

# **Novos paradigmas do conhecimento jurídico**

---



Organizadores:

**Ricardo Maurício Freire Soares**  
**Camila Miranda Sousa Race**  
**João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho**  
**Harrison Ferreira Leite**

Colaboradores:

- ♦ Ana Paula de Almeida Lima Leal
- ♦ Augusto Checue Chaimite
- ♦ Camila Bastos Bacelar Costa
- ♦ Camila Miranda Sousa Race
- ♦ Charles Silva Barbosa
- ♦ Daiane Santos Ribeiro
- ♦ Daniel Gonçalves Pontes Sodré
- ♦ Diego Di Giuseppe
- ♦ Érica Baptista Vieira de Meneses
- ♦ Érika Costa da Silva
- ♦ Fagner Vasconcelos Fraga
- ♦ Francescadiletta Bortone
- ♦ Harrison Ferreira Leite
- ♦ Jailson Armando Ca
- ♦ Jeremias Arone Donane
- ♦ João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho
- ♦ Natalia Silveira de Carvalho
- ♦ Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho
- ♦ Ricardo Maurício Freire Soares
- ♦ Sarah da Silva Falcão de Freitas Borja
- ♦ Tiago Soares Vicente
- ♦ Wilson Alves de Souza

# Novos paradigmas do conhecimento jurídico



Salvador, Bahia, Brasil – 2019

## **Conselho Editorial**

- Antonio Francisco Costa
- Gilson Alves de Santana Júnior
- Nelson Cerqueira
- Rodolfo Pamplona Filho
- Wilson Alves de Souza

## **Produção gráfica:**

Couto Coelho – E-mail: *coutovsk@yahoo.com.br*.

## **Capa:**

Maitê Coelho – E-mail: *maitescoelho@yahoo.com.br*

## **Editoração eletrônica:**

Cendi Coelho – E-mail: *cendicoelho@gmail.com*

N943 Novos paradigmas do conhecimento jurídico / organizadores: Ricardo Maurício Freire Soares, Camila Miranda Sousa Race, João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho e Harrison Ferreira Leite. – Salvador: Paginae, 2019. 586 p.

Inclui bibliografia.  
ISBN: 978-85-54218-16-4

1. Direito – Aspectos sociais - Brasil. 2. Acesso à justiça – Brasil. 3. Assistência judiciária – Brasil. I. Soares, Ricardo Maurício Freire, II. Race, Camila Miranda Sousa. III. Carvalho Filho, João Francisco Liberato de Mattos, IV. Leite, Harrison Ferreira. V. Título.

CDD: 347.017

*Aos professores, colegas e funcionários  
do Programa de Pós-Graduação  
em Direito da Universidade Federal da Bahia,  
pelo incentivo constante  
à produção do conhecimento jurídico.*



# **Apresentação**

***Ricardo Maurício Freire Soares***

***Camila Miranda Sousa Race***

***João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho***

***Harrison Ferreira Leite***

Novos Paradigmas do Conhecimento Jurídico traz uma coletânea de instigantes artigos que apresentam a Teoria Geral do Direito como parte integrante das múltiplas discussões do pensamento jurídico atual, fruto de leituras e discussões realizadas no âmbito da disciplina de Paradigmas Atuais do Pensamento Jurídico, ministrada pelo Professor Ricardo Maurício Freire Soares, docente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, além da participação de autores convidados.

Ana Paula de Almeida Lima Leal, em *A Redefinição Semântica de Jurisdição no Pós-positivismo: A arbitragem como meio de acesso eficaz à justiça*, artigo no qual se busca analisar a redefinição semântica de jurisdição e como o pós-positivismo contribui para sua nova formatação, assim como a jurisdição arbitral pode ser um meio de efetivação do acesso à justiça.

Augusto Checue Chaimite aborda Direitos Humanos e Soberania Popular como Fontes de Legitimação do Direito Moderno com o objetivo de esboçar uma reflexão sobre direitos humanos e soberania como fontes de legitimação do direito moderno. Apresentar o direito moderno e suas principais funções na sociedade contemporânea e explicitar a relação entre os direitos humanos e soberania popular, sugerindo que um depende de outro no que concerne a prática de autodeterminação democrática dos cidadãos.

Camila Bastos Bacelar Costa discute A Categorização da Mobilidade Urbana Eficiente como Direito Fundamental Social com o escopo de categorizar, de maneira reflexiva, a mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social. De início, o artigo realça os direitos sociais e suas principais nuances, aprofundando, em seguida, a temática, sustentando a sua fundamentalidade.

Camila Miranda Sousa Race discorre sobre A Justiça de Transição à Luz do Fundamento Político do Direito de Ronald Dworkin, com o objetivo de destacar a importância de decisões judiciais para a implementação da justiça de transição na construção de um novo Estado Democrático de Direito, a exemplo do Brasil.

Daiane Santos Ribeiro em O Processo Educacional enquanto Estratégia de Manutenção da Investida Genocida parte da compreensão do genocídio enquanto fenômeno multifacetado que se utiliza de variados mecanismos tendentes a produzir o aniquilamento da população negra. O presente artigo tem como objetivo analisar suas investidas através do sistema educacional no contexto de encarceramento, tendo como referência prática o trabalho desenvolvido pela Ação Curricular em Comunidade e em sociedade (ACCS): Promoção da Saúde e Qualidade de Vida na Colônia Penal Lafayette Coutinho.

Daniel Gonçalves Pontes Sodré aborda a Cooperação Judiciária Nacional: Um repensar da jurisdição brasileira na perspectiva da razão comunicativa, através da influência da teoria de Habermas do agir comunicativo na dogmática do direito processual civil brasileiro. O artigo analisa o instituto da cooperação judiciária nacional e traça suas principais características para, ao final, demonstrar a necessidade de repensar o sistema jurisdicional brasileiro.

Diego Di Giuseppe e Francescadiletta Bortone em The Criminal Response to the Terrorist Phenomenon. Critical Paradigms for the Rule of Law, analisa os vários aspectos relacionados ao terrorismo. O artigo explora a antiga forma de terrorismo até a mais moderna, na qual os sentimentos de insegurança e emergência aumentam, transformando o Estado em um Estado de exceção ou penal.

Érica Baptista Vieira de Meneses reflete sobre A Inconstitucionalidade da Exigência de Comprovação da Incapacidade Financeira

como Critério para a Concessão de Tratamento pelo SUS já que o direito à saúde está previsto como direito de todos e dever do estado no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988.

Érika Costa da Silva, em *Os Direitos Humanos como Limite Ético ao Exercício da Plenitude de Defesa no Tribunal do Júri: Um estudo sobre o uso da tese da legítima defesa da honra pela Defensoria Pública em casos de feminicídio analisa o uso dos direitos humanos como limite ético ao exercício da plenitude de defesa no tribunal do júri, considerando o dilema ético entre a Defensoria Pública que possui a incumbência constitucional de promoção dos direitos humanos, e a utilização de teses de defesas violadoras desses direitos, especificamente o uso da tese da legítima defesa da honra em caso de feminicídio no tribunal do júri.*

Fagner Vasconcelos Fraga aborda *Os Impactos da Lei de Responsabilidade e os Cortes Orçamentários no Enfrentamento da Crise Fiscal na Perspectiva do Sistema Autopoiético de Teubner e Luhmann discutindo acerca da implementação da Lei de Responsabilidade Fiscal que, apesar de suas peculiaridades, surge como um subsistema social próprio, porém não substituindo os direitos e garantias fundamentais instituídos no sistema maior que é Carta Magna de 1988.*

Harrison Ferreira Leite reflete sobre *O Direito Financeiro e os seus Freios no Combate à Corrupção: Importância da legitimidade e da economicidade para esse fim, pois se há corrupção na receita, despesa, orçamento e controle públicos, e se nessas áreas a economicidade e a legitimidade se afiguram como normas de controle, pode-se afirmar que o combate à corrupção necessariamente passa pelo estudo do Direito Financeiro.*

Jailson Armando Ca em *A Reforma do Ensino Médio Prevista na Lei nº 13.415 de 2017: Mudanças na educação pública e aplicabilidade no ensino noturno* é abordada a referida lei e tem como objetivo analisar como essas mudanças irão impactar o ensino médio, em especial, as aulas no período noturno. Para tanto, o artigo apoia-se em estudiosos que já discutiram o assunto, como Clarice Nunes e Nora Krawczyk, bem como a legislação que trata da Educação.

Jeremias Arone Donane disserta sobre O Princípio do Respeito da Dignidade Humana e a Convenção dos Direitos do Homem abordando a falta de previsão expressa do princípio na CEDH e como a sua implementação nas ordens jurídicas nacionais dos Estados partes na CEDH contribui para o enriquecimento do conteúdo do princípio e para o seu desenvolvimento positivo ao nível internacional.

João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho questiona o Direito Autônomo à Prova discorrendo sobre a manifestação da doutrina no sentido de aceitar, no nosso sistema, a antecipação da prova, a ser realizada antes do processo cognitivo. Tal situação possibilita que o sujeito decida se ajuíza ou não a ação, o que torna necessário repensar a ideia de juiz como único destinatário das provas.

Natalia Silveira de Carvalho em Democracia, Emancipação e Mulheres: Breves considerações a respeito dos feminismos como elemento de validade democrática analisa o protagonismo dos movimentos feministas no processo democrático como elemento assecuratório da própria democracia, observando que o movimento feminista, junto a outros “novos movimentos sociais”, promoveu alterações na concepção de cidadania e emancipação.

Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho analisa A Função da Justiça Restaurativa como Efetivação do Acesso à Justiça, Democratização do Direito Penal e o Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia refletindo sobre o acesso à justiça como garantia constitucional, a necessidade de maior democratização da seara criminal e a criação do Núcleo de Justiça Restaurativa pelo Tribunal de Justiça da Bahia através da Resolução nº 08 de 28 de Julho de 2010.

Ricardo Maurício Freire Soares e Charles Silva Barbosa, em O Estado Federal Brasileiro: Uma abordagem crítica refletem a respeito do federalismo brasileiro, atravessando o hiato entre federalismo e federação, elementos estruturais da federação, modelos de federalismo e a realidade da federação brasileira, a dicotomia entre federalismo simétrico e assimétrico e os reflexos no ordenamento jurídico brasileiro, bem como as formas de criação do federalismo, a fim de esclarecer a situação atual do Estado Federal Brasileiro.

Sarah da Silva Falcão de Freitas Borja apresenta A Conformação do Raciocínio Jurídico e o Sopesamento dos Princípios Materializados no Julgamento do Recurso Especial nº 1. 584.501 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça realizando análise dos parâmetros utilizados na ponderação dos princípios incidentes no julgamento do Recurso Especial nº 1. 584. 501, tendo em vista a decisão que limitou o valor dos descontos efetuados pela Instituição Financeira ao percentual de 30% dos vencimentos líquidos da Recorrida, com o escopo de assegurar à preservação do mínimo existencial a consumidora em situação de superendividamento.

Tiago Soares Vicente estuda A Razão Comunicativa na Tutela do Meio Ambiente com o objetivo de abordar a utilização da razão comunicativa na tutela do meio ambiente, através dos procedimentos comunicativos de formação da vontade e opinião pública. O campo do meio ambiente é uma área com muitos conflitos, que envolvem interesses políticos, econômicos e sociais, em conexão com muitas outras áreas da sociedade e do Estado. O exercício da razão comunicativa nesse campo tem por objetivo a construção de um consenso.

Wilson Alves de Souza disserta acerca dos *Princípios Constitucionais Fundamentais no Estado Democrático de Direito: Organização estatal, relação entre seus agentes e os cidadãos* tema muito discutido na doutrina, principalmente a respeito da natureza dos princípios jurídicos. O tema merece atenção por abordar os princípios inerentes à própria organização do Estado e a relação entre seus agentes, bem como entre eles e os cidadãos sob sua autoridade.

