorporaram tecnologia e padrões de consumo dos EUA.

Gradativamente, as diferenças entre todas as economias envolvidas na globalização foram sendo eliminadas até constituírem um todo econômico bastante homogêneo.

Pois atualmente, estamos em processo de se iniciar uma Quarta Revolução industrial ou Indústria 4.0<sup>3</sup>, neste sentido, esta revolução industrial traz mais impactos na sociedade e na economia dos Estados.

Neste sentido, Schwab (2016, p.16) destaca essa diferença entre as outras anteriores:

Ciente das várias definições e argumentos acadêmicos utilizados para descrever as três primeiras revoluções industriais, acredito que hoje estamos no início de uma quarta revolução industrial. Ela teve início na virada do século e baseia-se na revolução digital. É caracterizada por uma internet mais ubíqua e móvel, por sensores menores e mais poderosos que se tornaram mais baratos e pela inteligência artificial e aprendizagem automática (ou aprendizado de máquina)

(...)

As tecnologias digitais, fundamentadas no computador, software e redes, não são novas, mas estão causando rupturas à terceira revolução industrial; estão se tornando mais sofisticadas e integradas e, conseqüentemente, transformando a sociedade e a economia global.

Apesar desse grande avanço tecnológico realizado pelas empresas, os Estados não conseguem acompanhar essas inovações tecnológicas, em decorrência da morosidade na regulamentação dessas novas tecnologias e novas formas de trabalho.

Corroborado com este entendimento, Ruggie (2014, p. 28) conclui que:

Ao mesmo tempo, inovações nos campos do transporte e da tecnologia de comunicações tornaram essas operações globais economicamente viáveis e quase perfeitas. Mas normas de

---

<sup>3</sup> Disponível em: <http://www.industria40.gov.br/> Acesso em 20/08/2018

proteção das pessoas e do meio ambiente dos efeitos negativos desses avanços não mantiveram o mesmo ritmo. Industrias no mundo desenvolvido adotaram novos modelos de negócio, abastecendo-se em países no exterior com baixos custos de produção e regulamentação fraca.

Muito embora reconheça que há uma melhora na qualidade de vida e avanço econômico para os Estados e para as empresas, Bomfim (2010, p.11) evidencia os efeitos causados nas relações de trabalho pela globalização:

Outro efeito da globalização é sentido nas relações de trabalho, pois a dinamização do mercado mundial, o avanço tecnológico e científico, a revolução na comunicação, substituição do homem pela máquina automatizada e outros fatores impactam de forma negativos países de economia mais frágil, abalam seus níveis salariais, exigem mão de obra cada vez mais especializada, aumentam o índice de desemprego, conduzindo à desintegração social. Medidas são adotadas sob o manto da incansável busca de custos mais baixos, aumento da produção, melhor qualidade do produto, tudo para incrementar a concorrência.

Essa readaptação no Direito, se dá também pela necessidade da regulamentação das empresas que operam a nível global, principalmente a fim de proteger a sociedade e os trabalhadores, diante do poder econômico das empresas.

Essa falta de capacidade de regulamentação dos Estados, ocorrem principalmente em países em desenvolvimento, onde dependem do capital estrangeiro para se desenvolver, portanto, acabam se tornando reféns das empresas transnacionais.

Neste ponto, cabe destacar que as maiores empresas transnacionais, possuem mais capital do que muitos PIB's de Estados e que, de acordo com uma organização britânica<sup>4</sup> sem fins

---

<sup>4</sup> Disponível em: <https://www.globaljustice.org.uk/news/2016/sep/12/10-biggest-corporations-make-more-money-most-countries-world-combined> Acesso em 02/09/2018

lucrativos, analisou que as 10 maiores empresas do mundo somadas, possuem o equivalente ao PIB de 180 países mais pobres somados<sup>5</sup>.

E no caso do Brasil, o maior interesse dessas empresas transnacionais, está no território da floresta amazônica, que é uma terra rica na área mineral, vegetal, além de ser um território vasto para agricultura, pois segundo IBGE<sup>6</sup>, o bioma da floresta Amazônica corresponde a quase 50% do território brasileiro.

Além da população branca, a região possui cerca de 890 mil índios, composta por 305 etnias e falam 274 idiomas diferentes, conforme outra pesquisa do IBGE<sup>7</sup>. Sendo que boa parte desta região há uma total ausência/ineficiência do Estado para proteger os seus cidadãos brasileiros do poder econômico das empresas transnacionais, principalmente que não há políticas públicas para a sua proteção e desenvolvimento, sendo necessária a proteção por intermédio dos organismos internacionais para promoção e manutenção dessas culturas plurais, conforme os próximos tópicos a serem abordados

### **3 A OIT e a proteção internacional dos direitos humanos**

Conforme já destacado anteriormente, a globalização nasceu em decorrência da evolução dos modelos de produção nas empresas. Permitindo as empresas aumentar sua lucratividade com acesso a diversos mercados em outros países.

Mas essa evolução tecnológica, também se deu por meio da evolução na proteção dos trabalhadores, melhorando a qualidade de vida da sociedade. Ocorre que, na época não havia uma

---

<sup>5</sup> Disponível em: <https://www.jn.pt/economia/interior/dez-multinacionais-mais-ricas-do-que-180-paises-5418142.html> Acesso em 02/09/2018

<sup>6</sup> Disponível em <https://ww2.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/21052004biomashtml.shtm> Acesso em 25/02/2019

<sup>7</sup> Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-populacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia> Acesso em 25/02/2019

regulamentação do Estado para proteger o trabalhador, com isso, havia jornadas exaustivas com mais de 12 horas diárias, baixos salários, trabalho infantil, condições insalubres, acarretando em mutilações e acidentes no local de trabalho. Só foram possíveis melhorar essas condições de trabalho, por intermédio de movimentos sociais, pois o empresariado entendia como desnecessário a regulamentação do trabalho, conforme descreve Proner (2010, p.21):

Por ser fruto da luta de classes, mencionado ramo do direito sempre foi objeto de resistência pelos setores empresariais, que o entendiam desnecessário à regulamentação da compra e venda da força de trabalho, pensamento que somente sofreu mudanças quando da consciência, pelo empresariado, de que tal instituto servia à organização da sociedade segundo seus próprios interesses.

A primeira lei neste sentido, com o reconhecimento do Estado em proteger o trabalhador, foi em 1802, na Inglaterra, a *Moral and Health Act*<sup>8</sup>, após inúmeras greves por intermédio de movimentos sociais, que conseguiu estabelecer medidas importantes na época, limitando a duração máxima da jornada de trabalho infantil em 12 horas, além de proibir o trabalho noturno. Foi um marco importante na luta de melhores condições para o trabalhador por meio de movimentos sociais (atualmente pelos sindicatos), o que desencadeou ações na Europa, onde seus reflexos dessas ações são sentidos até o presente momento, como Manifesto Comunista dos autores Marx e Engels de 1848, leis na França (1862), na Alemanha (1865), que tinham o intuito melhorar as condições de trabalho.

Portanto, da Revolução Industrial até 1917, não havia uma proteção a nível constitucional do Estado, apenas algumas leis que limitava os abusos do empregador, não havia uma política pública com este viés social. Neste sentido a professora Rachid Coutinho (2001, p.05) destaca a desigualdade jurídica contratual que o

---

<sup>8</sup> Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2011/04/evolucao-das-relacoes-trabalhistas> Acesso em 20/11/18

trabalhador possui frente ao capital e com o positivismo do Estado em tutelar o hipossuficiente:

(...) A construção jurídica contratual perpetua a situação de desigualdade jurídica, ainda que reconheça a hipossuficiência econômica, diante da construção de uma contratualidade assentada em uma relação de poder. Assim, a par da situação econômica, é exatamente a dependência jurídica a determinante para manutenção da intervenção estatal tutelar.

A partir deste ponto surge o Direito do trabalho, visando compensar a inferioridade jurídica do trabalhador, lhe conferindo direitos mínimos, impostos por uma legislação rígida, ou seja, o Estado passa a proteger este hipossuficiente. Exemplificando, dois países elevaram a um nível constitucional, é o caso do México em 1917 e a Alemanha em 1919, apesar de transformar em normas constitucionais não tinham o efeito prático. Tal reconhecimento, no âmbito constitucional, foi de extrema importância, pois impulsionou novos avanços na seara internacional do direito do trabalho, direito fundamental ao trabalho e da dignidade da pessoa humana, pois entidades representativas dos grupos de trabalhadores, eram marginalizados pelos empresários e pelo Estado até então.

A nível internacional, houve a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT ou ILO) em 1919, que foi uma condição para assinatura do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Desde a sua criação, a OIT tem considerado como uma das suas principais preocupações, a situação das “populações indígenas”, que nos países latino-americanos é muito presente a força de trabalho dessa população. Neste sentido, já em 1926 a organização estabeleceu uma Comissão de Peritos em Trabalho Indígena, para emitir recomendações para adoção de normas internacionais sobre o tema.

Em consonância com este entendimento, os autores Friedrich e Passos (2013, p.25) ressaltam um dos principais objetivos desta organização:

Organização Internacional do Trabalho, cujo objetivo é criar um sistema de proteção internacional do trabalho, apresenta algumas características comuns e outras diferenciadas em relação as demais Organizações Internacionais existentes atualmente.

Neste contexto, o autor Grott (2003, p.46-47) destaca os objetivos que a OIT tem, no campo trabalhista e no âmbito do direito internacional:

A Organização Internacional do trabalho visa à universalização da Justiça Social e à valorização do trabalho. No ponto de vista econômico, busca o nivelamento, tanto quanto possível, dos custos sociais a fim de evitar a concorrência desleal entre Estados. Um país que não protege adequadamente seus trabalhadores tem um custo de produção menor, podendo assim, pôr seus produtos no mercado internacional com melhor preço. No campo jurídico, tem como objetivo uniformizar, tanto quanto possível, as normas sociais e trabalhistas.

Todavia, o professor Leite (2016, p.769) vai mais além, destaca os objetivos da OIT, mencionando o Tratado de Versalhes que pôs fim a 1ª Guerra Mundial:

Criada pelo Tratado de Versalhes (Parte XII), em 1919, sobre o fundamento de que a justiça social é a base para a promoção universal da paz permanente, as atividades da Organização Internacional do Trabalho - OIT, consistem, basicamente, na proteção e promoção mundial dos direitos humanos no campo das relações de trabalho.

O aludido professor (2016, p.769) conclui, elencando a importância no âmbito internacional da OIT, destacando as atividades e competências da organização internacional, a nível de direitos humanos nas relações de trabalho:

Vê-se, pois, que a competência da Organização Internacional do Trabalho não se restringe a questões específicas do direito do trabalho e da previdência social, já que lhe cabe, entre outras

atribuições, fomentar a plenitude do emprego e a elevação de níveis de vida; a formação profissional e a garantia de iguais oportunidades educativas e profissionais, a proteção à infância e à maternidade e a promoção de alimentos, cultura, habitação, recreação; colaborar com os demais organismos internacionais visando à melhoria da saúde, ao aperfeiçoamento da educação, enfim, à promoção do bem-estar a todos os povos.

No tocante ao tema, a OIT formulou a Convenção nº 107, com intuito de proteger e criar políticas públicas para as populações indígenas e tribais, sobretudo de seus direitos à terra e de suas condições de trabalho, saúde e educação. A referida convenção foi considerada um marco histórico na comunidade internacional, com o reconhecimento a nível internacional dos direitos dos povos indígenas e não só a visão dos colonizadores oriundos da Europa. Após algum tempo, a referida convenção foi criticada por ter tendências integracionistas e paternalistas, tanto é, que foi substituída pela Convenção nº 169.

A principal mudança, é o reconhecimento desses povos e obrigatoriedade de uma consulta prévia dos povos interessados e o direito desses povos de definir suas próprias prioridades de desenvolvimento, internalizando à sua maneira os costumes, crenças e a forma que ocupam e utilizam a terra. O Brasil ratificou a Convenção em julho de 2002.

Segundo a OIT, a ideia é de que essa população não possui condições de gozar dos seus direitos humanos fundamentais, sofrendo um processo erosão das suas leis, valores e costumes, diante da globalização. Necessitando chamar a atenção da comunidade internacional, sobre a importância das contribuições desses povos indígenas e tribais, para desenvolver a diversidade cultural e a harmonia social no Estado e para a cooperação do entendimento internacional desses povos indígenas.

Desta maneira, percebe-se a importância da proteção do trabalho na sociedade, principalmente, atualmente com a globalização das economias e das empresas transnacionais e no caso

da presente obra, o trabalho e proteção dos povos indígenas. Apesar de que a criação da OIT, foi com intuito de ter um organismo internacional para proteger a população do Estado, garantindo direitos comuns mínimos, mas atualmente a preocupação maior é com as grandes corporações, que possuem mais poder econômico do que muitos países, conforme já mencionando na presente obra.

Nessa toada, além da OIT, já há um entendimento da limitação do poder do capital, só no Continente Americano, temos o Pacto de San José da Costa Rica<sup>9</sup> (1969) em que os Estados membros se comprometem a ter políticas públicas de progressividade na efetividade dos direitos:

**Artigo 26. Desenvolvimento progressivo**

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Atualmente temos a Agenda 2030 da ONU, que engloba 17 objetivos para o desenvolvimento sustentável, nesta agenda, também está englobado políticas públicas para os povos indígenas para atingir os objetivos. Contudo, denota-se que há uma ineficácia dos direitos fundamentais no Brasil, principalmente no âmbito dos direitos sociais, pois estes direitos estão interligados e cabe o Estado ter políticas públicas para evitar que os povos indígenas fiquem nessa situação de vulnerabilidade perante as empresas transnacionais e da falta do poder estatal na região, como segurança, educação e saúde de qualidade.