*Salvador da Bahia, agosto de 2019*



# Sumário

## CAPÍTULO I

### **A REDEFINIÇÃO SEMÂNTICA DE JURISDIÇÃO NO PÓS-POSITIVISMO: A ARBITRAGEM**

#### **COMO MEIO DE ACESSO EFICAZ À JUSTIÇA..... 23**

*Ana Paula de Almeida Lima Leal*

1. Introdução .....	23
2. Jurisdição .....	24
3. Pós-positivismo .....	26
4. A arbitragem.....	29
5. Acesso à justiça .....	35
7. Considerações finais.....	40
8. Referências bibliográficas .....	41

## CAPÍTULO II

### **DIREITOS HUMANOS E SOBERANIA POPULAR**

#### **COMO FONTES DE LEGITIMAÇÃO DO DIREITO MODERNO ..... 45**

*Augusto Checue Chaimite*

1. Introdução .....	45
2. Soberania popular .....	46
3. Iluminismo .....	48
3.1. Contexto histórico e influência na legitimação do direito .....	48
4. Direito e democracia .....	50
5. Legitimidade do direito .....	52
6. Função do Direito no mundo moderno.....	59
7. Teoria justificadora dos direitos fundamentais.....	60
8. O direito natural.....	61
8.1. O pensamento de John Locke .....	61
9. Direito positivo .....	62
9.1. Pensamento de Hans Kelsen .....	62
10. Fundamentos dos direitos humanos .....	63
11. Considerações finais.....	66
12. Referências bibliográficas .....	67

## CAPÍTULO III

**A CATEGORIZAÇÃO DA MOBILIDADE URBANA EFICIENTE  
COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL ..... 69***Camila Bastos Bacelar Costa*

1. Introdução .....	69
2. Dos direitos sociais .....	71
3. A fundamentalidade dos direitos sociais.....	76
4. Do direito individual à liberdade de locomoção à introdução do direito social à mobilidade urbana eficiente na Constituição de 1988 .....	82
5. A mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social – relevância da matéria.....	91
6. Considerações finais.....	101
7. Referências.....	103

## CAPÍTULO IV

**A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO À LUZ DO FUNDAMENTO  
POLÍTICO DO DIREITO DE RONALD DWORKIN..... 107***Camila Miranda Sousa Race*

1. Introdução .....	107
2. A teoria do fundamento político do direito de Ronald Dworkin.....	108
3. A justiça de transição .....	118
3.1. Conceito.....	118
3.2. A justiça de transição à luz do fundamento político do direito .....	120
4. Conclusão .....	125
5. Referências.....	126

## CAPÍTULO V

**O PROCESSO EDUCACIONAL ENQUANTO ESTRATÉGIA  
DE MANUTENÇÃO DA INVESTIDA GENOCIDA..... 127***Daiane Santos Ribeiro*

1. Introdução .....	127
2. Das pesquisas nacionais à colônia penal Lafayette Coutinho: o perfil dos custodiados.....	131
3. Direito a educação .....	133
3.1. O direito à educação no contexto da colônia penal Lafayette Coutinho.....	136
4. Para além do extermínio de corpos negros: outras armas do projeto genocida.....	139

5. Conclusão .....	142
6. Referências.....	143

## CAPÍTULO VI

<b>COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA NACIONAL: UM REPENSAR DA JURISDIÇÃO BRASILEIRA NA PERSPECTIVA DA RAZÃO COMUNICATIVA.....</b>	<b>145</b>
---	------------

*Daniel Gonçalves Pontes Sodré*

1. Introdução .....	145
2. A Razão Comunicativa .....	146
3. A jurisdição e o sistema jurisdicional brasileiro do formalismo-valorativo .....	150
4. Cooperação judiciária e a nova dinâmica interrelacional dos órgãos jurisdicionais.....	159
5. O sistema de cooperação judiciária: repensando a jurisdição brasileira .....	165
6. Conclusões.....	168
7. Bibliografia.....	170

## CAPÍTULO VII

<b>THE CRIMINAL RESPONSE TO THE TERRORIST PHENOMENON. CRITICAL PARADIGMS FOR THE RULE OF LAW .....</b>	<b>175</b>
--	------------

*Diego Di Giuseppe*

*Francescadiletta Bortone*

1. Terrorism in the first decades of the XXI century.....	175
2. Distinctive traits of a Rule of law .....	180
3. War on terror .....	184
4. State of exception.....	192
5. The criminal law of the enemy .....	198
6. Conclusions .....	206
7. References .....	211

## CAPÍTULO VIII

<b>A INCONSTITUCIONALIDADE DA EXIGÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA INCAPACIDADE FINANCEIRA COMO CRITÉRIO PARA A CONCESSÃO DE TRATAMENTO PELO SUS.....</b>	<b>215</b>
--	------------

*Érica Baptista Vieira de Meneses*

1. Introdução.....	215
2. Dimensão constitucional do direito à saúde e sua definição jurídica.....	217

3. Análise econômica do direito.....	223
4. A constitucionalidade da definição de critérios para a concessão de medicamentos à luz da dimensão constitucional do direito à saúde.....	227
5. Conclusão.....	232
6. Referências.....	234

#### CAPÍTULO IX

<b>OS DIREITOS HUMANOS COMO LIMITE ÉTICO AO EXERCÍCIO DA PLENITUDE DE DEFESA NO TRIBUNAL DO JÚRI: UM ESTUDO SOBRE O USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA PELA DEFENSORIA PÚBLICA EM CASOS DE FEMINICÍDIO .....</b>	<b>237</b>
---	------------

*Érika Costa da Silva*

1. Introdução.....	237
2. O precedente do caso do campo algodoeiro: um alerta para o uso de teses violadoras de direitos humanos .....	239
3. O reconhecimento dos direitos humanos das mulheres .....	242
4. A violência contra a mulher e sua proteção no ordenamento jurídico brasileiro.....	246
5. Considerações sobre o sujeito passivo do feminicídio.....	251
6. O tribunal do júri e a plenitude de defesa .....	257
7. O uso da tese da legítima defesa da honra .....	261
8. A defensoria pública e o uso de teses violadoras de direitos.....	266
9. Considerações finais.....	270
10. Referências.....	272

#### CAPÍTULO X

<b>OS IMPACTOS DA LEI DE RESPONSABILIDADE E OS CORTES ORÇAMENTÁRIOS NO ENFRENTAMENTO DA CRISE FISCAL NA PERSPECTIVA DO SISTEMA AUTOPOIÉTICO DE TEUBNER E LUHMANN.....</b>	<b>279</b>
---	------------

*Fagner Vasconcelos Fraga*

1. Introdução .....	279
2. Dos direitos e garantias fundamentais no que tange às normas orçamentárias descritas na lei de responsabilidade fiscal.....	281
3. O direito ao desenvolvimento social no âmbito internacional.....	286
4. O direito fundamental ao desenvolvimento social no âmbito nacional e sua disposição na Constituição de 1988.....	289
5. Da reflexão sobre o sistema autopoietico e a verificação da lei de responsabilidade fiscal como subsistema.....	293

6.	Planejamento de gastos públicos e crise fiscal .....	295
7.	Considerações finais.....	306
8.	Referências bibliográfica.....	307

## CAPÍTULO XI

<b>O DIREITO FINANCEIRO E OS SEUS FREIOS NO COMBATE À CORRUPÇÃO: IMPORTÂNCIA DA LEGITIMIDADE E DA ECONOMICIDADE PARA ESSE FIM.....</b>	<b>309</b>
--	------------

*Harrison Ferreira Leite*

1.	Introdução .....	309
2.	Do objeto de estudo do direito financeiro.....	312
3.	Da corrupção: incômodo e tolerância.....	314
4.	Da corrupção à luz dos institutos do direito financeiro. Como as normas do direito financeiro transigem com a corrupção .....	320
4.1.	Receita pública.....	320
4.2.	No orçamento público .....	326
4.3.	Na despesa pública .....	327
4.4.	No crédito público.....	330
4.5.	No controle da atividade financeira do Estado.....	332
5.	Da abertura das normas de controle com vistas ao combate à corrupção .....	335
5.1.	Da fiscalização da atividade financeira do Estado.....	336
5.2.	Dos princípios financeiro-orçamentários da legitimidade e da economicidade como instrumentos de controle da corrupção.....	338
6.	Conclusões.....	345
7.	Referências.....	347

## CAPÍTULO XII

<b>A REFORMA DO ENSINO MÉDIO PREVISTA NA LEI Nº 13.415 DE 2017: MUDANÇAS NA EDUCAÇÃO PÚBLICA E APLICABILIDADE NO ENSINO NOTURNO.....</b>	<b>351</b>
--	------------

*Jailson Armando Ca*

1.	Introdução .....	351
2.	Desenvolvimento do ensino médio no brasil.....	352
3.	De Medida Provisória nº 746/2016 a Lei nº 13.415/2017.....	355
4.	O ensino médio noturno e suas nuances .....	360
5.	Considerações finais .....	364
6.	Referências.....	365

## CAPÍTULO XIII

**O PRINCÍPIO DO RESPEITO DA DIGNIDADE HUMANA  
E A CONVENÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM..... 369***Jeremias Arone Donane*

1. Introdução ..... 369
2. Surgimento da Comissão Europeia dos Direitos Humanos:  
uma reflexão necessária..... 372
  - 2.1. Definição e valor jurídico do princípio da dignidade  
da pessoa humana..... 375
3. Dignidade humana conceito..... 378
  - 3.1. Fontes do princípio da dignidade humana ..... 380
4. Critica a omissão do principio da dignidade da pessoa humana  
na convenção europeia dos direitos humanos ..... 382
  - 4.1. Materialidade de interpretação do princípio..... 384
  - 4.2. Dignidade "em si" e "por si mesmo" ..... 384
  - 4.3. Dignidade "fundamental" e "real" ..... 385
  - 4.4. "Princípio de interpretação material" dos textos..... 386
5. Dignidade da pessoa humana como valor e princípio  
na convenção europeia dos direitos humanos ..... 387
6. Conclusão ..... 390
7. Bibliografia..... 391

## CAPÍTULO XIV

**DIREITO AUTÔNOMO À PROVA? ..... 393***João Francisco L iberato de Mattos Carvalho Filho*

1. Introdução ..... 393
2. Momento histórico ..... 394
3. Destinatário da prova e o ônus de provar..... 399
4. Relação entre a prova como direito autônomo (direito à prova)  
e o direito de provar ..... 401
5. Linhas sobre o direito comparado ..... 402
6. Conclusões..... 407
7. Referências..... 408

## CAPÍTULO XV

**DEMOCRACIA, EMANCIPAÇÃO E MULHERES:  
BREVES CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DOS FEMINISMOS  
COMO ELEMENTO DE VALIDADE DEMOCRÁTICA..... 411***Natalia Silveira de Carvalho*

1. Introdução ..... 411

2.	Direitos humanos em perspectiva habermasiana .....	414
3.	O problema da esfera pública liberal e a multiplicidade de públicos .....	420
4.	Cidadania e sociedade civil .....	426
5.	Considerações finais.....	430
6.	Referências bibliográficas .....	431

#### CAPÍTULO XVI

### **A FUNÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA, DEMOCRATIZAÇÃO DO DIREITO PENAL E O CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA....** 435

*Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho*

1.	Reflexões Introdutórias.....	435
2.	Justiça Restaurativa: Acesso à Justiça e o Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC).....	438
3.	O Tribunal de Justiça da Bahia e ações de implementação da Justiça Restaurativa .....	440
4.	Crise do sistema penal e função da Justiça Restaurativa como efetivação do acesso à Justiça.....	442
5.	Considerações finais.....	448
7.	Referências.....	449

#### CAPÍTULO XVII

### **O ESTADO FEDERAL BRASILEIRO: UMA ABORDAGEM CRÍTICA.....** 453

*Ricardo Maurício Freire Soares*

*Charles Silva Barbosa*

1.	Premissas teóricas: federalismo e federação .....	454
2.	A estrutura principiológica de uma federação.....	456
3.	Modelos de federalismo e o caso da federação brasileira.....	459
4.	A dicotomia federalismo simétrico x federalismo assimétrico e seus reflexos na ordem jurídica brasileira .....	462
5.	O binômio federalismo centrípeto x federalismo centrífugo e o caso brasileiro .....	464
6.	Evolução histórico-constitucional brasileira: do estado unitário ao estado federal.....	466
7.	Estrutura normativo-organizacional da federação brasileira de 1988.....	475
8.	Notas conclusivas: a situação atual do estado federal brasileiro....	487
9.	Referências.....	488

## CAPÍTULO XVIII

**A CONFORMAÇÃO DO RACIOCÍNIO JURÍDICO E O SOPESAMENTO  
DOS PRINCÍPIOS MATERIALIZADOS NO JULGAMENTO  
DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.584.501 PELA TERCEIRA TURMA  
DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA..... 491**

*Sarah da Silva Falcão de Freitas Borja*

1. Introdução ..... 491
2. Princípios e direitos básicos em face do superendividamento..... 492
3. Princípios fundantes e a dignidade da pessoa humana..... 497
4. A dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro..... 500
5. A expressividade do direito fundamental social referente  
ao mínimo existencial e sua aplicação aos casos  
de superendividamento ..... 501
6. O superendividamento: fenômeno socioeconômico  
que tangencia a dignidade humana dos consumidores ..... 504
7. A argumentação e a lógica jurídica no julgamento  
do Recurso Especial nº 1.584.501 pela Terceira Turma  
do Superior Tribunal de Justiça (STJ)..... 507
8. Considerações finais..... 514
9. Referências..... 515

## CAPÍTULO XIX

**A RAZÃO COMUNICATIVA NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE..... 519**

*Tiago Soares Vicente*

1. Introdução ..... 519
2. A Razão Comunicativa de Habermas..... 521
3. Diálogo da teoria habermasiana com o pensamento  
de Amartya Sen e Boaventura de Sousa Santos ..... 528
4. Procedimentos comunicativos na construção e controle  
da norma ambiental..... 534
5. Conclusão ..... 542
6. Referências..... 543

## CAPÍTULO XX

**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS NO ESTADO  
DEMOCRÁTICO DE DIREITO: ORGANIZAÇÃO ESTATAL,  
RELAÇÃO ENTRE SEUS AGENTES E OS CIDADÃOS..... 545**

*Wilson Alves de Souza*

1. Introdução ..... 545
2. Princípios jurídicos. Visão geral ..... 546

---

3.	Princípio do estado democrático de direito, princípio democrático e princípio do estado de direito.....	551
4.	Princípios decorrentes do estado democrático de direito mais diretamente relacionados com a ideia de estado de direito.....	553
4.1.	Proteção da confiança.....	553
4.2.	Publicidade.....	554
4.3.	Subordinação à ordem jurídica.....	557
4.4.	Certeza e segurança jurídica .....	558
4.5.	Proibição de retrocesso social.....	559
4.6.	Proibição do excesso.....	560
4.7.	Fundamentação das decisões .....	560
4.8.	Efetividade das decisões.....	565
5.	Princípios decorrentes do princípio do estado democrático de direito mais diretamente relacionados com a ideia de democracia.....	566
5.1.	Soberania popular.....	566
5.2.	Representação .....	567
5.3.	Proporcionalidade da representação .....	567
5.4.	Sufrágio.....	567
5.5.	Democracia semidireta .....	568
5.6.	Pluralismo político e direito de oposição .....	568
5.7.	Separação de poderes.....	568
5.7.1.	Poder, estado e separação de poderes.....	568
5.7.2.	Limites ao poder do estado e separação de poderes.....	569
6.	Conclusão .....	584
7.	Referências.....	584



## Capítulo I

# A redefinição semântica de jurisdição no pós-positivismo: a arbitragem como meio de acesso eficaz à justiça

*Ana Paula de Almeida Lima Leal\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Jurisdição; 3. Pós-positivismo; 4. A arbitragem; 5. Acesso à justiça; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Inicialmente, cumpre registrar que foram as falhas do Positivismo que motivaram os doutrinadores a conceber novas teorias jurídicas. Passaram a buscar meios de equilíbrio, formas de harmonizar o Positivismo e o Jusnaturalismo. Deduziram que o Direito não se resumiria às regras escritas pelos legisladores, mas também não se resumiria aos princípios imutáveis revelados pela natureza humana. O Direito corresponderia, sim, à lei, mas com balizas impostas pela moral. E a conciliação entre os escritos legais e a morais seria viabilizada pelas cláusulas abertas constantes nas codificações, especialmente nas constituições.