---

<sup>9</sup> Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em: 20/11/2018

Diante desta ineficácia do Poder Público, cabe o Poder Judiciário, que é o órgão que está mais próximo da sociedade, devendo ao juiz efetivar esses direitos fundamentais, indo além de julgar procedentes as verbas indenizatórias e condenando as empresas transnacionais, mas cobrar do Estado providências para efetivar outros direitos fundamentais.

É neste viés que a problematização do presente artigo se apresenta, de um lado, o poder da globalização com as empresas transnacionais, de outro lado, está no território da floresta amazônica junto com os povos indígenas, que é uma terra rica na área mineral, vegetal, além de ser um território vasto para agricultura e que não há uma presença efetiva do Estado para garantir os direitos mais básicos dessa população e da região. Bem como, um empoderamento desses povos indígenas plurais, que possuem as suas próprias regras e ordenamentos jurídicos, diferentes do estatal, necessitando efetivar o pluralismo nesta região que há uma ausência do poder estatal, conforme o próximo tópico a ser abordado.

#### **4. A efetividade do pluralismo jurídico pela convenção nº169 da OIT**

Notadamente, o Brasil é um país de proporções continentais e que possui inúmeras desigualdades sociais, fazendo com que a aplicação da legislação com a efetivação dos direitos fundamentais seja um desafio a ser superado. Principalmente, a ineficiência da efetividade dos direitos fundamentais, decorre, além da crise econômica e da corrupção generalizada, mas, também, pela as proporções continentais do país, que fazem com que o poder estatal não alcance em algumas regiões, como a região amazônica.

E é nestas regiões, que as empresas transnacionais tem os maiores interesses para aumentar a sua lucratividade, em áreas onde o Estado não alcança com seu poder, principalmente na área da floresta amazônica e nos locais que ainda não foram explorados,

com alto grau de potencial de lucro com a exploração da área. Neste sentido, os autores Izuta e Knihš (2018, p.333) destacam a realidade brasileira:

As desigualdades sociais, desde do século XXI é considerado um fator de retrocesso ao desenvolvimento econômico de um país, pois a desigualdade social consiste em alguns tipos de desigualdades como: de gênero, racial, etária, de classes, por exemplo. Sendo que, no Brasil a desigualdade social ainda é notória, tendo como principais causas a falta de ensino de qualidade, baixos salários e dificuldade a acesso de serviços básicos; por consequência gera uma favelização, pobreza, desempregos ou sub-empregos, violência, entre outros problemas.

Corroborado com este entendimento, Baez e Mozetic (2014, p.55) destacam a ineficácia estatal para a garantia dos direitos mais básicos da sociedade:

Como se pode depreender dessa discussão, o fato é que em países como o Brasil, onde existe um baixo índice de atendimento das necessidades básicas da maior parte da população, a atuação interventiva da jurisdição constitucional é imprescindível para a realização dos direitos constitucionais que ficam frequentemente desamparados diante da inércia dos poderes Legislativo e Executivo.

Entretanto, Silva (2014, p. 288-289) enfatiza a importância da efetivação dos direitos sociais que estão previstas na Constituição de 1988 e a responsabilidade que o Estado assume ao positivar constitucionalmente tais direitos:

Assim, podemos dizer que os direitos sociais, como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais

mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Com a internalização da Convenção nº 169 da OIT e os direitos fundamentais previstos na Constituição/88, o Estado brasileiro reconhece a prevalência dos direitos humanos, neste sentido a professora Piovesan (2015, p.107) ensina que:

A partir do momento em que o Brasil se propõe a fundamentar suas relações com base na prevalência dos direitos humanos, está ao mesmo tempo reconhecendo a existência de limites e condicionamentos à noção de soberania estatal. Isto é, a soberania do Estado brasileiro fica submetida a regras jurídicas, tendo como parâmetro obrigatório a prevalência dos direitos humanos. Rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos. Esse processo é condizente com as exigências do Estado Democrático de Direito constitucionalmente pretendido.

Ocorre que, a globalização da economia e o poder econômico das empresas transnacionais, acaba influenciando as políticas públicas de um Estado. Neste sentido, cabe destacar o entendimento do Maliska (2006, p.65) sobre os efeitos do capital exerce sobre os Estados:

A globalização econômica, dessa forma, é um fator que participa do processo de alteração das características do Estado Moderno. Ela intensifica o enfraquecimento das decisões políticas nacionais, através da pressão econômica que exerce o Capital sobre os governos, em especial, mas não exclusivamente, dos chamados países em desenvolvimento. É necessário anotar que o processo é contraditório, pois, quanto mais os Estados se adaptam aquilo que o chamado “Mercado” exige, mais eles retiram poder de suas competências. Quanto mais desregulação, menos poder aos Estados. Nos momentos de crise, os Estados percebem muito bem o quanto diminuiu o campo de atuação estatal.

Portanto, denota-se que o Estado brasileiro não consegue estar presente em todas as regiões do seu território e, quando está presente em áreas remotas como na região amazônica, é ineficiente na garantia dos direitos mais básicos previstos na Constituição de 1988.

Para isso, se faz necessário políticas públicas, para efetivar os direitos fundamentais da população que vive na região, bem como o empoderamento dos povos indígenas, que vivem e que possui cultura e costumes próprios. Somente será possível com a plena aplicação da Convenção nº169 da OIT, vez que a referida convenção estabelece a forma que o Estado deve conduzir com os povos indígenas, conforme o artigo 7º:

#### **ARTIGO 7º**

1. Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

(...)

3. Sempre que necessário, os governos garantirão a realização de estudos, em colaboração com os povos interessados, para avaliar o impacto social, espiritual, cultural e ambiental das atividades de desenvolvimento planejadas sobre eles. Os resultados desses estudos deverão ser considerados critérios fundamentais para a implementação dessas atividades.

4. Os governos deverão tomar medidas, em regime de cooperação com os povos interessados, para proteger e preservar o meio ambiente nos territórios habitados por eles.

Ou seja, o Estado deve oferecer mecanismos para que os povos indígenas decidam a forma e o processo para se desenvolver, sempre respeitando as suas origens e que não afete a sua identidade cultural da sua tribo.

Desta maneira, a Convenção nº169 faz com que a população indígena decida como vão aplicar e integrar a suas leis consuetudinárias ao poder do Estado, conforme prevê o artigo 8º da convenção, bem como, a referida convenção estabelece qual a conduta do Estado, no caso de haver uma judicialização de algum fato, que necessite a intervenção de juiz para o caso concreto, conforme preconiza o artigo 9º:

**ARTIGO 8º**

1. Na aplicação da legislação nacional aos povos interessados, seus costumes ou leis consuetudinárias deverão ser levados na devida consideração.

(...)

**ARTIGO 9º**

1. Desde que sejam compatíveis com o sistema jurídico nacional e com direitos humanos internacionalmente reconhecidos, os métodos tradicionalmente adotados por esses povos para lidar com delitos cometidos por seus membros deverão ser respeitados.

2. Os costumes desses povos, sobre matérias penais, deverão ser levados em consideração pelas autoridades e tribunais no processo de julgarem esses casos.

A partir do momento em que os organismos internacionais, bem como, o Estado brasileiro ao ratificar a referida convenção, com o reconhecimento da aplicação das leis consuetudinárias. Tal reconhecimento, possibilita a aplicação de um pluralismo jurídico, quando algum fato jurídico envolver algum povo indígena.

Este pluralismo jurídico, permite que haja leis entre os povos e que tenha validade no mundo jurídico, sem que haja a necessidade do Estado na produção de um Direito, ou seja, os costumes e as leis dos povos indígenas tem o mesmo poder e validade do que uma lei produzida pelo Estado.

Neste sentido, cabe destacar o entendimento do Wolkmer (2015, p.224-225):

Ora, o espaço do pluralismo jurídico é onde nasce a juridicidade alternativa. O Estado não é o lugar único do poder político,

tampouco a fonte exclusiva da produção do Direito. O pluralismo jurídico expressa um choque de normatividades, cabendo aos pobres, como novos sujeitos históricos, lutar para “fazer prevalecer seu Direito”. É muito ampla a gama de possibilidades que oferece este direito dos pobres.

O referido autor (2015, p. 261-262) conclui que o pluralismo jurídico é legítimo, pois decorre de um grupo social, que no caso seria os povos indígenas, e que esta pluralidade acaba sendo incorporada pelo Estado:

Pode-se ainda consignar que sua intenção não está em negar ou minimizar o Direito estatal, mas em reconhecer que este é apenas uma das muitas formas jurídicas que podem existir na sociedade. Desse modo, o pluralismo legal cobre não só práticas independentes e semiautônomas, com relação ao poder estatal, como também práticas normativas oficiais/formais e práticas não oficiais/informais. A pluralidade envolve a coexistência de ordens jurídicas ou sistemas normativos distintos que define ou não relações entre si. O pluralismo pode ter como meta práticas normativas autônomas e autênticas geradas por diferentes forças sociais ou manifestações legais plurais e complementares, reconhecidas, incorporadas e controladas pelo Estado.

Desta maneira, percebe-se que com o pluralismo jurídico, faz com que o Estado Constitucional brasileiro, se torne em um Estado Constitucional Cooperativo de dentro para fora, neste sentido, cabe destacar os ensinamentos do professor Maliska (2013, p.60):

Assim é possível se falar de uma dupla função legislativa do Estado Constitucional, ou seja, a cooperação normativa agrega novos elementos ao processo de produção legislativa estatal, visto que o Estado, ao lado da produção normativa que realiza de modo exclusivo no plano interno, coopera com outras ordens constitucionais na produção normativa externa, cujo resultado apresenta uma síntese das vontades de diversas ordens soberanas. Os sentidos de incompletude que possibilitam se falar em cooperação no plano interno são de diversas ordens. Por certo que não se trata de questionar os atributos formais da soberania de um

país em seu território. Essa constatação está vinculada a necessidade de os Estados hoje cooperarem na busca de eficiência de suas políticas públicas tanto no plano internacional como no interno. Assim, assume relevo o papel da Sociedade civil em seus mais diversos segmentos, que engajados com as coordenadas delimitadas pela Constituição, estão aptos para contribuir com o Estado na concretização da Constituição.

Em consonância a este entendimento, o autor Häberle (2007, p. 10) conclui que: “O Estado Constitucional Cooperativo é a resposta interna do Estado Constitucional ocidental livre e democrático à mudança no Direito Internacional e ao seu desafio que levou a formas de cooperação.”.

Farias (2016, p. 74) entende de que nada adianta o Estado possuir um sistema jurídico, sem uma eficácia com a realidade da sociedade e, neste caso a pluralidade estaria mais próxima da realidade da população da região:

Portanto, o grande desafio desse tipo de Estado não é apenas produzir arcabouços ou arranjos jurídico-institucionais fortes; acima de tudo, é reunir as condições materiais necessárias para assegurar sua eficácia e convertê-los em realidade.

Sendo que, o sentido de cooperação se torna extremamente relevante atualmente, Maliska (2006, p.209), em outra obra, destaca a importância da cooperação e a integração dos Estados, principalmente com a pluralidade jurídica:

A cooperação e a integração supranacional propiciam um alargamento da função reguladora do Estado, pois esse deixa de possuir o monopólio da produção jurídica e passa compartilhar essa tarefa com instituições públicas supranacionais e internacionais. A integração dos Estados em organizações regionais e globais é imperativo do mundo atual, onde, cada vez mais, os problemas tomam dimensões para além das fronteiras do Estado.

Desta forma, a pluralidade jurídica está mais próxima com a realidade da sociedade, pois diferentemente da pirâmide de Kelsen,

onde as leis surgem de cima (pelo Estado) para o povo, a pluralidade jurídica vem de baixo da pirâmide, surgindo da própria população, como a resolução informal de conflitos (arbitragem, mediação) por exemplo, conforme pontifica Wolkmer (2015, p.332-333):

Nesse tipo de estrutura sociopolítica colonizada, como a sociedade brasileira, as prioridades passam obrigatoriamente pela democratização do Estado, pela formação de uma cidadania coletivo-participativa e pela descentralização e avanço da sociedade civil. Com efeito, o grande esforço é não só empenhar-se pela criação de “direitos comunitários” gerados pelas necessidades da população e definir novas instâncias informais de resolução dos conflitos, como, também, de um lado, lutar pela afirmação de direitos já existentes na legislação mas não regulamentados (ou sem eficácia), de outro, explorar as possibilidades das práticas de justiça informal oferecidas pelo próprio Direito oficial do Estado.

O aludido autor (2015, p.333) conclui que o Direito emanado pelo Estado está mais ligado as elites e que a pluralidade jurídica, está mais ligado as minorias étnicas, operando-se a margem do Direito oficial do Estado:

Pois bem, toda essa argumentação precedente se encaminha para realçar, no fundo, a impossibilidade de se negar, na tradição de nossa cultura jurídica monista e pouco participativa, a convivência secular e dualista entre um Direito oficial do Estado – produzido para servir aos interesses econômicos e políticos das grandes elites oligárquicas e inspirado, quase sempre, nas legislações alienígenas – e um outro Direito informal inerente às práticas reais da população (indígenas, afrodescendentes discriminados, mulheres, camponeses excluídos, trabalhadores rurais, movimentos sociais, minorias étnicas e injustiçados em geral), operando à margem da legalidade oficial e equidistante dos tribunais e instâncias estatais.

Desta maneira, a efetivação do pluralismo jurídico na sociedade se torna uma necessidade para garantir a efetivação dos direitos fundamentais, acompanhando os avanços da tecnologia,

algo que o Estado não consegue acompanhar, pois a globalização faz com que haja uma mudança de conduta da sociedade, na busca no exercício da cidadania, conforme conclui Darcanchy (2012, p.168):

Notadamente a globalização impõe aos cidadãos a necessidade de uma reflexão e revisão dos modelos que existiram até o momento e, que agora estão em questionamento. Tais modelos, no campo social da produção material dos indivíduos, exigem do magistrado uma abertura para o novo, para a atualização dos preceitos ali embutidos e a perspectiva de um constante diálogo. Dessa forma, torna-se imprescindível focar as questões da justiça, da ética, da cidadania e do direito diante da alteração de paradigmas que a sociedade está impondo a cada dia. (p.168)

Contudo, se faz necessário que o Estado fiscalize a aplicação do pluralismo jurídico, para que não haja um eventual retrocesso social. Principalmente com a vulnerabilidade que os povos que vivem nessas regiões com o poder econômico das empresas transnacionais.

Principalmente, nos casos em que os próprios povos indígenas permitem a exploração de suas próprias terras, tema que é controverso e não há uma definição sobre o assunto, mas que está sendo recorrente os pedidos de exploração das áreas pelos próprios índios<sup>10</sup>. E que sem um acompanhamento do Estado no controle da exploração dessas áreas, pode haver um retrocesso social na região, pois há uma ineficiência do Estado em prover e garantir os direitos fundamentais, como educação, saúde, trabalho e segurança para esses povos, que acabam permitindo com empresas transnacionais que possui poder econômico utilizem e explorem a região, ou seja, ao invés dos povos indígenas protegerem o meio ambiente, acabam se tornando parte do sistema, com a sobreposição do poder econômico sobre os povos indígenas.

---

<sup>10</sup> Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ibama-deve-conceder-1-licenca-em-area-indigena-para-atividade-de-exploracao-com-potencial-de-degradacao-23430124> Acesso em 07/02/2019

E neste caso, a ineficiência do Estado brasileiro em proteger os povos indígenas e a não promoção das leis consuetudinárias desses povos, desrespeitando a pluralidade jurídica desse grupo social, pode acarretar em uma responsabilidade internacional do Estado, na Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

Corroborado com este entendimento, Mazzuoli (2004, p.396) entende que o Brasil pode ser responsabilizado, caso não cumpra a Convenção nº169 da OIT:

A hierarquia constitucional dos tratados de proteção dos direitos humanos não serve apenas de complemento à parte dogmática da Constituição, implicando, ainda, o exercício necessário de todo o poder público – aí incluso o judiciário -, em respeitar e garantir a plena vigência destes instrumentos. Disto decorre que a violação de tais tratados constitui não só responsabilidade internacional do Estado, mas também a violação da própria Constituição que os erigiu à categoria de normas constitucionais.

No tocante ao tema, recentemente, o Brasil<sup>11</sup> foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) pela morosidade na demarcação de terras indígenas, pois o Estado brasileiro levou 16 anos para reconhecer, titular e demarcar as terras indígenas, na comunidade xucuru na região do estado de Pernambuco. Sendo que é a primeira vez que o país é condenado por violações de direitos dos indígenas.

Portanto, o pluralismo jurídico é um instrumento extremamente importante no Brasil, principalmente nos locais onde há uma ausência do poder do Estado, que no caso da presente obra, versa sobre os povos indígenas e na região da floresta amazônica, onde já há um reconhecimento internacional por intermédio da Convenção nº169 da OIT na proteção desses povos indígenas, promovendo os costumes e as leis consuetudinárias para que esses povos possam se desenvolver da forma que sejam respeitados as

---

<sup>11</sup> Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf) Acesso em 07/02/2019

suas crenças, costumes. Pois caso não haja o cumprimento e a promoção do pluralismo jurídico como mecanismo de efetivação de direitos fundamentais, o Estado brasileiro pode sofrer uma nova condenação na Corte IDH.

## 5. Conclusão

Neste breve ensaio, foram analisados importantes temas ligados à efetividade do pluralismo jurídico e da Convenção nº169 da OIT, frente a globalização da economia e das empresas transnacionais, em que há uma necessidade de uma efetivação destes dois institutos, por intermédio da integração e cooperação entre o pluralismo jurídico e o Direito oficial do Estado, nos locais onde o poder do Estado não alcança ou que baixa efetividade, como no caso da região amazônica.

Para atingir o objetivo proposto, a presente obra foi dividida em três tópicos, na primeira parte foi analisada o desenvolvimento da globalização das economias e os efeitos que trazem para nossa sociedade; na segunda parte foi analisada brevemente os sistemas de proteção dos direitos humanos frente a globalização e o poder econômico das empresas transnacionais, como a OIT, Agenda 2030 da ONU e análise da Convenção nº169 da OIT; no terceiro e último momento da obra, foram analisados o teor da referida convenção e reconhecimento da aplicação das leis consuetudinárias e dos costumes dos povos indígenas como fonte da aplicação do Direito, bem como, a necessidade da efetivação deste pluralismo jurídico na região amazônica, diante da ineficácia do poder estatal nessas regiões em prover e efetivar os direitos mais básicos previstos na Constituição de 1988, vez que esses povos ficam em situação de vulnerabilidade diante do poder econômico das empresas transnacionais.

Com isso, foi possível verificar que a importância da efetivação da Convenção nº169 da OIT, com reconhecimento de que é possível aplicar as leis consuetudinárias dos povos indígenas,

gerando esse diálogo entre as leis e os costumes desses povos com as leis produzidas pelo Estado. Desta forma, criando um pluralismo jurídico nas relações sociais na região, criando micro- direito.

Este pluralismo é necessário ser efetivado na região, principalmente em decorrência da ausência do poder estatal em regiões remotas do território brasileiro. Gerando uma autonomia para estes povos, para que possam se desenvolver da forma que não interfira nas suas crenças, costumes e leis.

Contudo, deverá o Estado fiscalizar esse pluralismo aplicado nessas regiões, para que não haja um retrocesso social na região, diante da vulnerabilidade social destes povos, frente a ausência do poder do Estado e do poder econômico das empresas transnacionais. Alinhando mecanismos de proteção por meio de políticas públicas de empoderamento do pluralismo jurídico, evitando-se que as empresas se aproveitem da fragilidade dos povos que não detém o capital.

## 6. Referências

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinícius Almada. **Teorias da Justiça no Âmbito da Efetividade dos Direitos Fundamentais**. Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil), v. 16, p. 48-69, 2014.

BOMFIM, Vólia. **Princípios Trabalhistas, novas profissões, Globalização da Economia e Flexibilização das Normas Trabalhistas**. Niterói, RJ: Editora Impetus, 2010

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988**. Brasília: Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: 18/07/2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **CASO DO POVO INDÍGENA XUCURU E SEUS MEMBROS VS. BRASIL** Sentença de 05 de Fevereiro de 2018. Disponível em: < [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_346\\_por.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_346_por.pdf)> Acesso em 07/02/2018

COUTINHO, Aldacy Rachid. **O Princípio da Proteção Revisitado**. In Bonijuris, ano XIII, nº 452, p. 05-07. jul./2001.

DARCANCHY, M. V.. **O “Decent Work” Na Globalização Socialmente Inclusiva Do Direito Internacional Do Trabalho**. Revista Jurídica (FIC), v. 2, p. 149-163, 2012.

FARIA, José Eduardo. **O Estado e o direito depois da crise**. 2. São Paulo Saraiva 2016 1 recurso online (DDJ). ISBN 9788547202965.

FRIEDRICH, Tatyana Scheila; PASSOS, André Franco de Oliveira;. **DIREITO INTERNACIONAL E LIBERDADE SINDICAL: DA TEORIA GERAL A NECESSIDADE DE APLICAÇÃO PRÁTICA**. In: NICOLADELI, Sandro Lunard; PASSOS, André Franco de Oliveira; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. A direito coletivo, a liberdade sindical e as normas internacionais. São Paulo: LTr, 2013. 2 v

GROTT, João Manoel. **Meio ambiente do trabalho: prevenção: a salvaguarda do trabalhador**. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2003. 195 p. ISBN 85-0362-566-0.

Häberle. Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 (72 p.)

IZUTA, Thierry G; KNIHS, K. K. . **Trabalho Decente como escopo para reduzir as desigualdades sociais no Brasil**. In: Camila Salgueiro da Purificação Marques (Org.); Maria Augusta Oliveira de Souza (Org.); Bibiana Fontana (Org.); Olga Maria Queiroz Krieger (Org.). (Org.). Questões Sociais e Jurídicas na Efetivação da Democracia no Brasil. 1ed. Florianópolis: Habitus, 2018, v. 1, p. 325-344.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 7. São Paulo Saraiva 2016

MALISKA, Marcos Augusto. Estado e Século XXI. A integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional. Rio de Janeiro. Renovar.2006 (213 p.)

\_\_\_\_\_. **Fundamentos da Constituição. Abertura. Cooperação. Integração**. Curitiba: Juruá, 2013 (130 p.)

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich; BRAGA, Antonio Carlos. **Manifesto do partido comunista**. São Paulo: Lafonte, 2012. 67 p. (Coleção grandes clássicos da filosofia). ISBN 978-85-7635-928-9 (broch.).

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **O direito internacional dos direitos humanos e o delineamento constitucional de um novo conceito de cidadania**. In: Maria de Fátima Ribeiro; Valerio de Oliveira Mazzuoli. (Org.). Direito Internacional dos Direitos Humanos: estudos em homenagem à Prof.<sup>a</sup> Flávia Piovesan. 1ed. Curitiba: Juruá, 2004, v. 1, p. 387-400.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/> Acesso em: 10/01/2019

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT.. **Convenção nº169 – Sobre os Povos Indígenas**. Disponível em: < [http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS\\_236247/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_236247/lang--pt/index.htm) > Acessado em: 07/02/2019

OEA - Organização dos Estados Americanos. **Convenção Americana Sobre Direitos Humanos**. [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm) Acesso em 20/11/2018

\_\_\_\_\_. **Protocolo de San Salvador**. Disponível em: [http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador.htm](http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm) Acesso em 20/11/2018

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. 711 p.

PRONER, André Luiz. **Neoescravidão: análise jurídica das relações de trabalho**. Curitiba: Juruá, 2010. p.21

RUGGIE, John Gerard. **Quando Negócios não são apenas Negócios: As Corporações Multinacionais e os Direitos Humanos**. Tradução de Isabel Murray. São Paulo: Planeta Sustentável, 2014.

SCHWAB, Klaus. A Quarta Revolução Industrial. São Paulo: Edipro, 2016. ISBN: 9788572839785 p.52

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SINGER, Paul Israel. **Globalização e desemprego: diagnóstico e alternativas**. 3. ed. São Paulo: Contexto, 1999. 139 p. ISBN 85-7244-093-3.

STOLZ, Sheila.; SOUZA, D. G. ; OPUSZKA, Paulo Ricardo . **Os direitos sociais fundamentais à saúde e ao meio ambiente de trabalho equilibrado: o Direito do Trabalho frente aos desafios do século XXI**. In: Eduardo Biacchi Gomes; Paulo Ricardo Schier. (Org.). *Direitos Fundamentais e Sociais: a pessoa humana em um mundo em crise*. 1ed. Curitiba: Instituto Memória Editora. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016, v. 1, p. 99-144.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico fundamentos de uma nova cultura do direito**. 4. São Paulo Saraiva 2015 1 recurso online ISBN 9788502228375.

## **Caso Baena Ricardo e outros vs Panamá - a Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos humanos econômicos, sociais e culturais**

*Edilaine Vieira da Silva*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

A partir do pós-guerra a proteção aos Direitos Humanos deixou de ser um problema interno de cada país, para se tornar uma questão de interesse da comunidade internacional. Garantir que as atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial não voltassem a ocorrer foi o estopim para a criação de mecanismos de proteção a esses direitos.

Efetivamente, essa nova visão, de proteção internacional dos direitos humanos, é algo extremamente recente na história da humanidade e tem seu início com o término da Segunda Guerra Mundial. Com a liberdade de imprensa e o desenvolvimento de modernos meios de comunicação, a comunidade internacional tomou conhecimento das barbáries e atrocidades cometidas. Atitudes que envergonhavam a própria espécie humana. Isso

---

<sup>1</sup> Advogada inscrita na OAB/PR sob nº 36.919. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2003), e especialização em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (2005). Mestranda em Direitos Fundamentais e Democracia, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil. (Unibrasil) Possui experiência nas áreas de gestão pública do meio ambiente, trabalhando como Secretária do Meio Ambiente junto a Prefeitura Municipal de São José dos Pinhais (2009-2012) e como Diretora de Avaliação de Impacto Ambiental e Licenciamentos Especiais - DIALE no Instituto Ambiental do Paraná (2015-)2018). Além disso, é presidente da Comissão de Direito Ambiental da OAB-SJP. Atua nas áreas de interesse: Direito, Direito ambiental e Gestão pública. E-mail: [edilaine.vieira.adv@hotmail.com](mailto:edilaine.vieira.adv@hotmail.com).

demonstra a necessidade de uma proteção mais efetiva aos direitos humanos; o que nos levou ao processo de internacionalização desses direitos resultando na criação de sistemas de proteção internacional, em que é possível a própria responsabilização de um Estado. O aspecto mais positivo dessas ações foi a reformulação do conceito clássico de soberania como um poder ilimitado que não admite restrições ou exceções. (GORCZEWSKI & DIAS, 2012, p. 244-245).

Nesse contexto é assinada, em 10 de dezembro de 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, marco inaugural da tutela internacional dos Direitos Humanos.

No continente latino americano foi criada, em 1959, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e, uma década depois, a Corte Interamericana de Direitos Humanos que emitiu sua primeira opinião consultiva em 1982 e sua primeira decisão em questão contenciosa em 1988. (PORTALES, 2013)

De lá pra cá, foram muitos os avanços da Corte em matéria de Direitos Humanos, porém, as violações admitidas pela Corte tratavam, via de regra, de Direitos Cíveis e Políticos.