Da premente necessidade de intensa valorização aos princípios jurídicos surge o Pós-positivismo, cuja característica principal é o reconhecimento da importância dos princípios jurídicos. Atualmente, os princípios não servem apenas para colmatar lacunas na lei ou para direcionar a produção legislativa, mas sim, como autênticas

---

(\*) Aluna Especial do Doutorado do PPGD da Faculdade de Direito da UFBA, mestre em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, especialista em Processo Civil pela Fundação Faculdade de Direito da UFBA e professora de Processo Civil e membro do NDE do Centro Universitário UniRuy.

regras de aplicação imediata à sociedade, devendo ser observadas pelos juízes quando dos julgamentos. Mais do que nunca, a constituição assume o topo da pirâmide de referência normativa. Os valores nela consagrados servem de direcionamento para a aplicação de todo o ordenamento jurídico. A atividade judiciária eleva seu grau de eficácia social, enquanto a atividade legislativa tem reduzido seu grau de interferência direta na sociedade.

Mister registrar que a vastidão de estudos doutrinários, inevitavelmente, acaba por gerar diversas denominações para as tendências jurídicas atuais. Assim, além do Pós-positivismo, diz-se que estamos na época do Neoconstitucionalismo e do Neoprocessualismo.

O Neoconstitucionalismo é tratado por alguns autores como sinônimo de Pós-positivismo em sua essência. Outros o consideram como doutrina contrária ao Positivismo, ao passo que o Pós-positivismo seria doutrina mais conciliadora com as escolas anteriores, albergando maior margem de concepções.

O Neoprocessualismo consiste, em síntese, no enfoque processual do Pós-positivismo, ou seja, na abordagem do processo sem descuidar das normas legais, mas com maior atenção aos princípios jurídicos que o envolvem. No ordenamento jurídico brasileiro, sua incontestável existência encontra-se materializada com a adoção de inúmeros princípios no Novo Código de Processo Civil.

O presente estudo divide-se em quatro partes, a primeira que trata da Jurisdição, a segunda, que aborda o Pós-positivismo, a terceira estuda a arbitragem e a quarta cuida o acesso à justiça.

É importante destacar que ao redefinir-se semanticamente a jurisdição, a jurisdição arbitral ganha relevo e importância, como instrumento assegurador de acesso à justiça.

## **2. JURISDIÇÃO**

---

Para o Professor Edvaldo Brito a Jurisdição Constitucional é “um sistema de providências judiciais específicas técnico-jurídicas, com fundamento na Constituição, que objetiva garantir o exercício regular das funções estatais” (BRITO, 2013, p.36)

No entendimento de Hans Kelsen, (2007), a instituição da jurisdição constitucional é uma forma de afirmação do princípio da separação de poderes, destacando que os membros do parlamento e do governo devem ser excluídos da jurisdição constitucional, vez que compete à jurisdição exercer o controle sobre tais membros, e que a referida jurisdição deve afastar-se de qualquer influência política.

Acerca do tema, cabe a lição de Geraldo Ataliba para quem: “de nada vale uma Constituição, se ela não for obedecida. Não adianta haver lei para tudo, se não for respeitada.” (1987, p. 189).

Javier Royo (1988) assinala que as relações entre política e direito são um marco do Estado Constitucional, no qual se vê a judicialização da política no exercício da manifestação do poder político. E registra sua preocupação em como estabelecer limites à atuação da Jurisdição Constitucional, de modo que a mesma respeite e discricionariedade e a liberdade dos órgãos políticos.

Partindo dessa premissa, verifica-se que no pós-positivismo as constituições passam a ter forte carga principiológica, o que vai caracterizar o neoconstitucionalismo, que no entender de Dworkin (2005) não se limita a atribuir à teoria o peso da fundamentação de princípios abstratos e flutuantes de justiça, mas também, o reconhecimento de que uma fundação desses princípios, implica num conceito de justiça pós-metafísico, que não pode ser desacoplado dos esboços abrangentes, concretos e, por isso mesmo, motivadores, de uma vida bem-sucedida.

Para Didier (2017), a jurisdição deve ser atribuída a terceiro imparcial cuja atribuição de realização do Direito, imperativamente, pode ser a um só tempo criativa e reconstrutiva, de modo a proteger situações jurídicas concretas, com aptidão à definitividade.

Percebe-se com isso, que a mudança paradigmática no conceito de jurisdição, envolve o reconhecimento de características essenciais da jurisdição como sua definitividade, imparcialidade e inafastabilidade.

A redefinição de jurisdição processual passa necessariamente pela redefinição de jurisdição constitucional, a qual está eivada de

normas princípios e valores que são recepcionados por todo o ordenamento jurídico, e inclusive vão repercutir nas modalidades de acesso à justiça, com ênfase na ampliação da jurisdição arbitral, na contemporaneidade.

### 3. PÓS-POSITIVISMO

---

A primazia dos princípios frente às normas escritas resulta em maior adequação da jurisdição civil aos casos concretos, o que serve para consagrar o valor “justiça”. Afinal, “justiça” é “dar a cada um o que é seu”. Por ser genérica e abstrata, a aplicação literal da norma jurídica nem sempre confere ao cidadão o que lhe é apropriado. Em tais hipóteses, o Pós-positivismo abre margem para a incidência complementar dos princípios.

Pode-se dizer que “justiça” e “segurança” são os valores primordiais do Direito. Embora a justiça seja consagrada com o Pós-positivismo, o que dizer da segurança? Pode ficar prejudicada. Explica-se: se a letra da lei nem sempre é observada nos processos judiciais, o indivíduo fica em dúvida sobre o que esperar no trâmite da sua causa, não tendo mais certeza sobre os procedimentos a serem adotados. Afinal, os princípios são proposições vagas, que permitem inúmeras interpretações pelos aplicadores do Direito, favorecendo a “justiça do caso concreto” em detrimento da certeza jurídica.

Diante de tais considerações, recomenda-se parcimônia na aplicação do Pós-positivismo. A modificação do curso legal de um processo deve ser feita sem prejuízo do contraditório e da ampla defesa. O julgador, sempre que possível, deve alertar as partes previamente sobre a intenção de relativizar determinada norma processual.

De fato, as grandes preocupações de que se ocupam atualmente os estudos da ciência jurídica gravitam, em sua maioria, em torno da questão sobre a efetividade das normas jurídicas, em especial das normas constitucionais.

No que tange às regras de hermenêutica, Ricardo Maurício Freire Soares faz o seguinte esclarecimento:

“...uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo, expressão do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, consiste na frequente utilização de princípios jurídicos no embasamento de processos hermenêuticos e decisórios, como espécies normativas que permitem conciliar as estimativas de justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), próprios do positivismo jurídico.

[...] entre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram status constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana, porquanto, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um direito justo não é outra senão o próprio homem, considerado em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição.” (2010, p. 127/128)

Certo é que, para Dworkin (2005) no lugar da moral, que atribui a precedência deontológica ao correto frente ao que é bom, o autor deseja colocar uma ética liberal suficientemente formal, que seja compatível com o provável dissenso sobre as orientações vitais preferidas, mantendo, porém, um razoável grau de substancialidade para formar um complexo motivacional para princípios liberais abstratos.

Segundo Habermas, (1997) o princípio da teoria do discurso, configurado inicialmente de acordo com a formação da vontade individual, comprovou-se no campo ético e no da filosofia moral. Entretanto, é possível provar, sob pontos de vista funcionais, por que a figura pós-tradicional de uma moral orientada por princípios depende de uma complementação através do direito positivo. [...] Apoiada no princípio do discurso, a teoria do direito – e do Estado de Direito – precisa sair dos trilhos convencionais da filosofia política e do direito, mesmo que continue assimilando seus questionamentos

Mas, o Pós-positivismo vai além dos conceitos e princípios até então estudados e, com Amartya Sen (2014) chegamos ao estudo da busca da felicidade, para quem: “os problemas surgem quando se alega que “a felicidade é esse objetivo último porque, ao contrário de todas as outras metas, é um bem autoevidente”. (2014, p.268)

Neste contexto é que está situado o presente trabalho, produzido no intuito de investigar e discorrer sobre a relação destas formulações teóricas e acadêmicas mais atuais na ciência jurídica, movimento que recebeu a denominação de pós-positivismo, e sua relação com a inserção, também crescente, também da preocupação ética dentro do sistema jurídico, inclusive ensejando a elaboração de enunciados sumulares pela Corte Suprema do País, a exemplo da Súmula Vinculante no 13.

Pois verifica-se que atuação do estado na prestação jurisdicional passa não apenas pela hermenêutica literal da lei, mas pela efetivação de princípios e valores postos no ordenamento e ainda, há a jurisdição arbitral como forma de resolução extrajudicial de conflitos, cuja efetividade tem ampliado a sua importância e âmbito de atuação na contemporaneidade.

Dentro desta concepção a que se tem chamado neoconstitucionalismo, também relacionada ao designado pós-positivismo, conforme destaca Humberto Ávila, ( ) deve-se atentar primordialmente a princípios em vez de regras (ou mais princípios do que regras); ponderação no lugar de subsunção (ou mais ponderação do que subsunção); justiça particular em vez de justiça geral (ou mais análise individual e concreta do que geral e abstrata); Poder Judiciário em vez dos Poderes Legislativo e Executivo (ou mais Poder Judiciário e menos Poderes Legislativo e Executivo); Constituição em substituição à lei (ou maior, ou direta, aplicação da Constituição em vez da lei).

O chamado pós-positivismo aponta como para os profissionais do direito, especialmente o órgão julgador, a necessidade de realizar uma filtragem de valores, a partir dos princípios gerais e direitos de caráter fundamental no ordenamento, sobre as regras do sistema jurídico.

Embora seja complexo unirmos princípios, leis e ética, a doutrina consegue nos dar uma luz a respeito e, em nosso contexto doutrinário Miguel Reale, (2015) ao expor a teoria do mínimo ético, informa que o direito “representa apenas o mínimo de moral declarado obrigatório para que a sociedade possa sobreviver” (2015, p. 42). Nessa visão, o direito seria constituído de fatos, valores e normas que não seriam estáticas e absolutas, mas, sujeitas a alterações conforme o avanço ou retrocesso de pensamentos sociais.

No positivismo clássico não existe uma obrigatoriedade de elaboração de normas em critérios morais e, sim a análise dos critérios de validade e formalidade, devendo o juiz atuar como boca da lei, em que se retira a competência da análise da lei como injusta ou justa, que por vezes prejudicial à sociedade. Fica portanto claro que, segundo a escola da exegese, a lei não deve ser interpretada segundo a razão e os critérios valorativos daquele que deve aplicá-la, mas ao contrário, este deve submeter-se completamente à razão expressa na própria lei. (BOBBIO, 1995)

Neste novo modelo, a concepção da decisão judicial como simples silogismo formulado a partir de um procedimento lógico-formal apresenta-se plenamente defasada, isso porque a sentença não pode mais ser concebida como silogismo em que se formula a norma por meio de um método lógico-formal. Todavia, a sentença no bojo da qual é produzida a norma para solucionar o caso concreto (real ou ficto), ocorre de maneira estruturante, afinal, não existe um descobrir a norma (como se ela correspondesse à vontade da lei ou do interprete) o que de fato existe é um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização. (ABBOUD, 2014)

Assim, em tempos de Pós-positivismo, temos a jurisdição ressignificada porque ao julgador não importa apenas aplicar a letra fria da lei, mas decidir em conformidade com os princípios e valores postos no ordenamento, cabendo aos conflitantes, inclusive optar entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, como meio para solução de seus conflitos. Uma vez que, em tempos de liberdade e autonomia da vontade, os sujeitos podem eleger que terceiro imparcial irá dirimir suas lides.