Hodiernamente, vê-se uma clara tendência da Corte Interamericana em admitir casos que versam sobre violação de Direitos Humanos econômicos, sociais e culturais, muito embora, o Capítulo da Convenção Americana dedicado a tais direitos possua apenas o artigo 26, cujo texto lhe confere - diferentemente dos direitos cíveis e políticos passíveis de aplicação imediata - caráter programático<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> CAPÍTULO III

DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS

Artigo 26. Desenvolvimento progressivo

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (OEA, CIDH, 1969)

A partir do caso Baena Ricardo e outros vs Panamá, cuja sentença foi exarada pela Corte em 02 de fevereiro de 2001 (OEA, CIDH, 2001), procurar-se-á demonstrar, no presente artigo, que ainda que as decisões da Corte Interamericana, reconheçam os direitos humanos econômicos, sociais e culturais, o fazem por via transversa, considerando uma interdependência dos mesmos com os direitos civis e políticos.

## **2. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e os direitos econômicos, sociais e culturais**

Não resta dúvida de que a América Latina possui um dos quadros de desigualdade social, econômica e cultural mais críticos do Planeta, o que torna a violação aos direitos humanos dessa categoria uma constante.

Demandas que denunciam a não observância de direitos econômicos, sociais e culturais de grupos vulneráveis chegam com frequência à Comissão Interamericana de Direitos Humanos que, por sua vez, reconhecendo a violação a tais direitos, as encaminha para análise da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A atuação da Corte Interamericana na tutela dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é algo relativamente recente e ainda em construção, pois historicamente, a Corte que “concentrou sua jurisprudência na defesa da vida, da integridade, das liberdades, da justiça, da igualdade e dos direitos políticos tem, apesar das dificuldades, paulatinamente decidido também em prol dos direitos econômicos, sociais e culturais” (PAES, 2008, p. 6).

Muito embora existam muitos instrumentos legais que reconheçam de forma direta ou indireta os direitos econômicos, sociais e culturais, os principais diplomas normativos para a atuação do Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos são a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo de San Salvador.

Na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estão previstos apenas no artigo 26 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, e sua garantia não é exigida de imediato, como ocorre com os Direitos Cíveis e Políticos.

Da leitura do artigo 26, da Convenção depreende-se que a aplicabilidade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é programática, ou seja, não há possibilidade de se exigir seu imediato cumprimento por parte dos Estados signatários da Convenção:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados. (OEA, CIDH, 1969)

Segundo Flávia Piovesan (2017, p. 1368),

[...] a Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece direitos cíveis e políticos, contemplando apenas a aplicação progressiva dos direitos sociais (artigo 26). Já o Protocolo de San Salvador, ao dispor sobre direitos econômicos, sociais e culturais, prevê que somente os direitos à educação e à liberdade sindical seriam tuteláveis pelo sistema de petições individuais (artigo 19, parágrafo 6º). (PIOVESAN, 2017, p. 1368)

Essa característica programática dos direitos econômicos, sociais e culturais tem levado a Corte Interamericana a decisões que, embora reconheçam a violação de tais direitos, utilizam-se do subterfúgio de vincular essa violação à afronta de outro direito (civil ou político) para legitimar a decisão e a consequente punição.

A Corte tem firmado convencimento na tese de estreita relação entre os direitos cíveis e políticos e os direitos econômicos,

sociais e culturais<sup>3</sup>. Para Flávia Piovesan, existe “um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta dos direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos” (PIOVESAN, 2017, p. 1369).

Aos poucos, ainda que de maneira transversa, as decisões da Corte vão dando nova roupagem ao artigo 26, da Convenção, que durante muito tempo foi considerado um regramento limitado a simples expressão de objetivos programáticos e não de obrigações legais vinculantes.

O posicionamento da Corte Interamericana está pautado no próprio preâmbulo do Protocolo de San Salvador, que afirma a interdependência entre os direitos humanos civis e políticos e os direitos sociais, econômicos e culturais:

Considerando a estreita relação que existe entre a vigência dos direitos econômicos, sociais e culturais e a dos direitos civis e políticos, porquanto as diferentes categorias de direito constituem um todo indissolúvel que encontra sua base no reconhecimento da dignidade da pessoa humana, pelo qual exigem uma tutela e promoção permanente, com o objetivo de conseguir sua vigência plena, sem que jamais possa justificar-se a violação de uns a pretexto da realização de outros; (OEA, CIDH, [sd], Preâmbulo)

A Corte afirmou, em seu informe anual de 1986, que

Los derechos económicos, sociales y culturales poseen la misma naturaleza sustancial de los derechos políticos y civiles. Todos derivan de la esencial dignidad del ser humano, todos constituyen atributos irrenunciables de la persona y todos deben ser objeto de

---

<sup>3</sup> No caso *Albán Cornejo y otros versus Ecuador* referente à suposta negligência médica em hospital particular – mulher deu entrada no hospital com quadro de meningite bacteriana e foi medicada, vindo a falecer no dia seguinte, provavelmente em decorrência do medicamento prescrito – a Corte decidiu o caso com fundamento na proteção ao direito à integridade pessoal e não no direito à saúde. No mesmo sentido, no caso *Myrna Mack Chang versus Guatemala*, concernente a danos à saúde decorrentes de condições de detenção, uma vez mais a proteção ao direito à saúde deu-se sob o argumento da proteção do direito à integridade física (PIOVESAN, 2017, p. 1369-1370).

promocion, garantia y proteccion a nivel regional, nacional y universal. (OEA, CIDH, 1986, p. 42, §2)

Porém reforça, no mesmo documento, a necessidade de se ter mecanismos específicos e diferenciados para a proteção desses direitos.

### **3. O embasamento da decisão da Corte Interamericana no caso Baena Ricardo e outros vs Panamá**

Em janeiro de 1998, a Corte Interamericana de Direitos Humanos recebeu a denúncia nº 11.325, da Comissão Interamericana com o seguinte caso:

El Comité Panameño por los Derechos Humanos denunció ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) al Estado de Panamá por el despido arbitrario de 270 empleados públicos y dirigentes sindicales, que habían participado en distintas protestas contra la política gubernamental en reclamo de sus derechos laborales. El despido se produjo luego de que el Gobierno acusara a estas personas de haber participado en aquellas manifestaciones de protesta y de resultar cómplices de una asonada militar. Para concretar la sanción, se aplicó una ley dictada con posterioridad a los hechos que estableció que la tramitación de los juicios que iniciaran los trabajadores a raíz de los despidos se realizaría en el fuero contencioso-administrativo y no en el laboral, tal como determinaba la legislación vigente. Además, todos sus reclamos ante la Corte Suprema de Panamá fueron desestimados. Fracasado el procedimiento ante la CIDH, ésta presentó el caso en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Corte Interamericana declaró que el Estado de Panamá había violado los derechos a la libertad de asociación, a las garantías judiciales y a la protección judicial y los principios de legalidad y de irretroactividad de la ley en perjuicio de los 270 trabajadores. La Corte estableció que las garantías mínimas del debido proceso establecidas en el artículo 8.2. de la Convención Americana de Derechos Humanos deben respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas. Por ello, decidió que el Estado debía reintegrar en sus

cargos a los trabajadores y pagarles los montos correspondientes a los salarios caídos. (RED-DESC, 2006, Resumen)

Extrai-se da sentença da Corte Interamericana, que em 1990, ocorreram diversas manifestações populares pleiteando direitos trabalhistas no Panamá.

Foi editada, em razão dessas manifestações, a Lei 25, que permitia a demissão dos servidores públicos que se envolveram nesses protestos, de forma retroativa.

Baseados na referida Lei, governantes demitiram os 270 trabalhadores, que se tronaram peticionários na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pleiteando reintegração ao serviço público, sob alegação de que os direitos sindicais estão previstos no Protocolo de San Salvador<sup>4</sup>.

Alegam os trabalhadores que todos os recursos judiciais interpostos em âmbito interno foram inadmitidos, razão pela qual, viram-se obrigados a recorrer ao Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos.

A sentença da Corte, exarada em 2001, foi paradigmática, na medida em que enfrentou diversas questões periféricas de suma relevância e se manifestou conclusivamente sobre os direitos sindicais previstos no Protocolo de San Salvador.

---

<sup>4</sup> Os Estados Partes garantirão:

a. O direito dos trabalhadores de organizar sindicatos e de filiar-se ao de sua escolha, para proteger e promover seus interesses. Como projeção desse direito, os Estados Partes permitirão aos sindicatos formar federações e confederações nacionais e associar-se às já existentes, bem como formar organizações sindicais internacionais e associar-se à de sua escolha. Os Estados Partes também permitirão que os sindicatos, federações e confederações funcionem livremente;

b. O direito de greve.

2. O exercício dos direitos enunciados acima só pode estar sujeito às limitações e restrições previstas pela lei que sejam próprias a uma sociedade democrática e necessárias para salvaguardar a ordem pública e proteger a saúde ou a moral pública, e os direitos ou liberdades dos demais. Os membros das forças armadas e da polícia, bem como de outros serviços públicos essenciais, estarão sujeitos às limitações e restrições impostas pela lei.

3. Ninguém poderá ser obrigado a pertencer a um sindicato. (OEA, CIDH, [sd], art. 8)

### 3.1. Pacta Sunt Servanda em Tratados Internacionais

O Protocolo de San Salvador – primeiro protocolo adicional a Convenção Americana de Direitos Humanos a tratar de modo mais detalhado os direitos econômicos, sociais e culturais – foi assinado em San Salvador, El Salvador em 17 de novembro de 1988, e possui 16 países signatários, dentro os quais, o Panamá. (OEA, CIDH, 1988, A-52)

O Estado do Panamá alegou, em sua defesa, que há época das demissões não havia ratificado o Protocolo de San Salvador, razão pela qual, não estaria sujeito a suas regras.

A Corte, ao analisar tal argumento, assevera:

98. La Corte reafirma el principio de derecho internacional general según el cual los Estados tienen el deber de cumplir de buena fe (pacta sunt servanda) los instrumentos internacionales por ellos ratificados, consagrado en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969), así como de abstenerse de realizar actos contrarios al objeto y fin de dichos instrumentos, incluso desde el momento de la firma del tratado, principio éste aplicable en el presente caso. Este último deber, consagrado en el artículo 18 de la referida Convención de Viena, se aplica al Protocolo de San Salvador. Observa la Corte, además, que dicho Protocolo inclusive le otorga competencia a este Tribunal em determinados supuestos. (OEA, CIDH, 2001, p. 81, §98)

Ou seja, desde a assinatura do Tratado Internacional, espera-se que o Estado haja de boa fé e abstenha-se de praticar atos internos que possam violar suas disposições. Essa expectativa baseia-se no princípio da boa-fé dos contratos, sejam eles internacionais ou não.

Muito embora entre a assinatura do Tratado e sua ratificação possam transcorrer largos períodos, durante os quais, legalmente, o Estado não está obrigado a obedecer seus mandamentos, é certo que essa não observância demonstra uma falta de coerência do Estado para com aquilo que se dispôs a contratar, além de um menosprezo com as demais partes signatárias:

A assinatura constitui um ato de boa-fé, ao qual os Estados devem respeito não somente por uma questão de prudência política, como manter-se confiável perante outros Estados, mas também por uma questão de direito. Um Estado contratante deve agir de forma coerente com as responsabilidades resultantes de seu ato, exercendo importante influência sobre algumas cláusulas, tais como direito de adesão, possibilidades de reservas e condições para a entrada a negociação, as normas serão construídas com base em concessões mútuas de um Estado em função do comprometimento de outro e/ou para garantir sua participação. (ALMEIDA & PEREIRA, 2013, p. 174-175)

A Corte Interamericana conclui, entretanto, que como no momento das demissões o Estado do Panamá não havia ratificado o Protocolo de San Salvador, não havia meios de lhe imputar violações ao mesmo, mas advertiu o Estado para o fato de que, desde o momento em que assinou o Tratado, deveria ter tomado precauções para evitar que qualquer ato interno pudesse violar suas cláusulas<sup>5</sup>.

### **3.2. Violação aos princípios da legalidade e irretroatividade das Leis**

A Corte concluiu, em sua análise do caso Baena Ricardo y otros vs Panamá, que o Estado, ao aplicar a Lei 25 para demitir, de forma retroativa os 270 trabalhadores, deixou de observar o artigo 9º, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que reza:

Ninguém pode ser condenado por ações ou omissões que, no momento em que forem cometidas, não sejam delituosas, de acordo com o direito aplicável. Tampouco se pode impor pena mais grave que a aplicável no momento da perpetração do delito.

---

<sup>5</sup> 99. Sin embargo, como al momento de los hechos del presente caso, o sea, em diciembre de 1990, Panamá todavía no había ratificado el referido Protocolo, no se le pueden imputar al Estado violaciones del mismo. Esto, sin perjuicio del deber que há tenido el Estado, a partir de la firma de ese instrumento internacional, es decir, del 17 de noviembre de 1988, de abstenerse de realizar cualquier acto contrario al objeto y fin del Protocolo de San Salvador, aun antes de su entrada en vigor. (OEA, CIDH, 2001, p. 81, §99)

Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delincente será por isso beneficiado. (OEA, CIDH, 1969)

O Estado do Panamá, em sua defesa, alegou que a demissão dos servidores não teve natureza de sanção penal, mas foi uma medida administrativa e, portanto, não alcançada pelo artigo 9º, da Convenção, que fala em condenação.

Para a Corte, entretanto, esse argumento não se sustenta, haja vista que a demissão, muito embora seja ato administrativo, tem nítido caráter punitivo, pois é medida imposta em decorrência de ato que contraria uma norma.

A irretroatividade da lei em prejuízo dos trabalhadores fere o princípio da segurança jurídica que nada mais é que “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das consequências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. (PIRES, 2014, p. 129)

Para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos,

[...]todas las actuaciones del Estado, aun las administrativas, deben ceñirse a los límites definidos por la legalidad. Mientras no esté vigente una previsión normativa de rango legal que tipifique la infracción y la sanción, no podrá calificarse una conducta como falta ni podrá ser sancionada”. (OEA, CIDH, 2001, p. 81, §101 b)

Ou seja, ao editar uma Lei que prevê que trabalhadores que participem de manifestações contra o governo em defesa de direitos trabalhistas sejam demitidos e aplicar a sanção a servidores que participaram de eventos já ocorridos, antes da publicação da lei, o Estado do Panamá violou claramente o princípio da legalidade, uma vez que os trabalhadores foram punidos por praticar ato que, ao tempo de sua prática, não eram ilegais.

Em suma, sobre a edição da Lei nº 25 pelo Estado do Panamá e sua aplicação de forma retroativa, para demitir os trabalhadores que participaram das manifestações em momento anterior a sua

publicação, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos assim se manifesta:

i) en virtud del principio de irretroactividad, las leyes que acarrear la aplicación de una sanción sólo pueden aplicarse a futuro, ya que la persona que sería eventualmente sancionada debe conocer con anterioridad los actos que le son permitidos y los que le son prohibidos. La ley tiene límites temporales para su aplicación. En materia sancionatoria sólo es aplicable la ley vigente en el momento de la comisión del hecho punible; (OEA, CIDH, 2001, p. 82, §101 i)

Em sua defesa, o Estado do Panamá alega, além do fato de o princípio da irretroatividade das leis restringir-se às leis penais, que o artigo 43 da Constituição panamenha permitir a retroatividade de leis que visem a garantir a ordem pública e o interesse social.

Ao analisar a manifestação da Comissão e a contra argumentação do Estado do Panamá, a Corte Interamericana se manifesta conclusivamente pela aplicação do princípio da irretroatividade tanto a normas punitivas em âmbito criminal, quanto na esfera administrativa, uma vez que em ambos os casos, está-se diante de manifestação inequívoca do Poder Estatal sobre a vida do ser humano:

En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es

indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de éste. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva. (OEA, CIDH, 2001, p. 84-85, §106)

A Corte Interamericana concluiu sua análise afirmando que o Estado do Panamá violou o artigo 9º da Convenção Americana, causando prejuízo aos 270 trabalhadores ao os demitir com base em lei publicada posteriormente às manifestações das quais participaram, ferindo os princípios da irretroatividade e da legalidade<sup>6</sup>.

### **3.3 Do devido processo legal e da Proteção Judicial – Artigos 8º e 25 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos**

Como dito, a sentença da Corte Interamericana no caso sob análise enfrentou muitas questões periféricas antes de adentrar aos direitos sindicais propriamente ditos.

A Comissão, ao levar o caso à Corte manifestou-se no sentido de ter havido violação pelo Estado do Panamá do artigo 8º, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>7</sup>, na condução do processo de demissão dos 270 trabalhadores.

---

<sup>6</sup> De lo expuesto se deduce claramente, a criterio del Tribunal, que los actos del Estado que derivaron en la destitución de los trabajadores supuestas víctimas del presente caso se hicieron en contravención del principio de legalidad por el que se debe regir la actuación de la administración pública. Por todo ello, la Corte concluye que el Estado violó los principios de legalidad y de irretroactividad consagrados en el artículo 9 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia. (OEA, CIDH, 2001, p. 86, §115)

<sup>7</sup> Artigo 8. Garantias judiciais

A alegação da Comissão sustenta no fato de a Lei 25, além de retroagir indevidamente, criou um procedimento específico para a demissão dos trabalhadores que não observou os preceitos da ampla defesa e contraditório.

Além disso, observa a Comissão, que os pleitos judiciais dos trabalhadores nunca foram ouvidos pelo Judiciário panamenho:

b) existe una identidad entre los principios que inspiran el derecho penal y los que inspiran el derecho administrativo sancionatorio ya que ambos derechos son manifestaciones del poder punitivo del Estado; c) en el ejercicio de potestades discrecionales la administración debe actuar conforme a la legalidad y a los principios generales de racionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, permitiendo a los destinatarios de los actos

---

1.Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2.Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a. direito do acusado de ser assistido gratuitamente por tradutor ou intérprete, se não compreender ou não falar o idioma do juízo ou tribunal;

b. comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c. concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa;

d. direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e. direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f. direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g.direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada;

h.direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

3.A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4.O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5.O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça. (OEA, CIDH, 1969)

administrativos ejercer su derecho de defensa; (OEA, CIDH, 2001, p. 87, §116 b/c)

A Comissão aponta violação também ao Direito a ser julgado por um Tribunal competente, uma vez que a violação supostamente cometida pelos trabalhadores demitidos foi julgada não pelo Poder Judiciário, mas por órgão do Poder Executivo, criado pela Lei 25, especificamente para este fim, equiparando-se a um Tribunal de Exceção<sup>8</sup>, criado para julgar ato cometido antes da própria Lei que passou a considerar tal ato ilegal.

Com relação ao Direito à proteção judicial, previsto no artigo 25, da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>9</sup>, a Comissão manifesta-se no sentido de apontar que este também foi violado pelo Estado do Panamá, pois os recursos interpostos pelos trabalhadores demitidos perante os órgãos judiciais sequer foram admitidos.

O Estado do Panamá nega que os direitos ao devido processo legal e a proteção judicial tenham sido negados aos servidores demitidos, afirmando que

g) en Panamá se cumplieron las normas del debido proceso y las consecuentes garantías judiciales. La Ley 25 permitió a los trabajadores consecuentes garantías judiciales. La Ley 25 permitió a los trabajadores tribunal de la República, la Corte Suprema de Justicia; h) los peticionarios gozaron del debido proceso legal,

---

<sup>8</sup> [...] a instituição de um tribunal de exceção implica uma ferida mortal ao Estado de Direito, visto que sua proibição revela o status conferido ao Poder Judiciário na democracia. (MORAES, 2007, p. 37)

<sup>9</sup> Artigo 25. Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados Partes comprometem-se:

a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do

Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;

b. a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e

c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso. (OEA, CIDH, 1969)

tuvieron el derecho a ser oídos por un tribunal establecido con anterioridad por la ley y la posibilidad de presentar demandas a un tribunal competente, independiente e imparcial; (OEA, CIDH, 2001, p. 90, §118 g/h)

A Corte, ao enfrentar a questão, decidiu que ainda que o artigo 8º da Convenção Americana de Direitos Humanos fale em garantias judiciais, essas garantias não devem se restringir ao processo judicial, mas referem-se ao conjunto de medidas que devem ser adotadas pelo Estado em todos os processos que move contra os cidadãos,

De acordo com a Corte Interamericana de Direitos Humanos, “cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal” (OEA, CIDH, 2001, p. 92, §124).

A Corte deixa bem claro que a discricionariedade do Estado na elaboração e aplicação das normas que regem as relações humanas está adstrita aos limites dos Direitos Humanos<sup>10</sup> e, por fim, considera que o Estado do Panamá violou os artigos 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos<sup>11</sup>.

### **3.4 Os Direitos Sindicais – Art. 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos**

Como explanado anteriormente, a Corte decidiu que o Estado do Panamá, muito embora houvesse assinado o Protocolo de San Salvador, não o havia ratificado há época da publicação da Lei 25 e da

---

<sup>10</sup> En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso. (OEA, CIDH, 2001, p. 92, §126)

<sup>11</sup> Con base en lo expuesto y, en particular, en el silencio del Estado en torno a casos específicos, la Corte concluye que el Estado violó los artículos 8.1, 8.2 y 25 de la Convención Americana, en perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia. (OEA, CIDH, 2001, p. 95, §143).

demissão dos 270 trabalhadores. Por esta razão, ainda que o Estado devesse, pelo princípio da Boa fé abster-se de praticar atos contrários ao referido Protocolo, não poderia ser punido por tê-lo violado.

Entretanto, a própria Convenção Americana traz em seu artigo 16<sup>12</sup>, o Direito à liberdade de associação, e a Corte manifestou-se sobre sua violação:

Al considerar si se configuró o no en el caso en cuestión la violación de la libertad de asociación, ésta debe ser analizada en relación con la libertad sindical. La libertad de asociación, en materia sindical, consiste básicamente en la facultad de constituir organizaciones sindicales y poner en marcha su estructura interna, actividades y programa de acción, sin intervención de las autoridades públicas que limite o entorpezca el ejercicio del respectivo derecho. Por otra parte, esta libertad supone que cada persona pueda determinar sin coacción alguna si desea o no formar parte de la asociación. Se trata, pues, del derecho fundamental de agruparse para la realización común de un fin lícito sin presiones o intromisiones que puedan alterar o desnaturalizar su finalidad. (OEA, CIDH, p. 100, §156)

De acordo com o artigo 16 da Convenção Americana, a interferência do Estado no direito de associação sindical somente se justificaria por meio de lei que previsse restrições necessárias para salvaguardar a segurança nacional a ordem pública a saúde ou a moral públicas e os direitos e liberdades dos demais.

A Corte fez questão de mencionar, em sua sentença que quando o artigo 16 fala em lei que possibilite restringir o direito à livre associação não está se referindo a qualquer norma, mas sim a uma lei que esteja em sintonia com a garantia de direitos humanos

---

<sup>12</sup> Artigo 16. Liberdade de associação

1.Todas as pessoas têm o direito de associar-se livremente com fins ideológicos, religiosos, políticos, econômicos, trabalhistas, sociais, culturais, desportivos ou de qualquer outra natureza.

2.O exercício de tal direito só pode estar sujeito às restrições previstas pela lei que sejam necessárias, numa sociedade democrática, no interesse da segurança nacional, da segurança ou da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

3.O disposto neste artigo não impede a imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação, aos membros das forças armadas e da polícia. (OEA, CIDH, 1969)

e fundamentais, pois, permitir o contrário seria o mesmo que dar um cheque em branco para os Estados violarem direitos e garantias indiscriminadamente.

Nesse contexto, a Corte concluiu que não restou comprovada pelo Estado do Panamá, a ameaça a ordem pública para ensejar a edição da Lei 25 e efetuar as demissões dos 270 trabalhadores, interferindo diretamente em seu direito a livre associação:

No ha sido demostrado ante la Corte que las medidas adoptadas por el Estado fueron necesarias para salvaguardar el orden público en el contexto de los acontecimientos, ni que guardaron relación con el principio de proporcionalidad; em suma, la Corte estima que dichas medidas no cumplieron con el requisito de “necesidad en una sociedad democrática” consagrado en el artículo 16.2 de la Convención.

En razón de lo expuesto, la Corte concluye que el Estado violó el derecho a la libertad de asociación consagrado en el artículo 16 de la Convención Americana, em perjuicio de los 270 trabajadores relacionados en el párrafo 4 de la presente Sentencia. (OEA, CIDH, 2001, p. 103, §172-173)

A sentença da Corte Interamericana no caso sob análise foi conclusiva no sentido de declarar que houve, por parte do Estado do Panamá, violação aos artigos 8.1, 8.2, 9º, 15 e 16 da Convenção Americana de Direitos Humanos e decidir que o Estado deveria reintegrar os trabalhadores a seus cargos e efetuar o pagamento retroativo dos salários pelo período em que foram mantidos afastados.

#### **4. Conclusão**

A sentença do caso Baena Ricardo e outros vs Panamá demonstra como a Corte Interamericana de Direitos Humanos garantiu direitos trabalhistas sem enfrentar a questão sob a ótica dos Direitos econômicos, sociais e culturais.

A Corte ao analisar o caso à luz dos direitos humanos civis e políticos da legalidade, irretroatividade das leis, devido processo

legal e livre associação, findou por atingir o objetivo de defender e obrigar a implementação de direitos trabalhistas, vez que o Estado foi obrigado a reintegrar os trabalhadores demitidos de forma arbitrária a seus cargos e pagar seus salários retroativamente.

A atuação da Corte no presente caso demonstra nitidamente a correlação e interdependência entre os direitos humanos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais<sup>13</sup>.

Conclui-se, portanto, que a Corte Interamericana vem pacificando entendimento no sentido de os direitos humanos devem ser interpretados de maneira integral, e não dissociada, pois os Direitos Humanos civis e políticos e os direitos econômicos, sociais e culturais são conjugados por uma nítida interdependência, que os torna igualmente exigíveis e nivelados hierarquicamente.

## 5. Referências

ALMEIDA, Paula Wojcikiewicz; PEREIRA, Maíra Fajardo Linhares. Revisitando os efeitos da assinatura de um tratado internacional: da obrigação de boa-fé à sujeição internacional do estado. **Revista de Direito GV**, v. 9, n. 1, São Paulo, p. 171-198, Jan./June 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1808-24322013000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322013000100007)>.

GORCZEWSKI, Clóvis; DIAS, Felipe da Veiga. A imprescindível contribuição dos tratados e cortes internacionais para os direitos humanos e fundamentais. **Sequência** (Florianópolis), Florianópolis, n. 65, p. 41-272, Dec. 2012. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2177-70552012000200011](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552012000200011)>.

---

<sup>13</sup> Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atêm-se à proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção judicial. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá* envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram de manifestação (greve). A Corte condenou o Estado do Panamá pela violação da garantia do devido processo legal e proteção judicial, determinando o pagamento de indenização e a reintegração dos 270 trabalhadores. No caso *Trabajadores cesados del congreso (Aguado Alfaro y otros) versus Peru*, envolvendo a despedida arbitrária de 257 trabalhadores, a Corte condenou o Estado do Peru também pela afronta ao devido processo legal e proteção judicial. Em ambos os casos, a condenação dos Estados teve como argumento central a violação à garantia do devido processo legal e não a violação ao direito do trabalho. (PIOVESAN, 2017, p. 1370)

MORAES, Alexandre de. Combate à corrupção e respeito ao Princípio do Juiz Natural como garantia constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 19, n. 9, p. 37-42, set. 2007. Disponível em: <[https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60614/combate\\_corrupcao\\_respeito.pdf](https://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/60614/combate_corrupcao_respeito.pdf)>.

OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Americana de Direitos Humanos. 1969. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm)>.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Baena Ricardo y otros VS Panamá. Sentencia de 2 de febrero de 2001, 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas). Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_72\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf)>.

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais, “Protocolo de San Salvador”. [sd]. Disponível em: <[http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo\\_de\\_san\\_salvador.htm](http://www.cidh.org/basicos/portugues/e.protocolo_de_san_salvador.htm)>.

\_\_\_\_\_. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1986, 29 ago. 1986. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa\\_1986.pdf](http://www.corteidh.or.cr/sitios/informes/docs/SPA/spa_1986.pdf)>

\_\_\_\_\_. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A-52: Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais “Protocolo de San Salvador”. 1988. Disponível em: <[https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/f.Protocolo\\_de\\_San\\_Salvador\\_Ratif..htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/f.Protocolo_de_San_Salvador_Ratif..htm)>.

PAES, Letícia da Costa. **A jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: PUC, 2008. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/11993/11993.PDF>>.

PIOVESAN, Flávia. Ius constitutionale commune latino-americano em Direitos Humanos e o Sistema Interamericano: perspectivas e desafios. **Revista Direito & Práxis**, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 1356-1388, jun. 2017. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2179-662017000201356&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2179-662017000201356&lng=pt&nrm=iso)>

PIRES, Teresinha Inês Teles. O princípio da segurança jurídica e o direito da mulher à saúde reprodutiva. Uma análise acerca do dever do Estado na prestação de assistência à saúde física e mental da mulher no contexto da ilegalidade do aborto. **Revista de Informação Legislativa do Senado Federal**, ano 51, n. 201, p. 129-149, jan./mar. 2014. Disponível em: <[https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril\\_v51\\_n201\\_p129.pdf](https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/201/ril_v51_n201_p129.pdf)>.

PORTALES, Carlos. Para onde vai o multilateralismo nas Américas? Projetos superpostos num período de mudanças globais. **Lua Nova**, São Paulo, n. 90, p. 203-241, dez. 2013. Disponível em: <[http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452013000300008&script=sci\\_abstract&tlng=es](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-64452013000300008&script=sci_abstract&tlng=es)>.

RED-DESC – Red Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Banco de dados de jurisprudência. Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores vs. Panamá). 2006, Resumen. Disponível em: <<https://www.escri-net.org/es/caselaw/2006/baena-ricardo-y-otros-270-trabajadores-vs-panama>>

## **Sobre a possibilidade de diálogos institucionais entre cortes internacionais de direitos humanos e nações soberanas <sup>1</sup>**

*Henrique de Almeida Freire Gonçalves <sup>2</sup>*

### **1. Introdução**

Um dos maiores problemas enfrentados na jurisdição internacional de direitos humanos, sobretudo no sistema interamericano, é a relativa inefetividade de suas decisões. Analisando o caso brasileiro, Diogo Pignataro de Oliveira (2013, p. 12) conclui pela “completa ausência de tratamento legal e constitucional no âmbito interno” em relação à conferência de efetividade às sentenças internacionais.

Adotando recorte bem específico, mas que ilustra a inefetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Técio de Aguiar Rodrigues (2014, p. 62) indica que apenas 16.67% das decisões da Corte foram cumpridas quando o assunto é o direito à propriedade coletiva de comunidades indígenas e tribais.

Essa relativa inefetividade contrasta com a tendência observada por Ran Hirschl (2004, p. 1), de reformas transferindo

---

<sup>1</sup> Publicação original: GONÇALVES, Henrique de Almeida Freire. Sobre a possibilidade de diálogos institucionais entre cortes internacionais e nações soberanas. Revista Constituição e Garantia de Direitos (UFRN), Natal, v.11, n. 2, p. 175-192, 2018

<sup>2</sup> Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia pelo PPGD da UNIBRASIL. Pós-Graduado em Direito Público pela Universidade Veiga de Almeida. Especialista em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Defensor Público do Estado do Paraná.

uma quantidade sem precedentes de poder de instituições representativas para os judiciários pelas entidades supranacionais. Por um lado, cada vez mais se caminha para a transferência de poder às Cortes Internacionais; por outro, o cumprimento às sentenças internacionais de direitos humanos no sistema interamericano deixa a desejar.

Abertura, cooperação e integração podem ser considerados como elementos de uma nova estatalidade (MALISKA, 2006, p. 1). O recorrente descaso com que se trata a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos é um obstáculo à integração supranacional que, pelo menos no caso brasileiro, parece ser constitucionalmente desejada (art. 4º, parágrafo único da CRFB).

A tensão entre constitucionalismo e democracia no plano interno é análoga a uma tensão entre imperatividade das decisões das cortes internacionais e a soberania e autodeterminação dos povos. Esta analogia entre o plano interno e internacional tem inspiração no pensamento de John Rawls: da mesma forma que no plano interno a Constituição decorre de um consenso sobreposto entre os indivíduos, o direito internacional decorre de um consenso sobreposto entre nações, ou, como prefere Rawls (2014, p. 25), o direito dos povos decorre de um consenso sobreposto entre os povos, que gera uma razão pública para a Sociedade dos Povos análoga à ideia de razão pública no caso interno.

Também identificando similaridades entre a organização internacional e a ordem interna, Hans Kelsen, conforme citado por Marcos Augusto Maliska (2003, p. 85), assinala que a Liga das Nações pode lembrar um estado federal em muitos aspectos.

Nessa linha, pode-se traçar um paralelo entre a relação entre as cortes internacionais e as nações soberanas no plano internacional e entre o poder judiciário e poder legislativo no plano interno. Saliente-se que ao traçar estes paralelos, não se quer aqui caracterizar tratados internacionais de direitos humanos como um “direito internacional paraconstitucional” (*völkerrechtliche*

*Nebenverfassung*), ideia que mereceu pertinente crítica de Peter Haberle (HABERLE, 2007, p. 12).

A fim de oferecer uma possível saída à tensão entre constitucionalismo e democracia, alguns atores defendem os chamados “diálogos institucionais” – uma alternativa tanto à supremacia judicial quanto à supremacia do parlamento. Tais poderes, de modo dialógico, construiriam uma interpretação da Constituição em conjunto, de modo a conferir maior legitimidade democrática ao controle de constitucionalidade. Foge-se do chamado “viés juriscêntrico”, pertinente expressão utilizada por Rodrigo Brandão (2017, p. 209).

Da mesma maneira, cogita-se a possibilidade de se adotar essa mesma solução para a tensão entre a imperatividade das decisões das cortes internacionais, com a efetiva proteção dos direitos humanos, e a soberania, com a autodeterminação dos povos.

Embora o controle de convencionalidade também possa e deva ser exercido pelos judiciários locais, parece fora de dúvida que as cortes internacionais de direitos humanos também exercem controle de convencionalidade (HITTERS, 2009, p. 109-128).

É nesse sentido que surge o problema desta pesquisa, ou seja, é possível e desejável a aplicação dos diálogos institucionais, *mutatis mutandis*, na relação entre cortes internacionais e nações soberanas?

A aplicação proposta se prestaria para tentar solucionar os principais problemas do controle de convencionalidade pelas cortes internacionais: de um lado, as possíveis alegações de violação de soberania e autodeterminação dos povos; de outro, a pouca efetividade verificada nas decisões destas cortes.

No desenvolvimento do presente trabalho foi utilizado o método de abordagem dedutivo, com adoção do procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental.

A pesquisa se desenvolve em duas partes: a primeira apresenta um apanhado do que é chamado de “diálogos institucionais” pela doutrina constitucionalista e a possibilidade de

sua aplicação analógica à relação entre cortes internacionais e Estados soberanos; a segunda analisa possíveis instrumentos já existentes nos sistemas regionais como possíveis mecanismos indutores de diálogo.

## 2. Desenvolvimento

### 2.1 Um breve resumo sobre o que se entende por “diálogos institucionais” e a sua adaptação ao caso internacional

Como explica Sérgio Antônio Ferreira Victor (2015, pág. 185 e seguintes), a Constituição do Canadá de 1982 instituiu modelo que evitava o monólogo judicial sobre a Constituição, como ocorria nos Estados Unidos. Tal modelo, em tese, viabilizaria o diálogo entre a Corte e o Parlamento, com a possibilidade de superação da decisão judicial pelo legislativo.

Por meio da chamada “cláusula não obstante” (*notwithstanding clause*), o parlamento teria o poder de reeditar lei declarada inconstitucional, tornando-a imune ao controle judicial de constitucionalidade pelo prazo de 5 anos, prazo este que poderia ser prorrogado.

Note-se que, no Canadá, necessariamente dentro do prazo de 5 anos haverá novas eleições. Deste modo, a população terá a chance de manifestar através do voto a sua insatisfação com o parlamento por ter se valido da “cláusula não obstante” e eleger parlamentares que se comprometam com a não prorrogação do prazo, fazendo valer a decisão do judiciário.

Este modelo também ficou conhecido como “controle fraco de constitucionalidade”, em oposição ao modelo de “controle forte de constitucionalidade” existente, por exemplo, nos Estados Unidos e no Brasil.

A partir dessa inovação da Constituição canadense, Peter Hogg e Alison Bushell escreveram artigo (HOGG e BUSHELL, 1997, p. 76-107) em que utilizaram o termo “diálogo” para se referir ao

fenômeno que surgiu após a vigência da lei máxima daquele país. Segundo o levantamento empírico de Hogg e Bushell, na maioria das vezes, após as declarações de inconstitucionalidade do judiciário canadense, as respostas legislativas, além de imediatas, sempre levaram em consideração com seriedade os argumentos levantados pelo poder judiciário.

Observaram-se diversos tipos de “sequências legislativas”, desde a aprovação de novas leis encampando as objeções feitas pela Corte, uma aquiescência do Legislativo relativamente à decisão da Corte, entre outras respostas às decisões da corte constitucional canadense. Além disso, a pesquisa informa que, em regra, as respostas legislativas foram imediatas, que os legisladores procuraram aproximação aos termos utilizados na constituição e que o diálogo foi estimulado mesmo quando a Corte não declarou a inconstitucionalidade da lei examinada. Hogg e Bushell concluíram que, no Canadá, a regra é o diálogo.

Saliente-se que a tese dos diálogos institucionais recebeu diversas críticas. Carissima Mathen (MATHEN, 2007, p. 131), por exemplo, destaca que, ao fim, o Legislativo sempre poderia lançar mão da cláusula “não obstante” e superar o entendimento do judiciário. Assim, o termo “diálogo” foi invocado apenas para aliviar (“*soften*”) a realidade: no sistema canadense, ocorre uma supremacia do poder legislativo. Aileen Kavanagh (KAVANAGH, 2016, p. 91) chega ao ponto de defender que se abandone o termo “diálogo” para se referir ao sistema canadense.

De outro lado, Rainer Knopff (KNOPFF, 1999, p. 32) afirma que a lógica binária das decisões judiciais tende a gerar a sensação de vitoriosos e derrotados, levando a uma maior polarização entre os extremos. A decisão oriunda do poder legislativo, por outro lado, seria recomendável em razão de sua maior capacidade de conciliar interesses e de encontrar a moderação e estabelecer compromissos.

Conforme anota Rodrigo Brandão (2017, p. 339), há ainda corrente que vai além dos diálogos institucionais, chamada “teoria da construção coordenada”, que sustenta que cada “poder” tem a

possibilidade de interpretar a Constituição, como pressuposto necessário ao exercício das suas atribuições. A consequência prática dessa abordagem varia, mas há vertente que defende até mesmo a não vinculação dos poderes que não concordem com a decisão judicial (PAULSEN, 2002, p. 2738-2739). Para os fins deste trabalho, embora se foque nos diálogos institucionais, diversas considerações dos teóricos da construção coordenada servem de reforço argumentativo para o que aqui se defende, pois, como bem anota Rodrigo Brandão em relação a vertente determinada desta teoria (BRANDÃO, 2017, p. 340):

A construção coordenada, assim como a teoria dos diálogos constitucionais, reconhece a interpretação constitucional como um processo longo e interativo no qual as instituições contribuem com as suas capacidades específicas e atuam com vistas à mútua acomodação das suas perspectivas.

A aplicação dos diálogos institucionais ao âmbito internacional depende menos de algo análogo à “cláusula não obstante” e mais da postura tanto das cortes quanto dos Estados. Na prática, o fato é que os Estados condenados pelas cortes de direitos humanos podem simplesmente ignorar a sentença, como frequentemente ocorre no sistema interamericano, lamentavelmente. Este poder de fato já serviria como algo análogo à cláusula não obstante. Porém, no caso internacional não se observou o surgimento espontâneo de diálogo na maioria dos casos.

Um exemplo emblemático desta inobservância da sentença internacional ocorreu no caso Gomes Lund e outros *versus* Brasil. O referido caso tratou da inércia do Estado brasileiro em solucionar os “desaparecimentos forçados” ocorridos durante a ditadura militar, mais especificamente sobre a chamada “guerrilha do Araguaia”. Como explica Marcos Augusto Maliska sobre a decisão da Corte Interamericana no caso Gomes Lund e o desenrolar da questão no Supremo Tribunal Federal:

No mérito, manifestou a Corte no sentido de que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil. Igualmente dispôs que o Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição nacional ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido na Sentença da Corte. Por sua vez, o Supremo Tribunal Federal, na decisão da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental N. 153, entendeu que a Lei de Anistia, ao ter sido reafirmada pela Emenda Constitucional N. 26, de 27 de Novembro de 1985, verdadeiro ato do Poder Constituinte Originário que instalou, nos termos do seu art. 1, a Assembleia Nacional Constituinte, integrou a Anistia da Lei de 1979 à nova ordem constitucional, não cabendo mais eventual questionamento sobre o recebimento ou não da Lei pela Constituição de 1988. Tem-se, desta forma, clara divergência entre o entendimento da Corte e o entendimento do STF, pois enquanto a Corte afirma que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, o STF sustenta que a anistia integra a ordem constitucional de 1988 em razão de constar do seu ato constituinte originário. (MALISKA, 2015, pp. 477-478)

O que acabou acontecendo é que o chefe do Estado brasileiro, mesmo que desejasse seguir a decisão da Corte Interamericana, encontrou obstáculo jurídico intransponível dentro da normalidade institucional. Constatou-se o descumprimento da sentença da Corte e o impasse permanece sem solução.