#### **4. A ARBITRAGEM**

---

A arbitragem não é novidade no Brasil. O instituto já era previsto no ordenamento jurídico brasileiro pela Constituição do Império, em 1845, embora as constituições que se seguiram não a tenham expressamente consagrado, mantida pela legislação infraconstitucional, destacando-se, neste ponto, o Decreto nº 3.084, de 5 de novembro de 1898, e os Códigos de Processo Civil de 1939 e de 1973.

O instituto da arbitragem só volta a ser consagrado na Constituição da República de 1988, que o prevê expressamente nos §§ 1º e 2º do artigo 114. Contudo, foi somente com a promulgação da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996, que a arbitragem passou a ser efetivamente utilizada como um método alternativo de resolução de conflitos.

A definição de arbitragem oferecida pela doutrina é a seguinte: A arbitragem é a instituição pela qual as pessoas capazes de contratar confiam a árbitros, por elas indicados ou não, o julgamento de seus litígios relativos a direitos transigíveis. Esta definição põe em relevo que a arbitragem é uma especial modalidade de resolução de conflitos; pode ser convencionada por pessoas capazes, físicas ou jurídicas; os árbitros são juízes indicados pelas partes, ou consentidos por elas por indicação de terceiros, ou nomeados pelo juiz, se houver ação de instituição judicial de arbitragem; na arbitragem existe o 'julgamento' de um litígio por uma 'sentença' com força de coisa julgada.

A arbitragem – meio alternativo de solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nela, sem intervenção estatal, sendo a decisão destinada a assumir a mesma eficácia da sentença judicial – é colocada à disposição de quem quer que seja, para a solução de conflitos relativos a direitos patrimoniais acerca dos quais os litigantes possam dispor. Trata-se de mecanismo privado de solução de litígios, através do qual um terceiro, escolhido pelos litigantes, impõe sua decisão, que deverá ser cumprida pelas partes. (ALVIM, 2005)

Esta característica impositiva da solução arbitral (meio heterocompositivo de solução de controvérsias) a distancia da mediação e da conciliação, que são meios autocompositivos de solução de litígios, de tal sorte que não existirá decisão a ser imposta às partes pelo mediador ou pelo conciliador, que sempre estarão limitados à mera sugestão (que não vincula as partes). (CARMONA, 2004)

O Código de Processo Civil de 2015 (CPC/15) instituiu definitivamente a arbitragem como modalidade jurisdicional, consoante

se colhe do seu art. 3º, § 1º, modalidade esta que já se encontrava legislada pela Lei no 9.307/1996 e alterações posteriores feitas pela Lei no 13.129/2015.

Como regra, a jurisdição civil comum não pode rever ou discutir o mérito das decisões da jurisdição arbitral, vez que, se trata de funções judicantes paralelas, sendo uma disciplinada pelo processo civil e outra pela legislação extravagante, não havendo, necessariamente, uma hierarquia entre elas.

A arbitragem surgiu, então, como uma forma alternativa de resolução dos conflitos, colocada ao lado da jurisdição tradicional, para dirimir conflitos envolvendo direitos individuais disponíveis, com procedimento fixado na Lei no 9.307/1996.

Na verdade, atualmente a relação que se conforma entre uma e outra jurisdição é a de cooperação, bastando para isso um breve lançar de olhos para o novo instrumento de comunicação previsto no CPC, a saber, a carta arbitral, positivada pelo Código no art. 237, inciso IV, ao lado das cartas precatória, rogatória e de ordem, pela qual o juízo arbitral solicita que órgão do Poder Judiciário “pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória”.

Em que pesem tais ilações, todavia, acerca da impossibilidade de revisão, pelo Poder Judiciário e pela Justiça comum, do mérito das decisões do juízo arbitral, e da relação de cooperação entre o juiz e o árbitro, a conclusão deve ser sempre temperada à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição pública, previsto no art. 5º, inciso XXXV da nossa lei maior, e que sabidamente giza: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Acerca do tema, cabe a lição de Nelson Nery Junior ( ), para quem, não pode haver a exclusão de apreciação pelo Poder Judiciário de lesão a direito, em face da flagrante inconstitucionalidade desta exclusão. Contudo, exclui o caso do juízo arbitral, esclarecendo que o que se exclui pelo compromisso arbitral é o acesso à via judicial, mas não à jurisdição. Reconhece que o fato de não se poder ir à Justiça

estatal, mas ter a lide resolvida pela justiça arbitral, realiza-se a atividade jurisdicional.

Nery Junior ( ) aduz ainda que haveria inconstitucionalidade na LArb (Lei da Arbitragem) se a mesma vedasse à parte o acesso ao Poder Judiciário, instituindo, por exemplo, casos de arbitragem obrigatória. Como não o faz, não há nenhuma inconstitucionalidade em permitir às partes que escolham entre o juízo estatal e o arbitral para solucionar a lide existente entre elas.

Hodiernamente, não há mais fundamento para a discussão sobre a constitucionalidade da arbitragem, que está sedimentada tanto na doutrina quanto na jurisprudência, em virtude dela ser opcional (diante da disponibilidade do direito veiculado) e não obrigatória. A obrigatoriedade, portanto, é que a tornaria inconstitucional.

As construções acadêmicas mais recentes do direito convergem, cada vez mais, para a questão de conferir máxima efetividade às disposições jurídicas normativas, formulando concepções teóricas sobre hermenêutica constitucional, força normativa dos princípios, atuação positiva do Poder Judiciário na aplicação e integração das normas constitucionais, entre outras formulações, cujo aparato teórico resultante tem repercutido nos mais diversos ramos da ciência jurídica – seja material ou processual.

A arbitragem entende as partes como responsáveis por suas ações e traz uma liberdade procedimental e material, inclusive dando ao árbitro a possibilidade do julgamento por equidade, ou a partir de outros ordenamentos jurídicos (CARMONA 2009).

Ao comentar sobre a natureza da arbitragem, Freddie Diddier Jr (2013), em referência ao então Projeto de Lei do Novo Código de Processo Civil, que a Arbitragem foi entendida pela concepção majoritária, a arbitragem é jurisdição. Ainda comentando o mesmo autor, o caput do artigo terceiro indica o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, enquanto, que, a jurisdição civil estatal será regulada pelo Código de Processo Civil, o processo civil será regulado por um microsistema jurídico próprio, tendo o Código de Processo Civil, aplicação subsidiária. (DIDDIER JR., 2013)

É interessante notar que diversos princípios do ordenamento jurídico processual e material também são compartilhados pela arbitragem, tais como princípio da igualdade, contraditório, ampla defesa, devido processo legal entre outros<sup>16</sup>. Um dos princípios adotados pela arbitragem é o princípio da Autonomia da Vontade das partes, há liberdade para que tanto o direito material e processual, sejam escolhidos, acrescentando-se a equidade, princípios gerais do direito, usos, costumes e direito estrangeiro (CARMONA 2009).

A aplicação do princípio da autonomia na resolução do conflito representa clássica viragem interpretativa e de aplicação do pós-positivismo, uma vez que se reconhece a produção da norma não pelo texto de lei e sim, pela interpretação. A autonomia nas escolhas dos princípios de formação da sentença seria das partes, contrariando, frontalmente a autonomia da lei.

Diferentemente do Poder Público, por estar na esfera privada, os usos e costumes e até a LEX MERCATORIA, poderá ser utilizada na solução de um caso concreto. Ao se negociar no âmbito internacional poderá ocorrer impasses que poderão ser resolvidos a partir da LEX MERCATORIA, que segundo Carmona (2009) seria o conjunto de princípios gerais e regras geradas pelos costumes do comércio internacional sem referência a sistema legal específico.

Afirma Didier (2017) que a arbitragem consiste em uma técnica de solução de conflitos através da qual os conflitantes buscam em uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e 'imparcial' do litígio. É, portanto, heterocomposição. Historicamente, essa interferência, em geral, era confiada aos sacerdotes, cujas ligações com as divindades garantiam soluções acertadas, de acordo com a vontade dos deuses; ou aos anciãos, que conheciam os costumes do grupo social integrados pelos interessados.

Ainda segundo Fredie Didier (2017) a arbitragem é antiga um meio de solução de conflitos fundada no passado, na vontade das partes de submeteres a decisão a um determinado sujeito que, de algum modo, exercia forte influência sobre elas, sendo, por isso, extremamente valorizadas suas decisões. Assim, surge a arbitragem,

figurando como árbitro o ancião ou o líder religioso da comunidade, que intervinha no conflito para resolvê-lo imperativamente.

Segundo Neves, (2017), na atualidade, a arbitragem mantém as principais características de seus primeiros tempos, sendo uma forma alternativa de solução de conflitos fundada basicamente em dois elementos, quais sejam, a escolha pelas partes de um terceiro de sua confiança que será responsável pela solução do conflito de interesses e, a impositividade da decisão desse terceiro, que tem poderes para solucionar o conflito independentemente da vontade das partes.

Certo é que, a lei Arbitral Brasileira rompeu com um velho preconceito existente no Direito Brasileiro ao equiparar a cláusula compromissória ao compromisso arbitral, sendo ambos capazes de ter como efeito a instauração da Arbitragem. Abandonou-se assim, a ideia de que o descumprimento da cláusula compromissória só seria capaz de gerar o direito a percepção de uma indenização por perdas e danos. A Lei de Arbitragem cria a figura genérica da convenção de Arbitragem, ato jurídico privado cujo efeito é a instauração da arbitragem. (CÂMARA, 2009)

A arbitragem, como visto acima, é o método pelo qual as partes outorgam a uma pessoa ou um grupo de pessoas a tarefa de pacificar um litígio. São pessoas escolhidas pelas partes para proferirem decisões com o mesmo conteúdo e a mesma força das sentenças judiciais. Em outras palavras, as partes buscam pessoas de confiança delas, que entendem da matéria objeto do conflito e decidem permitir que esta parte componha o litígio existente entre elas. A doutrina especializada aponta como principais benefícios da arbitragem a celeridade, a confidencialidade, o conhecimento técnico da matéria objeto do litígio pelo árbitro que decidirá o litígio, a informalidade do procedimento e o custo, este último questionado por muitos, vez que, a depender da Câmara ou Tribunal Arbitral escolhidos e da complexidade da matéria envolvida, os custos podem ser elevados.

Mas, a grande vantagem da jurisdição arbitral consiste, sobretudo, na efetividade de sua prestação, em consonância com o princípio da razoável duração do processo, sem que se perca de vista, o respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório.

## 5. ACESSO À JUSTIÇA

---

A crise do judiciário ao redor do mundo faz ressurgir a demanda pelos métodos alternativos de resolução de disputas. Mauro Cappelletti (1999) destaca a relevância dos métodos alternativos de solução de disputas na pacificação dos conflitos sociais, tendo em vista que, deve haver consciência da responsabilidade de todos, a fim de contribuir para fazer que o direito e os remédios legais reflitam as necessidades, problemas e aspirações atuais da sociedade civil; destacando, entre essas necessidades a de desenvolvimento de alternativas aos métodos e remédios, tradicionais, sempre que sejam demasiado caros, lentos e inacessíveis ao povo, que faz emergir o dever de encontrar alternativas capazes de melhor atender às urgentes demandas de um tempo de transformações sociais em ritmo intensa velocidade.

Entre os métodos alternativos de solução de disputas, a arbitragem e a mediação revelam sua importância e passam a ter importante papel na efetivação do acesso à justiça, como garantia constitucionalmente assegurada.

Mister trazer à colação o posicionamento de Lênio Luiz Streck (2008), ao tratar do que chama de "barreiras à plena implementação do novo paradigma representado pelo Estado Democrático de Direito", (2008, p.283) quais sejam, as fontes sociais (característica superada pelo constitucionalismo compromissório e dirigente), a separação entre direito e moral (superada pela co-originariade entre direito e moral, assumindo especial relevância, neste aspecto, os princípios como introdução do mundo prático no direito) e a discricionariedade (superada por uma hermenêutica não relativista, para além das posturas analítico-metódicas que sustentam as diversas posturas ainda arraigadas ao esquema sujeito-objeto, cerne de qualquer positivismo que ainda resiste ao novo constitucionalismo.

Em verdade, a mudança no paradigma do acesso à justiça, passa também pela possibilidade de efetivação do direito das minorias, ainda que estas não sejam detentoras do poder.

Kelsen, (2000) historicamente, foi o primeiro a falar princípio da maioria, e como o domínio ilimitado da maioria sobre a minoria

compromete a existência jurídica destas minorias e não assegura a igualdade de direitos. Afirma que: “o princípio das maiorias divide a totalidade dos súditos em dois grupos contrapostos (maioria e minoria), suscita a possibilidade de um compromisso, que significa um pacto para eliminar o que os separa” (2000, p.413).

Em verdade, ao atuar contramajoritariamente a Corte Constitucional assegura a aplicação do princípio da igualdade consistente em tratar desigualmente os desiguais, consoante célebre lição de Rui Barbosa, que segue: “a regra da igualdade não consiste senão em quinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desigualem. Nesta desigualdade social, proporcionada à desigualdade natural, é que se acha a verdadeira lei da igualdade”. (BARBOSA, 1962, p. 54)

Segundo Geraldo Ataliba (1987), na democracia, onde as maiorias elaboram as leis e elegem os governantes, as minorias não têm força e sua única proteção está no Judiciário, que *a priori* não está comprometido com a maioria, logo não precisa agradá-la, sendo seu único compromisso com a Constituição, sendo, portanto, independente para ao aplicar o direito defender minorias e maiorias, de acordo com o ordenamento em vigor.

Ran Hirschl (2012) aborda a questão referindo-se a: “dificuldade contramajoritária ou a tensão entre princípios do governo democrático e o *judicial review*.” (p.33). Alerta ainda, para a questão dos juízes que desejam o poder, o papel dos tribunais e como equilibrar o ativismo judicial, com os anseios da Constituição, sobretudo no que tange aos princípios fundamentais da separação de poderes e da existência da democracia.

Logo, no pós-positivismo, a efetivação do acesso à justiça passa não apenas pela ressignificação da jurisdição, mas também, pela atuação contramajoritária da Corte Constitucional pode levar a efetivação de direitos fundamentais à minorias, o que demonstra que o Tribunal Constitucional está legitimado a efetivar o Estado Democrático de Direito e assim, ser de fato o guardião da Constituição, porquanto qualquer tipo de exclusão jurídica de grupos minoritários vai de encontro aos valores constitucionalmente fixados.

Assim sendo, cabe a transcrição de parte do julgado proferido do Agravo regimental em sede do RE 477.554/MG:

“Para que o regime democrático não se reduza uma categoria político-jurídica meramente conceitual **ou** simplesmente formal, **torna-se necessário assegurar**, às minorias, **notadamente** em sede jurisdicional, quando tal se impuser, **a plenitude de meios** que lhes permitam exercer, de **modo efetivo**, os direitos fundamentais que a todos, sem distinção, são assegurados, **pois ninguém** se sobrepõe, nem mesmo os grupos majoritários, **aos princípios superiores** consagrados pela Constituição da República”. (2011, p. 318).

Para Kelsen, (2000) incumbe ao Poder Legislativo (que ele prefere denominar de função legislativa) estabelecer as normas jurídicas, ou seja, as regras gerais e abstratas, enquanto que ao Judiciário compete realizar atividades individualizadas, sendo as sentenças atos de exteriorização da atividade jurisdicional, competindo à jurisdição realizar atos de coação.

Hans Kelsen (2007) registra ainda que a diferença entre as funções jurisdicionais e legislativas se encontra que a segunda cria normas gerais, enquanto a segunda cria apenas normas individuais.

Cappelletti (1999, p. 74) ressalva que, embora substancialmente tanto o processo jurisdicional como o legislativo resultem em criação do direito (*law making processes*), “diverso é o modo, ou se se prefere o procedimento ou estrutura desses dois procedimentos de formação do direito, e cuida-se de diferença que merece ser sublinhada para se evitar confusões e equívocos perigosos”.

O ex-ministro Carlos Veloso (1991, p.69-70) registrou que: “guardiães da Constituição, devemos interpretá-la no sentido de impedir a edição da medida provisória, tendo em vista a circunstância ocorrente”.

Segundo Kelsen (2007, p. 132), a Constituição não é apenas uma regra de procedimento, mas também uma regra de fundo, na medida em que estabelece princípios ou diretivas a serem observados pelos graus inferiores da ordem jurídica. Justamente por isso, “uma Constituição em que falte a garantia da anulabilidade dos atos

inconstitucionais não é plenamente obrigatória, no sentido técnico”. (KELSEN, 2007, p. 179).

Partindo do conceito de regularidade como a “relação de correspondência de um grau inferior com um grau superior da ordem jurídica”, Kelsen (2007, p. 126) conceitua as garantias da Constituição como “garantias de regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantias da constitucionalidade das leis” Daí a importância do controle de constitucionalidade, que “deve ser exercido tanto sobre o procedimento segundo o qual o ato foi elaborado como sobre o seu conteúdo, se as normas do grau superior também contiverem disposições sobre esse ponto” (KELSEN, 2007, p. 164).

É justamente no pensamento de Kelsen acerca do controle de constitucionalidade das normas que se desenvolve a concepção de um Poder com a finalidade precípua de promover a guarda da Constituição.

Segundo Hans Kelsen (2007) é comum a distinção das funções estatais e em execução e legislação, as quais costumam se opor como a produção ou criação do direito, do mesmo modo que se opõem à mera aplicação do direito se considerado como simples reprodução. Destaca ainda, que essa oposição não é absoluta, cabendo à Constituição regular na essência a elaboração das demais leis.

Kelsen (2000) aduz também que a doutrina que precisou separar os poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário nasceu como postulado político, no qual seu criador Montesquieu pelo princípio da moderação política buscou equilibrar a autocracia e a democracia extremas.

Para Ran Hirshl (2012) a delimitação dos campos de atuação dos poderes, sobretudo Legislativo e Judiciário fica mais difícil em face da dificuldade em lidar com as questões da megapolítica, que envolve direitos coletivos de grande abrangência social e que são comuns no estado moderno do bem estar social.

Para Conrado Hubner Mendes: “a democracia é o esperanto político do sec. XX, a língua franca que todos os regimes procuram

falar, independentemente de suas diferenças...” (2011, p. 341). Afirma também que deve haver um desempenho deliberativo e o defende como ferramenta necessária de avaliação e aperfeiçoamento da adjudicação constitucional, o qual, engloba quatro parâmetros: “transparência e sinceridade”; “densidade e consistência jurisprudencial”; “abertura par deliberação interinstitucional” e “atitude crítica e construtiva perante a comunidade global de cortes” (2011, p.349-350).

ZUCKERMAN, (1999), analisa a crise mundial do Judiciário e seus efeitos na sociedade. Segundo o autor, a maioria dos sistemas de solução de litígios apresenta sérias falhas, que comprometem a efetividade das decisões, a quais perpassam, entre outros fatores pela crise na administração do Judiciário, que traz morosidade e nem sempre contempla a defesa de todos os cidadãos. Destaca também que a morosidade sempre compromete a efetivação da justiça que para ser realmente concretizada deve contemplar a todos.

Para Boaventura de Sousa Santos (1999): “A democratização da administração da justiça é uma dimensão fundamental da democratização da vida social, económica e política..” (pág. 154)

Boaventura (1999) também assinala que a constituição interna do processo inclui uma série de orientações, dentre as quais destaca um maior envolvimento e participação dos cidadãos, seja, individualmente ou em grupos organizados, na administração da justiça; a simplificação dos atos processuais e o incentivo à conciliação das partes; o aumento dos poderes do juiz; a ampliação dos conceitos de legitimidade das partes e do interesse em agir.

Verifica-se aí que a ressignificação do conceito de jurisdição, abrange também a ampliação do acesso à justiça, a qual deve ser sempre democrática.

No que tange à democratização do acesso à justiça, Santos (1999) defende a necessidade de criação de um Serviço Nacional de Justiça, que deve abranger um sistema de serviços jurídico-sociais, gerido pelo Estado e pelas autarquias locais com a colaboração das organizações profissionais e sociais, as quais devem garantir a

igualdade do acesso à justiça das partes das diferentes classes ou estratos sociais.

Se compararmos Boaventura (1999) e Kelsen (2007) e Cappelletti (1999) concluímos que o verdadeiro acesso à justiça não deve limitar a eliminar os obstáculos econômicos ao consumo da justiça por parte das minorias economicamente desfavorecidas, mas deve tentar também remover os obstáculos sociais e culturais, esclarecendo os cidadãos sobre os seus direitos.

Deste modo, o pós-positivismo ao ressignificar a jurisdição, também amplia os mecanismos de acesso à justiça, o que vem a fortalecer os princípios constitucionais, e , por conseguinte, o Estado Democrático de Direito.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

Isto posto, conclui-se que no pós-positivismo, o conceito de jurisdição foi ampliado porque além da jurisdição estatal, a jurisdição arbitral tem grande importância para resolução de conflitos.

Destaca-se dentre as mudanças promovidas pelo pós-positivismo, o papel do intérprete que deverá ter uma postura construtiva, atribuindo sentido ao enunciado legal; o sistema jurídico passa a ser visto como aberto/complexo, e caracterizado pela interdisciplinariedade; o reconhecimento da supremacia da Constituição reflete a normatividade dos princípios; trabalha-se no âmbito do poder ser e, reina na hermenêutica o método ponderativo (prudência), com domínio do valor justiça, com destaque para o papel ativo do juiz, na função de verdadeiro produtor do direito.

Deste modo, evidencia-se que a função jurisdicional é ampliada pelo ativismo judicial, que passa a ter poderes mais amplos, próprios de um novo modelo normativo, com ampla influência principiológica. Neste diapasão, assinala-se que este poder está limitado também, por um princípio que é o da motivação das decisões judiciais.

Finalmente, conclui-se que a jurisdição constitucional (especialmente quando exercida por Tribunais ou Cortes Constitucionais) é função estatal cujo desempenho tem contribuído para preservar o

equilíbrio na atuação dos poderes, garantindo a unidade política do Estado.

Ao final, é mister frisar que a ressignificação da jurisdição no pós-positivismo, estabelece de maneira clara a coexistência entre a jurisdição estatal e a jurisdição arbitral, onde ambas são partícipes de um mesmo sistema constitucionalmente posto, que objetiva em última análise a preservação da essência do acesso à justiça, que encontra-se consubstanciada nos direitos fundamentais que são essenciais para manutenção do Estado Democrático de Direito.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ABBOUD, Georges e OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. *A Gênese do Controle Difuso de Constitucionalidade – Cidadania e Democracia na Conformação das Atribuições do Judiciário no Marco de um Estado de Direito* in Revista de Processo, Ano 39. Vol. 229, p.433-452. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ABBOUD, Georges. *Discricionariedade Administrativa e Judicial. O Ato Administrativo e a Decisão Judicial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALEXY, Robert. *Direito Constitucional e Direito Ordinário. Jurisdição Constitucional e Jurisdição Especializada* in Revista dos Tribunais, ano 92, vol. 809, março 2003. São Paulo: RT, 2003.
- ALMEIDA, Ricardo. Ramalho. *Arbitragem interna e internacional*. Rio de Janeiro, 2007.
- ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem*. Belo Horizonte: Mandamento, 2005,
- ATALIBA, Geraldo. *Judiciário e minorias* in R. Inf. Legisl.. Brasília, a. 24, n. 96,out./dez. , 1987 (p.189-194).
- BARBOSA, Rui; MELO, G. C. de. *Rui Barbosa Textos Escolhidos*. Rio de Janeiro: Livraria AGIR Editora, 1962.
- BARROSO, Luiz Roberto. *CONTRAMAJORITÁRIO, REPRESENTATIVO E ILUMINISTA: OS PAPÉIS DAS CORTES CONSTITUCIONAIS NAS DEMOCRACIAS CONTEMPORÂNEAS* in <https://www.conjur.com.br/dl/notas-palestra-luis-robertobarroso.pdf>. 2014. Acesso em 29/03/2019.
- \_\_\_\_\_. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática* in Anuário Iberoamericano de Justicia Constitucional, n.13. Madrid, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1995.

- BRASIL. Lei 9.307, de 23 de setembro de 1996. Publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996.
- BRITO, Edvaldo. *Jurisdição Constitucional: Controle de Constitucionalidade no Direito Brasileiro. Inconstitucionalidades das Reformas. Efetividade dos Direitos Fundamentais* in Revista Erga Omnes, Ano 5, n. 7, p. 35-52, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Limites da Revisão Constitucional*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.
- CÂMARA, Alexandre. Freitas. *Arbitragem Lei 9307 de 1996*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.
- CAMBI, Eduardo. *Uniformização da Jurisprudência e Precedentes Judiciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, volume 978, 2017.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: S. A. Fabris, 1999.
- \_\_\_\_\_. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Trad. Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1984.
- CARMONA, Carlos. Alberto. *Arbitragem e processo*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CARMONA, A. *Arbitragem e Processo: Um comentário à Lei de Arbitragem* (3ª edição), Editora Atlas, São Paulo, 2009. Arbitragem, (coord.), Ed. Atlas, São Paulo, 2007. O processo arbitral, in Revista de Arbitragem e Mediação v.1, pp. 21/31 [Janeiro-Abril 2004].
- COMPARATO, Fabio Konder. *A remodelação na cúpula do Judiciário*. Folha de São Paulo. São Paulo, 2019.
- \_\_\_\_\_. *Ética: Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *A Arbitragem no Novo Código de Processo Civil*. Revista Eletrônica Ad Judicia, Ano I, número I, 2013, Porto Alegre RS, Brasil.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil. Parte Geral e Processo de Conhecimento*. 20. ed. Salvador: Editora JusPodvim, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. 2ª. edição. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERRI, Carlos Alberto, Estevão Campos e Jonatas Roberto de Oliveira. *Da resolução de conflitos através da arbitragem: o afastamento do positivismo clássico*. Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva | Belo Horizonte | n.34 | p 109-119| set./dez. 2017 | ISSN 1678 8729, disponível em: <http://npa.newtonpaiva.br/direito>, acesso em 10/06/2019.

- HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia. Entre facticidade e validade*. Vol. II, Tradução Flávio Breno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- HIRSCHL, Ran. *A Judicialização da Megapolítica e o Surgimento dos Tribunais Políticos in Judicialização da Política*; Organizador Luiz Moreira. 1ª. Edição. São Paulo: 22 Editorial, 2012.
- \_\_\_\_\_. *O Novo Constitucionalismo e a Judicialização da Política Pura no Mundo*. Tradução de Diego Werneck Arguelhes e Pedro Jimenez Cantisano. São Paulo: Revista de Direito Administrativo, vol. 251, 2009.
- KELSEN, Hans. *Jurisdição Constitucional*, 2ª. Ed. Tradução Alexandre Drug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- MARANHÃO, Ney. *O Fenômeno do Pós-positivismo*. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/13387/o-fenomeno-pos-positivista>. Acesso em: 20/06/2019.
- MENDES, Conrado Hubner. *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. New York: Oxford University Press, 2013.
- \_\_\_\_\_. *Desempenho deliberativo de cortes constitucionais e o STF in Direito e Interpretação: Racionalidades e Instituições*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 6ª.ed. , São Paulo: Saraiva, 2014.
- MONTORO, Angel V. Gomez. *El Conflicto Entre Organos Constitucionales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992.
- REALE, Miguel.
- RECURSO ESPECIAL n. 215881/PR. Relator: Ministro Franciulli Netto. Acesso em 29/03/2019 em [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br).
- ROCA, F. Javier Garcia. *El Conflicto Entre Organos Constitucionales*. Madrid: Editora Tecnos S.A., 1990.
- \_\_\_\_\_. *El Tribunal Constitucional como Tribunal de Conflictos: los conflictos constitucionales in Revista Brasileira de Direito Constitucional*, n.1, Jan./Jun., 2003, p. 41 a 77.
- ROYO, Javier Perez. *Tribunal Constitucional y Division de Poderes*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2014
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade*. São Paulo: Cortez, 1999

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana : em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

STRECK, Lenio Luiz. *A Crise Paradigmática do Direito no Contexto da Resistência Positivista ao (Neo)Constitucionalismo*. In *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Suplemento Especial Comemorativo. Belém. v. 41, n. 81, Jul./Dez./2008.

ZUCKERMAN, Adrian A.S. *Civil Justice in Crisis: Comparative Perspectives of Civil Procedure*. New York, Oxford, 1999.

## Capítulo II

# Direitos humanos e soberania popular como fontes de legitimação do direito moderno

*Augusto Checue Chaimite\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Soberania popular; 3. Iluminismo ; 3.1. Contexto histórico e influência na legitimação do direito; 6. Função do Direito no mundo moderno; 7. Teoria justificadora dos direitos fundamentais; 8. O direito natural; 8.1. O pensamento de John Locke ; 9. Direito positivo; 9.1. Pensamento de Hans Kelsen; 10. Fundamentos dos direitos humanos ; 11. Considerações finais; 12. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Neste presente trabalho de pesquisa, que tem como temática ***direitos humanos e soberania popular como fontes de legitimação do direito moderno***. Vivemos em uma época onde as constituições modernas por toda parte do globo, tendem de uma forma precisa versar sobre a aplicação efetiva dos direitos fundamentais, por influência da declaração universal dos direitos humanos, instrumento aprovado pelas Nações Unidas. Contudo, verifica se ainda certa anomalia na efetivação desses direitos, com isso, sendo o povo detentor da soberania popular clama em voz alta para que os direitos fundamentais mínimos para existência com dignidade sejam respeitados pela classe política.

Pretendemos neste artigo discutir a questão da soberania popular como fonte de legitimação do direito moderno contraposto com

---

(\*) Graduado pela **universidade Zambeze de Moçambique** e mestrando em direito pela **universidade Federal da Bahia**. Ativista de direitos humanos em Moçambique, jurista, colaborador do Centro de estudo, inovação e formação avançada (**CEIFA**), onde é orador sobre direitos de propriedade intelectual, elaboração de projetos e incubação de pequena e medias empresas.

os direitos humanos, entendidos com sendo inerentes ao próprio ser humanos pelo simples fato de existir, fundamentais para a sua existência com dignidade. E, demonstrar a importância do princípio soberania popular como meio que os cidadãos têm para pressionar o Estado a lhes instituir e efetivar os direitos fundamentais.

O estudo deste tema é crucial, na medida em que a sociedade atual vive um dilema em torno da legitimação do direito, uma vez que a um excesso de regulamentação das situações ou fatos sociais, mas nota-se várias vezes inconsistências na sua efetiva aplicação na vida dos cidadãos. Em algumas sociedades chega-se a colocar em causa a legitimidade do próprio direito.

O direito que importa discutir não é o sistema fechado reservado a especialistas, mas a instituição social aberta a moralidade que brota da sociedade. Com enfoque no respeito da soberania popular. Neste âmbito reiteramos que dessa compreensão do direito não separar o jurídico do político. Demonstraremos uma visão rica de democracia, deliberativa ou participativa, não limitada a questão do regime político, mas conectada ao Estado de direito, isto é, ao grau de efetividade dos direitos da cidadania na sociedade.

Neste sentido, o direito aparece indissolúvelmente ligado a soberania popular, cujo desenvolvimento depende das condições de comunicação e procedimentos de formação da opinião e da vontade democrática, únicas fontes de legitimação das leis e políticas governamentais.

## **2. SOBERANIA POPULAR**

---

A soberania popular é a doutrina segundo o qual o Estado é criado e sujeito a vontade das pessoas, que são a fonte de todo o poder político. Este princípio democrático está intimamente ligado a grandes filósofos contratualista como são conhecidos, nomeadamente: Thomas Hobbes, John Locke Jean Jacques Rousseau Voltaire e Barão de Montesquieu. O embasamento principal destes teóricos é que a legitimidade do governo ou da lei está baseada no povo. Na medida em que os cidadãos decidem em contrato social, abrindo mão

voluntariamente de alguns direitos, em troca de proteção dos perigos e riscos de um Estado natural.

Entretanto, o Jean Bodin no seu livro a república conceitua a soberania como sendo o poder perpetuo de uma República. Ressaltando que o termo república, atualmente deve entender se como Estado. Neste sentido, a soberania não é limitada pelo poder, cargo, nem por lei, mas sim pela vontade do povo.

Por sua vez o Jacques Rousseau, filosofo iluminista francês do século XVIII, na sua obra o contrato social reforça a ideia de que a soberania popular se mantinha apesar dos governados passarem o poder para os governantes. Ou seja, apesar do povo ter dado o poder ao Estado através do contrato social, estes continuavam, ainda assim, a ter o direito à liberdade e igualdade, podendo usá-lo quando a autoridade política se afastasse dos fins no qual foi instituído. Neste sentido, a autoridade política podia e devia ser legitimamente derrubada pelo povo. Uma vez que não consegue resolver os problemas no qual foi criado como fim último institutivo.

O princípio da soberania popular é notoriamente materializado nos direitos a comunicação e a participação que asseguram a autonomia pública dos cidadãos. A legitimação do direito surge na garantia equânime da autonomia privada e pública. Entretanto, as leis se expressam nos direitos humanos para garantir a liberdade de atuação dos cidadãos do Estado. Com isso, a materialização da autonomia política dos cidadãos se concretiza da auto-organização de uma sociedade civil que atribui a si mesma suas leis, por meio da vontade soberana do povo. A autonomia privada dos cidadãos embasa se nos direitos fundamentais que ensejam o respeito pela dignidade da pessoa humana.

O republicanismo como é notória hoje, da primazia a autonomia pública dos cidadãos do Estado em comparação com as liberdades das pessoas em particular que antecedem a política. A legitimidade dos direitos humanos se deve ao resultado de um auto entendimento ético e de uma autodeterminação soberana de uma comunidade política. O liberalismo assim como é concebida atualmente postula uma primazia aos direitos humanos, que veda qualquer ataque a esfera de liberdades subjetivas.

---

### 3. ILUMINISMO

---

#### 3.1. Contexto histórico e influência na legitimação do direito

---

O movimento iluminista ocorreu precisamente entre os anos 1680 a 1780, em toda a Europa, sobretudo na França, no século XVIII. O iluminismo caracteriza-se fundamentalmente pela importância dada à razão. Uma vez que a razão encaminharia o homem à sabedoria e o conduziria à verdade. BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO (1998, p. 605).

É preciso ressaltar que o iluminismo representou o ápice das transformações culturais iniciadas no século XIV pelo movimento renascentista, PAZZINATO (1992, p. 98). Conhecido também como século das luzes.

O iluminismo propagou-se por toda a Europa por causa de um sistema fundiário moroso, de caráter aguçado, que gerou insatisfação nos diversos setores da sociedade ocidental, nomeadamente entre os burgueses e os pequenos camponeses.

A teoria iluminista foi amplamente apoiada e discutida por grandes filósofos e intelectuais da época, com isso, Voltaire (1694-1778). Assumiu um papel muito crítico onde abordava os privilégios da nobreza e do clero. Certamente, o iluminismo pregava a liberdade de expressão e a igualdade de direitos, lutava contra a opressão absolutista.

Neste sentido, o movimento iluminista deve ser visto como sendo defensor da razão humana, liberdade individual, igualdade entre os cidadãos, que procura influenciar a humanidade a se libertar das opressões dos regimes totalitários da época em que não permitia o exercício normal das liberdades individuais e coletivas dos cidadãos, uma vez que os poderes do Estado estavam concentrados no único indivíduo máximo o monarca ou Rei, que decidia sobre todos os assuntos interno e externo sobre o Estado.

O iluminismo representa a saída dos seres humanos de uma tutela que estes mesmos se impuseram a si. Tutelados são aqueles

que se encontram incapazes de fazer o uso da própria razão independentemente da direção de outrem. Esse culpado da própria tutela quando esta resulta não de uma deficiência ou entendimento, mas da falta de resolução e coragem para se fazer uso do entendimento independentemente da direção de outrem. Tem coragem de fazer o uso da própria razão esse é o lema do iluminismo. FORTES (1985, p. 83).

Neste sentido, o iluminismo lutou bastante para a emancipação do ser humano, liberdade como instrumento para a busca do esclarecimento. O iluminismo contribuiu bastante para a massificação da soberania do povo perante a burguesia, uma vez que se empenhava para denunciar os privilégios da nobreza e dos cleros, numa sociedade onde a maioria estava entregue a sua própria sorte.

É importante ressaltar, como as ideias iluministas Francesas influenciaram as instituições políticas modernas. Atualmente a maioria dos países mantem algumas características do iluminismo. Com enfoque na liberdade, igualdade e perseverança de que a soberania do Estado reside no povo e não na minoria política.

O iluminismo não foi um movimento homogêneo, quer dizer, não se trata de um conjunto de ideias sistemáticas ou de escola. Trata-se de uma postura e uma mentalidade em comum que envolve filósofos, matemáticos, físicos, de intelectuais de uma determinada época que procuravam, acima de tudo, se deixar guiar pelas luzes da razão para dar sua contribuição ao progresso intelectual, social e moral.

A razão desempenha um papel importante no crescimento moral e intelectual do cidadão, pois esta conduz ao conhecimento, ao esclarecimento. A liberdade é ao mesmo tempo crucial na medida em que vai permitir que o cidadão consiga usufruir do uso público da razão.

Kant (1985, p. 100) ensina que: o homem não pode renunciar ao esclarecimento, pois é um direito sagrado da humanidade, não podendo nem mesmo um governante decidir sobre o esclarecimento do seu povo, ressalta o mesmo autor de que o governante deve ser a fonte para a busca do esclarecimento.

Os filósofos iluministas tinham um ideal muito forte pela liberdade com afirmação Diderot o espírito do nosso século parece ser da liberdade. O homem não deveria se guiar pelo pensamento dos outros, deve deixar de lado as ideologias que cerceiam a liberdade e se voltando para a razão. (FORTES, 1985)

Os iluministas acreditavam no ideal da extensão dos princípios do conhecimento crítico a todos os campos do mundo humano. E, acreditavam que isso, poderia contribuir para o progresso da humanidade e para a superação dos resíduos de tirania e vivida na idade média. Os iluministas associavam o ideal do conhecimento crítico a tarefa do melhoramento do Estado e da sociedade. Este pensamento contribuiu bastante para a emancipação da soberania popular do povo amplamente defendida por John Locke, com base nisso fala-se de uma moral natural, uma religião natural e um direito natural.

O iluminismo se prende a escola do direito natural e acredita poder construir um corpo de normas jurídicas universais e imutáveis [...] para explicar os princípios de direito natural, recorre-se como no século XVII, a natureza humana em si e, abstraída das modificações resultantes da ação da civilização sobre o homem, supondo, como hipótese, um status naturae anterior a sociedade civil e definindo os direitos que o homem já deve ter tido neste Estado primitivo, isto é, os direitos que pertencem a sua dignidade pelo simples fato de ser homem. BOBBIO, MATTEUCCI, PASQUINO (1998, p. 607).

Neste sentido, nota-se que o iluminismo contribuiu imenso na conscientização do conhecimento da razão conseqüentemente uma maior amplitude da liberdade e reivindicação de mais direitos para os cidadãos. Com o crescimento do iluminismo houve um aumento significativo sobre a consciência de que a soberania do Estado residia no povo, ou seja, o povo desempenha um papel importante na estruturação do Estado democrático de direito.