Ilustrado o descumprimento da decisão da Corte, retoma-se a explicação da aplicação analógica dos diálogos institucionais no âmbito internacional. Não há dúvida que incumbe aos Estados

soberanos interpretar e aplicar os tratados de direitos humanos sem a necessária intervenção das Cortes Internacionais, do mesmo modo que incumbe ao executivo e ao legislativo interpretar e aplicar a Constituição no âmbito interno. Na hipótese excepcional de não cumprimento da norma é que caberá a intervenção do judiciário, mas isso não significa que os demais poderes ou os Estados soberanos estão dispensados de buscar se portar de acordo com as respectivas normas antes da ordem direta da corte.

Por outro lado, no âmbito internacional os Estados soberanos detêm o poder legislativo: através do firmamento de tratados, principal fonte de direito internacional, os Estados soberanos criam normas que os vinculam, numa espécie de “democracia direta” – o próprio Estado, sujeito de direito internacional, em conjunto com outro ou outros estados, delibera sobre as normas que o vinculará.

Sendo que aos Estados soberanos cumpre dar efetiva aplicabilidade das normas internacionais deliberadas em seus respectivos territórios, também é possível dizer que no âmbito internacional os Estados detêm ao menos parte do poder executivo. Pode-se dizer também que outra parte desse poder executivo está nas mãos de organismos supranacionais, mas essa discussão foge ao escopo do presente trabalho.

Nessa perspectiva, sob uma analogia com o que ocorre no âmbito interno e partindo da tripartição de poderes proposta por Montesquieu, é possível asseverar que, de certa forma, os Estados soberanos exercem tanto poder legislativo quanto executivo no âmbito internacional, enquanto as cortes internacionais seriam uma espécie de judiciário internacional.

Atualmente parece não haver dúvida que as cortes internacionais efetivamente exercem jurisdição internacional, sendo certo que até se fala em “ativismo judicial” e “autocontenção” na atuação das cortes internacionais (PAZARTZIS, 2013, p. 319-335).

Pode-se dizer que a atuação das cortes internacionais de direitos humanos seria a realização de uma espécie de *judicial review* que tem por paradigma, ao invés da Constituição, os tratados

internacionais de direitos humanos e por objeto a atuação do Estado soberano como um todo, inclusive do poder judiciário local.

Dentro desta analogia, é importante salientar que a possibilidade de o poder executivo simplesmente ignorar um comando do poder judiciário não é nenhuma novidade na doutrina tradicional. Como expõe Ian Shapiro, se o poder executivo escolher não seguir uma ordem judicial, não há nada que a corte possa fazer a respeito (SHAPIRO, 2002, p. 61).

Talvez no âmbito internacional este problema seja mais pronunciado por duas razões: primeiramente, o fato do poder legislativo e executivo se concentrar nas mãos do Estado soberano enfraquece sensivelmente o mecanismo de freios e contrapesos existente no âmbito interno; segundo, sempre existe, na prática, a possibilidade do Estado soberano decidir simplesmente denunciar o tratado que dá poderes à Corte Internacional, apesar de toda a construção teórica que se faz em sentido contrário a esse respeito.

Explicado o conceito de diálogos institucionais e estabelecida a analogia entre o plano internacional e o plano doméstico, a questão que aqui se coloca é sobre a possibilidade de diálogos institucionais entre o “judiciário internacional” (cortes internacionais, sobretudo as de direitos humanos) e o “executivo/legislativo internacional” (Estados soberanos).

Essa abordagem dialógica se prestaria, principalmente, para tentar resolver dois problemas. O primeiro é a baixa taxa de *compliance* das decisões das cortes de direitos humanos, sobretudo a Corte Interamericana de Direitos Humanos. O segundo é o que se convencionou chamar de “imperialismo dos direitos humanos”.

Há que se ter muito cuidado quando se fala em “imperialismo dos direitos humanos” para não desbordar em indesejado relativismo cultural, o que acabaria por inviabilizar uma efetiva proteção internacional dos direitos humanos. Contudo, é pertinente a crítica de Marcelo Neves quando analisa o atual estágio de proteção dos direitos humanos na esfera internacional.

Assevera Marcelo Neves que há uma hiperpolitização da proteção internacional, que, sendo casuística, não corresponde às exigências de um modelo jurídico generalizado em termo de “*rule of law*”. Nesse contexto, o direito fica subordinado diretamente ao poder (NEVES, 2009, p. 95). A citada expressão “imperialismo dos direitos humanos é mencionada pelo autor. O diálogo proposto serviria para mitigar este problema, na medida que a solução para o problema de direitos humanos não seria imposta de fora para dentro, mas seria construída em conjunto.

Retomando à questão do *compliance*, é intuitivo que os Estados soberanos cumpririam com mais frequência soluções que eles mesmos ajudaram a construir. O diálogo também proporciona a exposição de algum problema interno na adoção da determinação da corte internacional, permitindo que se contorne a legislação interna ou os problemas levantados pelo judiciário local, construindo via alternativa para o cumprimento do compromisso internacional.

A ideia da necessidade de relações de cooperação com as Cortes Internacionais é defendida por renomada doutrina. Udo di Fabio (*apud* Maliska, 2015, p. 473), defende a necessidade destas relações entre os mais altos tribunais nacionais e os tribunais internacionais. Marcelo Neves (*apud* Maliska, 2015, p. 473) sustenta que a abertura da estatalidade trouxe consigo uma interpenetração entre ordem estatal e internacional que exige progressivamente um aprendizado e um intercâmbio nas duas perspectivas.

É nessa linha que se defende o diálogo, de maneira análoga ao que ocorre entre os poderes no plano interno. De maneira parecida, Aruna Sathanapally (2012, p. 3) chama de “*open remedies*” (remédios abertos) mecanismos pelos quais uma corte comunica a sua conclusão de que direitos humanos foram violados mas, ao invés de expedir uma ordem executiva ou declarar inválida determinada legislação, convida-se outros ramos do governo para decidir como resolver o problema de direitos humanos apontado. Um exemplo seria a declaração de incompatibilidade (*declaration of incompatibility* - DOI), prevista no *Human Rights Act* do Reino Unido.

Sathanapally defende a adoção desses “remédios abertos” na adjudicação de Direitos Humanos. A noção de “remédios abertos” parece similar ao que foi denominado de diálogo institucional – ou por outra, o diálogo institucional poderia ser classificado como uma espécie do gênero “remédio aberto” –, de modo que a hipótese do presente trabalho não é de todo pioneira.

Salienta-se, por fim, que no caso internacional a existência de uma “cláusula não obstante” é desnecessária para a ocorrência dos diálogos institucionais. Como asseverado, as Cortes internacionais estão em posição de relativa fragilidade para dar execução às suas sentenças sem a cooperação dos Estados soberanos. Este fato, por si, tende a reclamar postura mais dialógica das Cortes para dar efetivo cumprimento às suas decisões.

No presente tópico, analisou-se de maneira sintética o que se entende por “diálogos institucionais”, explorando-se tanto a viabilidade da sua aplicação analógica para a relação analógica entre Cortes Internacionais e Estados soberanos quanto a sua potencial utilidade. A conclusão parcial é que, apesar das críticas, (1) no plano interno a postura dialógica gera uma convivência mais harmoniosa entre os poderes, que passam a buscar soluções construídas em conjunto para atender aos ditames constitucionais; e (2) a aplicação analógica dos diálogos institucionais no plano da proteção internacional dos direitos humanos é, em tese, possível.

## **2.2 Possibilidades de diálogos institucionais entre cortes internacionais e nações soberanas**

Nesse tópico a abordagem pretendida é a análise de algumas hipóteses que possibilitam a concretização dos diálogos institucionais no campo da proteção internacional de direitos humanos.

Deve-se afastar, de início, o artigo 48.1.f da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e dos mecanismos estudados mais a fundo no presente tópico. O mencionado artigo, possibilita a solução amistosa de violações de direitos humanos entre as partes

envolvidas pela Comissão Interamericana. Neste caso, o diálogo propriamente dito se dará entre as partes interessadas, com uma espécie de mediação pela Comissão, e não pela Corte.

Não há dúvida que o mecanismo em questão se aproxima da ideia geral do que aqui se estuda, na medida em que se busca uma solução dialogada e não impositiva. Entretanto, a eventual participação do Estado soberano será enquanto parte do processo, não como efetivo executor da sentença da Corte, o que não se mostra adequado ao conceito de diálogo institucional exposto no presente artigo. Ademais, a Corte Interamericana não participa dessa solução consensual, mas apenas a Comissão Interamericana, não se podendo falar em qualquer diálogo efetivo entre a Corte e o Estado soberano.

Mesmo assim, é interessante perceber, como anotam Cecília Medina Quiroga e Cláudio Nash Rojas (MEDINA QUIROGA e NASH ROJAS, 2007, p. 72), que esta espécie de solução – dialogada, repita-se, ainda que não se trate de diálogo entre Corte e Estado –, que inclui o Estado na elaboração de uma solução para as violações, fez com que alguns Estados demonstrassem maior abertura para solucionar os problemas de direitos humanos, ao invés de ignorá-los.

Superado este ponto, cogita-se a aplicação de três institutos já existentes nos sistemas de proteção de direitos humanos como espécie de “catalisador” dos diálogos entre cortes internacionais e Estados soberanos: A sentença de natureza declaratória do sistema europeu, a “teoria da margem de apreciação” e as opiniões consultivas da corte interamericana.

Ruth Ginsburg, (*apud* Shapiro, 2002, p. 68), entende que no plano interno o papel de uma Corte Constitucional é proclamar que determinado arranjo legal não é aceitável sob o prisma da Constituição, deixando ao encargo do legislativo desenvolver remédios aceitáveis para a inconstitucionalidade apontada. Comentando a forma da decisão da Suprema Corte no caso *Roe vs. Wade*, Ginsburg observa criticamente que a corte “não convidou nenhum diálogo com os legisladores”.

No campo da adjudicação dos direitos humanos perante cortes internacionais, verifica-se que no sistema europeu já existe mecanismo que funciona de maneira bastante similar ao que defende Ginsburg no plano interno.

Diversamente do sistema interamericano, onde a sentença da Corte Interamericana tem caráter condenatório, ou seja, não só imputa a responsabilidade internacional do Estado denunciado, como também determina como o Estado deverá reparar os direitos violados, no sistema europeu a sentença da Corte tem caráter declaratório. Em outras palavras, a Corte Europeia de Direitos Humanos se limita a declarar a violação de direito humano, deixando a tarefa de reparação aos órgãos nacionais (BICALHO, 2011, p. 45-46).

Essa postura é análoga à postura que Ginsburg entende correta no caso da relação entre a Corte Constitucional e os demais poderes no plano interno. Esse tipo de postura pode significar um verdadeiro convite ao diálogo da Corte ao Estado que se encontra em violação de direitos humanos, na linha do que defende Aruna Sathanapally, sobretudo se o sistema possuir órgão encarregado do acompanhamento da execução da sentença internacional, como ocorre no caso europeu (FIX-ZAMUDIO, 2000, p. 220).

Certamente a adoção da natureza declaratória da sentença da corte internacional pode servir de catalisador ao diálogo institucional no plano internacional. Resta saber se este diálogo resultaria em maior observância das sentenças internacionais ou se seria utilizado por Estados violadores de direitos humanos como ferramenta para procrastinar o cumprimento da sentença.

Não é possível estabelecer uma correlação, mas a literatura especializada (HAWKINS e JACOBY, 2008, p. 45)<sup>3</sup> sugere que as

---

<sup>3</sup> Destaque-se que os próprios autores discordam do que chamam de *conventional wisdom*, apontando algumas evidências iniciais de que a taxa de *compliance* na Europa e nas Américas pode ser diversa do que tradicionalmente se defende. Cite-se, ainda, Posner e Yoo, que estimam em 64% a taxa europeia de compliance (POSNER, Eric A.; YOO, John C. A Theory of International Adjudication; John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper n.º. 206 and Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper n.º. 146. p. 57) e suspeitam que a taxa de compliance nas

taxas de *compliance* no sistema europeu – que adota as sentenças declaratórias – são muito maiores que as taxas correspondentes observadas no sistema interamericano.

Desde logo é importante assinalar que essa diferença nas taxas de *compliance* pode ser resultado de diversos fatores não relacionados com a natureza declaratória ou condenatória da sentença nos dois sistemas. A título de exemplo, pode-se cogitar que a diferença ocorre pelo maior desenvolvimento sócio-econômico dos Estados integrantes do sistema europeu, pela inegável influência do pensamento eurocêntrico na determinação dos próprios direitos humanos, por diferenças culturais, pela fundação anterior da Corte Europeia, pela existência no sistema europeu de órgão encarregado de acompanhar a execução da sentença, por uma conjugação dos fatores citados e por tantos outros fatores não citados.

Uma hipótese que merece destaque, porque diretamente relacionada aos tipos de sentença adotados no sistema interamericano e europeu, é que a taxa de *compliance* no sistema europeu é maior porque é simplesmente mais fácil dar cumprimento a uma sentença declaratória, que deixa ampla margem de discricionariedade ao Estado, que a uma sentença condenatória.

Contudo, se não se pode afirmar que a taxa de *compliance* do sistema europeu tem relação necessária com a adoção da sentença com natureza declaratória e do resultante diálogo entre Corte e Estado, também não se pode descartar, *a priori*, que este fator tenha algum tipo de influência.