#### **4. DIREITO E DEMOCRACIA**

---

Atualmente, a sociedade vê como instrumento de opressão a serviço dos ricos e dos poderosos e também daquelas nações que tem domínio sobre as outras, mesmo perante a chamada igualdade

entre os Estados, e não interferência nos assuntos internos. Em algum momento aparece como domínio exclusivo de especialistas, advogados e juristas. No entanto, no mundo contemporâneo estamos habituados a não ver nenhuma relação entre o direito e democracia, cuja a estabilidade associamos a instituições de representação, eleições direitas e regulares e sistemas partidários. Nas universidades, essas duas áreas de conhecimento também se apresentam separadamente, o estudo do direito é atribuído as ciências jurídicas ao passo que, o estudo da democracia está reservado a ciência política.

O Estado, como instância central autorizada através do contrato social a agir em nome de todos, surge como organização supra e capaz de aplicar e efetivar legitimamente através do poder coercitivo que possui para que as normas jurídicas sejam respeitadas. Para fazer cumprir este proposito o Estado utiliza se de suas capacidades para a organização destinada a manter, tanto para fora como para dentro, a identidade da convivência juridicamente organizada. HABERMAS (1997, p. 170)

Não há dúvidas de que, existe uma intima ligação entre o direito e a democracia na medida em que uma depende da outra para sua concretização, efetivação e vigência. Com isso, surge o seguinte pressuposto geral de que no sistema jurídico ocidental: todos os cidadãos independentemente do seu status social são dotados de um grau básico de autonomia e responsabilidade premissa que torna:

Todo o cidadão uma pessoa jurídica, portadora de direitos e obrigações formalmente iguais, não só no domínio político, mas também nas obrigações contratuais, civis, criminais e tributarias. Nas relações com órgãos estatais e em outras esferas da vida social. (DONNELL, 1998, P. 39).

O Estado é necessário como poder de organização, de sanção e de execução, na medida em que os direitos fundamentais têm de ser implantados, implementados e efetivados, uma vez que a comunidade de direito precisa de uma jurisdição organizada e de uma força para estabilizar a identidade, e porque a formação da vontade política cria programas que tem que ser executados. Esses aspectos não constituem meros complementos, funcionalmente necessários para

o sistema de direito. O poder político só desenvolver-se através de um código jurídico institucionalizado na forma de direitos fundamentais. HABERMAS (1997, p. 171)

Decerto, para se garantir a autonomia das pessoas individual ou coletivamente consideradas, as instituições do Estado que cidadão através do contrato social lhes concedeu a responsabilidade na efetivação dos seus direitos fundamentais, Estado-nação deve assegurar os direitos humanos. A doutrina dominante adota o princípio da autonomia das pessoas para teorizar sobre a ligação entre direito e democracia.

No mundo moderno, todo domínio político é manifestamente exercido sob a forma de direito, aliás o direito é a concretização da política porque este na sua atuação tem de observar a legalidade dos seus atos sem descurar da discricionariedade. Mas existem ordens jurídicas em que o poder político ainda não foi domesticado sob a forma de Estado de direito. Igualmente, existem Estados de direito em que o poder governamental ainda não foi democratizado. Sintetizando, há ordens jurídicas estatais sem instituições próprias de um Estado de direito, e ao mesmo tempo, há Estados de direito sem constituições democráticas. Este é um problema ainda longe de se resolver principalmente no médio oriente. Onde a opinião pública tem defendido que democracia e coisa típica do ocidente e Estados Unidos, não tendo espaço e mecanismos de efetivação no seio oriental.

## **5. LEGITIMIDADE DO DIREITO**

---

A concepção da ideia de legitimidade vem desde a Grécia antiga, desde a política de Aristóteles ao questionar a virtude em obedecer aos comandos da alma. Entre o tema ganha relevância como resultado de uma convergência de preocupações dos estudiosos romanos sobre as fontes últimas da noção de autoridade e qual meio os legitima.

De ponto de vista de Jose Eduardo faria a herança do pensamento clássico parece ter sido a consciência, em termos de legitimidade do sistema político, de uma correspondência com as necessidades públicas, de um lado, e com os preceitos éticos do humanismo, de outro.

Deste modo, surge a problemática da distinção entre legalidade e autoridade, que em Roma, entendia-se entre poder e autoridade. Enquanto que a autoridade era verdade socialmente reconhecida, o poder era força socialmente reconhecida e aceite. A autoridade não era entendida como é atualmente poder, mas como uma qualidade relativa à experiência dos mais velhos, os fundadores de Roma.

No século seguinte, atribui-se a legitimidade a fatores transcendentais, dando assim poderes divinos aos reis, calçada na transmissão hereditária do poder via patriarcado bíblico, e assim permaneceram como justificação das ordens jurídicas políticas vigentes até princípios do século XIX, quando sua influência residual se esvaiu com o advento das primeiras codificações.

Foi a partir do contratualismo de Locke e Rousseau que se desenvolveu uma ideia de que a autoridade é uma delegação popular, exprimindo a vontade geral em conformidade com a qual deve ser exercida, apresentando-se assim como fontes do liberalismo que sustenta a necessidade de separação de poderes.

A legitimidade do direito na era contemporânea é compreendida sob diversos pontos de vistas. Para alguns é um instrumento dos poderosos e para outros um instrumento que visa aprimorar o respeito à dignidade da pessoa humana.

HABERMAS (2003, p. 49), ao conceber o direito moderno sistematizado em normas positivas e obrigatórias com pretensão de legitimidade, atenta-se para o duplo aspecto da validade do direito, que em Kant, isto é, “normas do direito são, sob aspectos diferentes, ao mesmo tempo, leis da coerção e leis de liberdade”.

Neste contexto, a ideia base é de que o direito positivo, mesmo sucedendo o direito natural aquele inato ao próprio ser humano, pelo simples fato de existir. A pretensão de ser racional na medida em que busca garantir a liberdade e legitimidade. MELO (2005, p. 68).

Decerto, para a interpretação democrática ou republicana, o domínio das leis só poderá ser justificado na medida em que adquire validade de um processo de formação da opinião e vontade soberana popular pertença dos cidadãos. Este princípio da dominação das leis,

no Estado de direito, parece limitar a autodeterminação soberana e não pode infringir os direitos humanos positivados como direitos fundamentais, na medida que são o cerne do Estado democrático de direito. Ademais, atualmente não se pode falar de Estado de direito, se o Estado como ente público não respeita o princípio da dignidade pessoa humana assim como foi concebida pelo Kant.

Quanto à legitimidade das leis, Rurion Soares Melo preconiza que: a solução passaria a depender, então, de uma escolha entre duas alternativas concorrente, ou as leis- inclusive a lei fundamental- são legítimas somente se elas coincidem com os direitos humanos, não importando onde fundamentam sua legitimidade. Sendo assim, o legislador só pode decidir no interior desses limites impostos pela lei, de modo a ferir o princípio da soberania popular. Ou as leis-inclusive a lei fundamental só serão legítimas se elas resultam de uma formação democrática da vontade. Neste caso o legislador democrático pode criar uma constituição arbitrária e, assim também infringir a própria lei fundamental de modo a ferir a ideia do Estado de direito. (2005:68).

Atualmente, o princípio da legalidade é entendido como um dos pilares do Estado moderno, denominado de Estado democrático de direito, ligando-se a ideia grega da isonomia considerada como essência de bom governo.

Segundo o conceituado ilustre, italiano Norberto Bobbio, entende-se por “legalidade um atributo de um requisito do poder, daí dizer que um poder é legal ou age legalmente ou tem o timbre da legalidade quando é exercido no âmbito ou de conformidade com as leis estabelecidas ou pelo menos aceitas”.

Neste sentido, Norberto Bobbio ensina que a legalidade pode dividir-se em três níveis de significação: o primeiro caracterizado pela relação entre si e as pessoas do Estado por meio do qual existe um pacto ou mandato que delega poderes de governo, a serem executadas de uma forma humana e no interesse público.

O segundo nível diz respeito à relação do príncipe com os súditos no qual os governantes devem exercer o seu próprio poder unicamente pela promulgação de leis que tenham por objetivo o bem comum e

não o interesse particular desta ou daquela categoria de indivíduos. E, acrescenta que, a crença na legitimidade e, pois, o elemento integrador na relação de poder que se verifica no âmbito do Estado.

Terceiro nível, este está relacionado com a proposta dessa investigação, diz respeito à aplicação das leis em caso particulares, onde a matéria controvertida submetida aos juízes deve ser analisada e julgada tendo em atenção a dignidade da pessoa humana.

Entretanto, a concepção de legitimidade, concebe os sistemas políticos e suas regras jurídicas constitucionais, surge de uma crise de posições doutrinárias acerca da dignidade da pessoa humana, e em razão de tais transformações sociais e históricas que a noção de legitimidade está relacionada a ideia de crise.

Segundo Jose Eduardo faria:

A legitimidade é efetivamente uma crise de mudança, suas raízes estão no período de formação das modernas sociedades, das quais é possível destacar o processo de superação das monarquias aristocráticas (o que abala o prestígio das instituições conservadoras) e o gradativo ingresso de novas parcelas da população nas atividades políticas, mediante a extensão da cidadania as classes de menor poder aquisitivo. Assim os problemas da legitimidade aparecem de forma mais concreta à medida que as comunidades vão perdendo as possibilidades de governos diretos e imediatos, da mesma forma que a escolha dos preponderantes. E isso que, por exemplo, o inevitável processo de competição manifesta pluralista uma vez que não há mais condições para a designação de governantes por critérios de direito divino ou por tradição.

A problemática da legitimidade na atualidade está associada a múltiplas formas de organização política e aos diversos modos de obtenção do consenso, podendo-se afirmar que os diferentes grupos sociais encaram a legitimidade dos sistemas políticos e seus respectivos ordenamento jurídicos de maneira como seus valores particulares ajustam-se aos deles.

Pode-se, entretanto, avaliar a função social do direito como uma forma de controle da previsão de resultados, da garantia de estabilidade institucional e de pacificação dos conflitos de interesses.

Neste sentido, Antônio Carlos de Almeida Diniz, que à “dogmática jurídica tradicional induz a uma profunda reflexão sobre o fato social a luz das novas exigências e tendências derivadas de sociedade crescentemente complexas”.

Afirma-se com isto que o homem por meio do direito racional-legal vigente pode por meio das suas convicções e ponderações tomar decisões que influenciarão não apenas na vida em sociedade, mas diretamente em seus propósitos e anseios, como expressão clara de sociedade democráticas que depositam em seus governantes a legitimidade como expressão de legalidade, com fulcro nos direitos inatos do homem.

Por sua vez, o construtivismo político apresentado por John Rawls funda-se numa discussão feita pelos cidadãos ou por seus representantes, buscando sempre os princípios de justiça, política que se possa universalizar. Os seres humanos apesar de professarem doutrinas abrangentes e diversas, seriam capazes de renúncia as razões políticas objetivas.

Ensina Rawls que a legitimação da decisão política se funda na manifestação da livre vontade, seja ela movida por motivos racionais ou razoáveis. Neste sentido, a legitimidade está ligada a vários fatores: ser a pessoa inteligente e consciente; ter conhecimento dos fatos relevantes; ter tido acesso suficiente argumentos e poder analisa-los em condições favoráveis de reflexão.

Em corrente contrária, Jurguen Habermas destaca no fenômeno jurídico a possibilidade de negociação e de conseqüente aceitação livre das normas postas, em um processo de formação dialógica haverá de ser obrigatório. A norma jurídica deve ser o reflexo de um pacto comum acerca ou do correto ou do mais apropriado para o momento.

Desde modo, Habermas acentua que ao cidadão deve ser dada a liberdade de agir na exata e mesma extensão da que possuem os demais cidadãos – autonomia privada só deve ser limitada se for realizada de modo igualitário e razoável.

Deste feita, nota-se que a legitimidade do direito depende da existência do respeito a um sistema instituído de direitos

fundamentais, bem como do cumprimento de um processo legislativo condição sine qua non para instauração de sistemas políticos atuais. No entanto, não é resultado de um processo legislativo qualquer é sim conforme pontua Habermas de um processo legislativo em que argumentem e assintam os destinatários da norma, sendo assim legítimo o direito, criado por cidadãos autônomos dotados de liberdade comunicativa.

A jurisdição constitucional e aplicação imediata dos direitos fundamentais ampliou-se durante o século XX, tudo por culpa da experiência traumática vivenciada ao longo da segunda guerra mundial, onde foram cometidos atos macabros contra a espécie humana. O legislador constituinte dos estados nas palavras de Gustavo Binembom revelou, com eloquência, a imperiosa necessidade de fixação de limites para todos os poderes públicos, inclusive os parlamentos.

A expansão da jurisdição constitucional motivada pelas opressões da guerra, ensejou a consolidação do entendimento segundo o qual, a constituição, apesar das suas características singulares, são norma jurídica, dotada de eficácia e aplicabilidade imediata.

Ensina o professor Daniel Sarmento que as constituições deixam de ser vistas como as leis básicas do Estado, circunscritas a temática do direito público, convertendo-se no estatuto fundamental do Estado e da sociedade.

Com esta nova visão iluminista do pós-guerra, e o reconhecimento pelas nações unidas da existência dos direitos humanos, nota-se o crescimento ao extremo do papel dos princípios constitucionais, uma vez que passaram a ser vistos como formas de solução de lacunas de problemas públicos, convertendo se em autenticas normas jurídicas, principalmente no ocidente.