Conforme afirmado alhures, é intuitivo que os Estados soberanos se mostrem mais inclinados a implementar solução que eles mesmos ajudaram a construir em diálogo com a Corte internacional, em comparação com solução imposta pela Corte sem levar em conta as peculiaridades do direito interno. A abertura da

Corte ao diálogo pode gerar soluções alternativas para os problemas enfrentados, de implementação mais fácil, sem que esta facilitação implique necessariamente num enfraquecimento da proteção aos direitos humanos.

Passando a uma segunda hipótese de mecanismo existente que poderia servir de catalisador ao diálogo institucional internacional, também seria possível cogitar no sistema europeu que a chamada “teoria da margem de apreciação” poderia servir a este fim. Conforme explica André de Carvalho Ramos (RAMOS, 2016, p. 207), a teoria da margem de apreciação (“*margin of appreciation*”) é baseada na subsidiariedade da jurisdição internacional e prega que algumas questões polêmicas devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, não podendo o juiz internacional apreciá-las.

Partindo dessa definição, não é o caso de enquadrar a “margem de apreciação” como um convite ao diálogo entre Corte Internacional e Estado Soberano. Na verdade, a aplicação da teoria da margem de apreciação é uma deferência da Corte Internacional ao posicionamento do Estado Soberano, em que a Corte se curva ao Estado por entender que se trata de assunto interno, não cabendo que a Corte venha a se imiscuir.

Essa postura de deferência das cortes, mais se assemelha à autocontenção judicial. Autocontenção judicial não é diálogo. Conforme se assevera no decorrer deste trabalho, o que aqui se entende como diálogo é a construção conjunta de soluções entre corte e Estado. Na medida em que, ao aplicar a margem de apreciação, a Corte internacional deixa o tratamento do problema ajuizado inteiramente nas mãos do Estado, não se pode falar em diálogo. Portanto, a teoria da margem de apreciação não é um meio adequado para deflagrar o diálogo entre corte e Estado.

Por fim, cabe aqui analisar se as opiniões consultivas da Corte Interamericana de Direitos Humanos seriam ferramentas adequadas para estimular o diálogo entre cortes e Estados soberanos. Embora a Corte Europeia de Direitos Humanos também

tenha competência consultiva, esta competência é bem restrita e, principalmente, os Estados não são partes aptas a requererem a opinião (JAYME, 2005, p. 106). Já no caso do sistema interamericano, a competência consultiva da Corte é ampla e a opinião consultiva pode ser requerida pelos Estados.

A competência consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos é prevista no art. 64 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no art. 2º do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, e tem características únicas, dada a sua amplitude.

Os Estados podem solicitar a opinião consultiva à Corte, que analisa a hipótese apresentada e oferece a interpretação do caso à luz da Convenção Americana. A partir daí, os Estados devem adotar as medidas que entenderem cabíveis para se adequarem à interpretação da Convenção Americana emanada da Corte.

Diante disso, é cabível a indagação se não se está diante de um início de diálogo entre o Estado e a Corte. Afinal, a opinião consultiva não tem, a princípio, a mesma força vinculante que uma sentença de um caso contencioso. O Estado soberano tem, assim, a possibilidade de abordar a questão de direitos humanos tratada na opinião consultiva de diversos modos, havendo certa margem de discricionariedade.

O que se tem aqui não é propriamente a construção de soluções conjuntas para problemas de direitos humanos. A Corte se limita a oferecer seu parecer sobre o caso e o Estado, a partir daí, deverá por conta própria resolver a situação. Por outro lado, é certo que as “sequências legislativas” mencionadas por Hogg e Bushell no artigo que cunhou o termo “diálogos institucionais” não se tratam de interações prolongadas entre poder judiciário e poder legislativo. Simplesmente tinha-se uma reação legislativa que buscava enfrentar o problema constitucional apontado em uma decisão judicial.

Sendo assim, por fidelidade ao termo originalmente cunhado por Hogg e Bushell, não há como simplesmente descartar a interação que ocorre entre Estado e Corte numa opinião consultiva como exemplo de diálogo institucional. O que se deve fazer é apontar

que esta interação, apesar de exemplo de diálogo, está muito aquém do ideal.

A defesa de diálogo entre Corte e Estado soberano envolve, idealmente, sucessivas interações, correção de rumos, exposições de dificuldades na implantação para que se encontre uma solução de fato conjuntamente construída. Não é isso que se verifica no caso das opiniões consultivas.

No presente tópico, realizou-se a análise de três mecanismos já existentes nos sistemas regionais de proteção aos direitos humanos a partir da possibilidade destes mecanismos induzirem o diálogo entre Estado soberano e corte internacional. A conclusão parcial é que (i) a adoção da “teoria da margem de apreciação” é ferramenta inadequada para induzir os diálogos institucionais; (ii) a sentença declaratória do sistema europeu, caso seja monitorada a sua implementação pelo Estado após a prolação, tem potencial para induzir o desejado diálogo entre corte e Estado; e (iii) as opiniões consultivas do sistema interamericano, adotando-se a concepção estreita de diálogo defendida por Hogg e Bushell, também podem ser consideradas como uma via para o diálogo, mas as interações entre Estado e corte neste caso estão aquém do que se considera como ideal.

### **3 Conclusão**

O presente trabalho pretendeu traçar as linhas iniciais de uma possível nova abordagem para a relação entre cortes internacionais e nações soberanas. Inicialmente se abordou o mecanismo de diálogos institucionais verificado no Canadá e a sua possível aplicabilidade, por analogia, à relação entre cortes internacionais e Estados soberanos.

Já num segundo momento, procurou-se abordar possíveis mecanismos nos sistemas internacionais de proteção aos direitos humanos que pudessem propiciar esse diálogo entre as cortes e os Estados.

Essa segunda análise não pretendeu esgotar as hipóteses existentes de mecanismos que podem catalisar o diálogo no âmbito internacional. Certamente há mais possibilidades dentro dos mecanismos existentes que não foram abordadas, para não mencionar a infinidade de possibilidades de diálogo em mecanismos que ainda podem vir a ser criados. Reitera-se, aqui se pretendia apenas traçar linhas iniciais em um sentido que pode ser mais produtivo para todas as partes envolvidas.

A via para uma efetiva integração supranacional, que não resulte na mera dominação das nações com reduzido poderio econômico e bélico, será pavimentada pelo diálogo. Todos os ramos do direito têm se aberto para as soluções consensuais, mesmo aqueles ramos tradicionalmente mais refratários a esta ideia, como o direito administrativo. Não há razão para ser diferente com o direito internacional dos direitos humanos.

Como bem anotam Clèmerson Merlin Clève e Bruno Menezes Lorenzetto, em lição plenamente aplicável à posição ora defendida, a “busca por soluções de casos complexos, os quais demandam respostas institucionais elaboradas, precisa ser estabelecida de modo dialógico, como uma conversa contínua entre as partes envolvidas na sua confecção e na sua fiscalização posterior.” (CLÈVE e LORENZETTO, 2015, p. 184)

Soluções construídas a partir do diálogo tendem a ser mais simples de serem cumpridas, gerando uma taxa de *compliance* superior. Por outro lado, se o diálogo institucional se apresenta como uma espécie de “meio-termo” entre ativismo judicial e autocontenção no âmbito doméstico, no âmbito internacional essa abordagem também tem potencial para, de um lado, dar efetivo cumprimento aos direitos humanos e, de outro, respeitar a pluralidade dos povos e as suas autonomias, sem incorrer em indesejado relativismo cultural.

É verdade que encontrar esse balanço não se mostra uma tarefa simples. Também é verdade que o diálogo não é uma panaceia que resolverá todos os males da adjudicação internacional dos

direitos humanos. A tentativa de implementação dessa ideia, contudo, pode ser um passo na direção certa.

Como demonstrou o caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia), na prática sempre existe a possibilidade do Estado soberano descumprir a decisão da corte internacional. Se for um Estado com relativa importância econômica e/ou bélica, há muito pouco que se possa fazer para obrigar o cumprimento. Apenas se se tratar de um Estado com pouca força no cenário internacional é que a ameaça de sanções vindas dos Estados mais fortes poderia gerar relativa eficácia da decisão, cabendo a crítica de que se trata de “imperialismo dos direitos humanos”.

É preciso lembrar que os Estados soberanos podem enfrentar uma série de dificuldades jurídicas, políticas e econômicas para implantar as sentenças internacionais no âmbito doméstico. De outro lado, não é exigível dos juízes das Cortes internacionais que conheçam peculiaridades dos sistemas jurídicos locais ou atual situação política e econômica de todos os países sobre os quais exercem jurisdição internacional.

Nessa linha, a solução dialogada pode conduzir a uma viabilidade da implementação da sentença que não ocorreria de outro modo: Estado e Corte, em verdadeira solução conjunta, traçariam plano de execução da sentença que contornaria as dificuldades enfrentadas pelo Estado naquele caso.

Saliente-se que o que se está defendendo não é uma transigência com os direitos humanos, mas sim a tentativa de se encontrar métodos alternativos para chegar ao mesmo resultado protetivo. A efetividade da jurisdição internacional é um requisito necessário para se atingir uma adequada integração supranacional, e a via do diálogo se mostra como uma abordagem interessante para auxiliar na consecução deste objetivo.

## Referências

- BICALHO, Luis Felipe. **A Análise Comparativa dos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos – Particularidades Sistêmicas e o Delineamento de uma Racionalidade Conforme**. Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 14: 42-64 vol.1, 2011
- BRANDÃO, Rodrigo. **Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a Quem Cabe a Última Palavra Sobre o Sentido da Constituição?** 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. 440p.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Meneses. **Diálogos Institucionais: estrutura e legitimidade**. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 2, n. 3, p. 183 – 206, setembro/dezembro 2015
- FIX-ZAMUDIO, Hector. **La responsabilidad internacional del Estado en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos**. Instituto de investigaciones Jurídicas, México, 2000
- HABERLE, Peter. **Estado Constitucional Cooperativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007
- HAWKINS, Darren; JACOBY, Wade. **Partial Compliance: A Comparison of the European and Inter-American Courts for Human Rights**. Paper prepared for delivery at the 2008 Annual Meeting of the American Political Science Association, Boston, MA, August 28-31, 2008.
- HIRSCHL, Ran. **Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism**. Harvard University Press, 2004
- HITTERS, Juan Carlos. **Control de Constitucionalidad y Control de Convencionalidad: Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos)**. Estudios Constitucionales, Santiago, Año 7, n° 2, 2009, pp. 109-128
- HOGG, Peter W.; BUSHELL, Alison A. **The charter dialogue between courts and legislatures (or perhaps the charter of rights isn't such a bad thing after all)**. Osgoode Hall Law Journal, 35, 1997

JAYME, Fernando G. **Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2005

KAVANAGH, Aileen. **The Lure and the Limits of Dialogue**. University of Toronto Law Journal, Volume 66, Number 1, Winter 2016, pp. 83-120.

KNOPFF, Rainer. **Courts don't make good compromises**. Policy Options, April 1999

MALISKA, Marcos Augusto. **Estado e Século XXI: a integração supranacional sob a ótica do Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. **Os Desafios do Estado Moderno. Federalismo e Integração Regional**. Curitiba/Munique, 2003. Tese de Doutorado. Programa de Doutorado em Direito da Universidade Federal do Paraná (estágio de doutoramento na Ludwig Maximilian Universität)

\_\_\_\_\_. **A proteção dos direitos humanos no âmbito de jurisdições concorrentes: o caso da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal do Brasil**. In MAZZUOLI, Valério de Oliveira e GOMES, Eduardo Biacchi. *Direito da Integração Regional. Diálogo entre jurisdições na América Latina*. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 465-481

MATHEN, Carissima. **Dialogue Theory, Judicial Review, and Judicial Supremacy: a Comment on "charter dialogue revisited"**. Osgoode Hall Law Journal, v. 45, n. 1, 2007

MEDINA QUIROGA, Cecília; NASH ROJAS, Claudio. **Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Introducción a sus Mecanismos de Protección**. Centro de Derechos Humanos: Santiago, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica")*, 22 de novembro de 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao\\_Americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.Convencao_Americana.htm). Acesso em: 10 out. 2018

PAULSEN, Michael Stokes. **The Irrepressible Myth of Marbury**. Michigan Law Review, 2002-2003

PAZARTZIS, Photini. **Judicial Activism and Judicial Self-Restraint: The PCIJ's Lotus Case**. In FITZMAURICE, Malgosia; TAMS, Christian J. Legacies of the Permanent Court of International Justice. Leiden (Holanda): Martinus Nijhoff Publishers, 2013. pp. 319-335

PIGNATARO DE OLIVEIRA, Diogo. **Aplicação das Sentenças de Cortes Internacionais no Brasil: A Busca pela Efetividade das Decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos**. Revista Constituição e Garantia de Direitos, v. 4, n. 2, 2013.

POSNER, Eric A.; YOO, John C. **A Theory of International Adjudication**; John M. Olin Law & Economics Research Paper Series Working Paper n.º. 206 and Public Law and Legal Theory Research Paper Series Research Paper n.º. 146.

\_\_\_\_\_. **Judicial independence in international tribunals**. California Law Review 93 (1):3-72. 2005

RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

RAWLS, John. **O Direito dos Povos**, Seguido de “A ideia de razão pública revista” São Paulo: Martins Fontes, 2014.

RODRIGUES, Tecio de Aguiar. **A efetividade das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos em relação ao direito à propriedade coletiva de comunidades indígenas e tribais**. Monografia - FGV. Rio de Janeiro, 71p, 2014

SATHANAPALLY, Aruna. **Beyond Disagreement: Open Remedies in Human Rights Adjudication**. Oxford (UK): Oxford University Press, 2012

SHAPIRO, Ian. **The State of Democratic Theory**. Princeton: Princeton University Press, 2002.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. **Diálogo Institucional e Controle de Constitucionalidade: Debate Entre o STF e o Congresso Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2015.