Acentua Robert Alexy que:

Ao promover a incorporação ao ordenamento jurídico de princípios como à dignidade da pessoa humana, liberdade, segurança jurídica, igualdade, solidariedade, entre outros, os princípios constitucionais possibilitaram uma reaproximação do direito e da moral, sepultando assim, definitivamente a possibilidade de emprego de uma metodologia jurídica

estritamente mecanicista, asséptica em relação a valores e baseada exclusivamente na subsunção e no silogismo, reforçando a importância da argumentação e da racionalidade praticas no domínio do direito.

No mesmo sentido, Cristina Queiroz acerca do constitucionalismo vislumbra como uma ideologia ou regime político, diz que deve incluir além do rol elencado dos direitos fundamentais, uma forma de proteção e controle desses mesmos direitos e liberdades fundamentais e, ainda, formas de cada vez aperfeiçoados de controle da administração pública.

Em visão semelhante leciona Luiz Roberto Barroso que:

A ideia de constitucionalização do direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas do direito infraconstitucional. Com intuitivo, a constitucionalização repercute também, nas relações entre particulares.

Neste sentido, a todas as normas infraconstitucionais existente em determinado ordenamento jurídico moderno deve ser interpretado com base nos princípios constitucionais, que limita o fundamento de regulação das restantes normas jurídicas, uma vez que estes são os pilares do Estado democrático de direito.

O direito para que seja legítimo tem de em seu conjunto atuar sobre todas as camadas sociais, não favorecer sobre qualquer discriminação, mas sim adequar, respeitar e efetivar os direitos fundamentais, nomeadamente: econômicos, sociais e políticos dos cidadãos. Quanto mais concreta for matéria a ser regulada, mas o direito deve se abrir a auto compreensão de uma coletividade e de sua forma de vida, não há como prescindir dos direitos humanos na forma de direitos fundamentais. Estes têm de ser efetivados no Estado de direito. Entretanto, a legitimidade do direito tem de ter um campo maior de atuação, para atingir todas as esferas sociais através de normas jurídicas.

## 6. FUNÇÃO DO DIREITO NO MUNDO MODERNO

---

Na teoria do agir comunicativo, após o resgate do conceito do mundo e sistema de vida, bem como na relação entre ambos, Jurguen Habermas, estuda o papel do direito numa sociedade que possibilita dois modos de agir utilizados pelos sujeitos, a saber: o agir comunicativo e o estratégico.

O renomado autor alemão, ao descrever o papel da “juridicização” aponta duas funções do direito que são o direito como instituição e direito como controle. Ademais, o autor avança que o direito como instituição faz parte da ordem legítima do mundo da vida, e, como tal sua legitimidade reclama mais do que uma simples legalidade formal, ou seja, uma justificação material.

Neste sentido, para que haja legitimidade material é preciso que esteja preenchido a vida de regramento. Acrescenta o autor a concórdância das normas jurídicas com as normas morais.

O direito como meio de controle, teríamos a identidade do direito configurada a partir da sua instrumentalidade de regulação dos subsistemas compostos pelo Estado e pela economia. Neste sentido, o direito funciona como forma de constituir as relações jurídicas observadas nesses sistemas, e a sua legitimidade estaria condicionada simplesmente a positivação, o que implicaria sua legalidade formal.

HABERMAS (1987, p. 517), afirma que “as instituições pertencem aos componentes sociais do mundo da vida. E como o resto das normas de ação que não vem respaldadas pela sanção do Estado, podem ser moralizadas, ou seja abordada na sua dimensão constitutiva ética, quando se apresenta uma dissonância especial”.

Na segunda fase do seu pensamento, HABERMAS (2003, p. 13) dá a continuidade a ideia de que a sociedade moderna é notoriamente marcada por uma racionalidade comunicativa arrostada aos elementos do mundo da vida. Contudo, quanto ao direito, o filósofo da escola de Frankfurt, defende que “*numa época de política inteiramente secularizada, não se pode ter nem manter um Estado de direito sem democracia radical*”. Neste sentido, a tese sustentada se vincula a ideia do direito que se legitima a partir do nexos interno entre a soberania

popular e os direitos humanos. Esse sujeito como participante de uma comunidade jurídica deve compreender como indivíduos em si mesmo emancipados, bem como responsáveis pela auto-organização democrática que forma o núcleo normativo desse projeto.

Entretanto, o direito tem sua contribuição para função intrínseca do poder administrativo, que é realizar fins coletivos. Evidencia-se especialmente no desenvolvimento de normas secundárias que segundo SCHUMACHER (2000), não se trata tão somente daquelas normas que conferem poder e até criam as instituições governamentais dotando-as de jurisdições especiais, como também normas organizacionais que estabelecem procedimentos para a existência e a gestão administrativa ou judicial de programas jurídicos.

Desse modo, a atividade do direito, sua função e sua aplicabilidade atingem outras esferas que não somente a da atividade jurisprudencial jurídica, mas alcança também a esfera das instituições de governo, procedimentos e competências garantindo, assim a autonomia privada e pública dos cidadãos. (SHUMACHER 200, P. 245). Com isso, a função do direito tem de ser também a de garantir uma maior efetivação dos direitos individuais, coletivos e das minorias étnicas na sociedade, uma vez que na sociedade moderna vezes sem conta verifica-se certa hostilidade para com o respeito, regulamentação e efetivação dos direitos dessas classes sociais.

## **7. TEORIA JUSTIFICADORA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

---

Algumas teorias foram formuladas e apresentadas ao longo da história da humanidade para justificar a relevância social dos direitos fundamentais. No entanto, no presente busca-se apresentar as duas teorias mais influentes sobre o tema.

Quanto à teoria jus naturalista é uma teoria que influenciou muitas gerações de filósofos desde a antiguidade, e teve grandes percussos, apresenta naturalmente o fundamento segundo o qual os direitos fundamentais são universais, imutáveis e inderrogáveis. A um pensamento dominante entre os seus defensores, segundo o qual

os direitos fundamentais e/ou mesmo qualquer ideia de justiça não estaria ligada a legisladores, juízes ou juristas. Mas sim relacionada a Deus. MORAES (2003, p. 34).

O jus naturalismo ensina que a existência de leis naturais, ou seja, inerentes a condição da própria existência do homem é absolutamente universal. No mesmo sentido, ROUSSEAU (1973, p. 59), na sua obra o contrato social, ensina que toda a justiça vem de Deus, e nenhuma fonte, se soubéssemos, porém, recebê-la de tão alto, não teríamos necessidade nem de governo e nem de leis.

Caracteriza-se essencialmente pela defesa de duas teses: uma filosofia ética que afirma que a existência da justiça e de princípios morais universalmente aceites e acessíveis a razão humana. Outra, segundo a qual uma norma que não obedeça aos princípios éticos e morais não pode ser classificada como jurídica.

## **8. O DIREITO NATURAL**

---

### **8.1. O pensamento de John Locke**

---

O John Locke foi um grande pensador do século XVIII, a sua contribuição na área das ciências humanas é inquestionável. Contribuiu de forma significativa na doutrina do jus naturalismo e fortalecimento da soberania popular, liberdade e igualdade.

Escreveu vários ensaios sobre o direito natural e foram agrupados em torno de três questões essenciais, nomeadamente: a existência da lei natural, a possibilidade de conhecê-la, e a obrigatoriedade.

John Locke considerava o contrato social um pacto de consentimento em que, os homens concordavam em formar a sociedade civil para conservar e firmar ainda mais os direitos originários no Estado da natureza. Que o Estado deveria ter uma função utilitarista, e, procurar respeitar e assegurar o exercício dos direitos fundamentais.

Para este autor, o homem era um ser racional, livre e proprietário da sua pessoa. Como a terra fora dada por Deus e comum a todos os homens, ao incorporar o seu trabalho matéria bruta que se encontrava em Estado natural, o homem tornava a propriedade privada,

estabelecendo si um direito próprio do qual estavam excluídos todos os homens. NADER (1997:156).

O positivismo foi um movimento de pensamento que dominou parte da cultura europeia (filosofia, artes, literatura) de aproximadamente 1840 até a 1ª Guerra Mundial. O termo foi cunhado devido ao período de paz reinante na Europa e à expansão colonial na África e Ásia, que gerou um clima de entusiasmo em torno da ideia de progresso humano e social irrefreável.

## 9. DIREITO POSITIVO

---

Os positivistas fundamentam as suas teses na ordem normativa, enquanto legítima manifestação da soberania popular, sendo direitos fundamentais somente aqueles previstos e positivados expressamente no ordenamento jurídico de cada Estado.

O positivismo foi uma corrente filosófica que nasceu na França no século XIX, deriva do pensamento iluminista reinante nos meados do século XVIII. Pode-se afirmar que teve como fundador Augusto Comte (1798-1857). Que apostava no progresso moral e científico da sociedade por meio da ordem social e desenvolvimento das ciências.

O positivismo desenvolve-se através da crença dos seres humanos no poder do conhecimento científico, oposto a especulação filosófica do jus naturalismo. Tem como fundamento a objetividade na ciência do direito, como juízo de fato, não de valor.

### 9.1. Pensamento de Hans Kelsen

---

Kelsen era um positivista ao contrário de John Locke que defendia a doutrina naturalista. E, a sua principal contribuição foi de discutir e trazer um espaço autônomo para as ciências jurídicas. O seu pensamento com relação ao jus naturalismo era de críticas. Defendia que as teorias jus naturalistas acerca da justiça eram contraditórias e falhas, sobretudo a falta de coesão doutrinária.

Kelsen na sua obra direito e justiça afirma que: o direito natural está à disposição de todos, não há ideologia que não possa ser defendida recorrendo-se a lei natural. KELSEN (2006, p. 94).

Em relação ao direito natural Hans Kelsen ensina que:

Não são, portanto, normas como são as de direito positivo sejam postos por atos de vontade humana, arbitrárias e, portanto, mutáveis, mas são normas que nos são dadas pela natureza anteriormente a toda sua possível fixação por atos de vontade humana, normas por sua própria essência invariáveis e mutáveis. (2006: 97)

As críticas pela parte de Kelsen trazem pontos que mostram que o jus naturalismo é falho, pois como o direito natural está ligado a metafísica, a um ser supremo, ou no caso com emoções e pensamento humanos, esse direito passa a ser contraditório e cheio de falhas, pois o homem se deixa levar por suas emoções com isso traz erros, e dúvidas se o direito é justo ou injusto, o que contraria o positivismo, que não prioriza se a lei é justa ou não, somente que precisa ser cumprida.

Entretanto, o direito positivo e aquele que certamente estabelece ações que devem ser reguladas por um ente do Estado, podem ser cumpridas indiferentemente de um modo ou outro, mas uma vez reguladas pela lei, importa que sejam desempenhadas de modo prescrito por ela.

## **10. FUNDAMENTOS DOS DIREITOS HUMANOS**

---

A justificativa científica da dignidade humana começou sendo tratada com a descoberta do processo de evolução dos seres vivos, embora a primeira explicação do fenômeno, como a natureza houvesse feito várias tentativas frustradas, antes de encontrar, por mero acaso a boa via de solução o para a origem da espécie humana. COMPARATO (2015, p. 16). A dignidade da pessoa como um ser pensante e autônomo e a soberania do povo são hoje no mundo as únicas ideias que podem justificar o direito moderno. Os filósofos liberais concebem os direitos humanos como poder de autodeterminação moral, porquanto as republicanas interpretam a soberania do povo como expressão do auto realização ética. Os direitos humanos garantem aos indivíduos uma área de autonomia privada, ao abrigo das incursões do poder político, a soberania popular resulta da vontade

única do povo o fundamento da autoridade política e a garantia da autonomia pública dos cidadãos.

Entretanto, o conceituado doutrinador, Fabio Comparato define os direitos humanos ou direito do homem como “algo que é inerente a própria condição humana, sem ligação com particularidade determinada de indivíduos ou grupos”. (2015:71). Sobre outro ponto de vista a firma o Louis Henkin que:

“os direitos humanos constituem um termo de uso comum, mas não categoricamente definido. Estes direitos são concebidos de forma a incluir aquelas reivindicações morais e políticas que, no consenso contemporâneo, todo ser humano tem ou deve ter perante sua sociedade ou governo, reivindicações estas reconhecidas como direito e não apenas por amor graça ou caridade”.

Por sua vez, Luno (1991, p. 48), os direitos humanos surgem como um conjunto de faculdades e instituições que, em cada momento histórico concretizam as exigências de dignidade, liberdade e igualdade humanas, as quais devem ser reconhecidas positivamente pelos ordenamentos jurídicos, nos planos nacionais e internacionais.

Decerto, no sentido emprego pelos autores acima referenciados, os direitos humanos assumem várias facetas, na medida em que pode se entender como direitos que surgiram pelo fato do homem existir, dar dignidade ao ápice de todos os animais como únicos capazes de descobrir a verdade e inventar coisas, beneficiar a todos independentemente das suas origens ou classe social e concretizam exigências de igualdade entre todos. Com isso, os direitos humanos se positivados na constituição desempenham um papel crucial na legitimação do direito moderno, porquanto trata do respeito da pessoa, efetivação dos direitos sociais, e monitoramento da aplicação e execução desses direitos pelo ente público.

Qualquer Estado moderno preocupa se com a questão dos direitos fundamentais ou humanos, uma vez que os cidadãos tendem a ganhar mais consciência sobre o dever que o Estado através dos seus entes públicos tem na busca de criação e efetivação dos direitos fundamentais ou humanos. Aliás, como afirma Jorge Miranda o Estado deve por obrigação ou motivo da sua criação criar mecanismos

legais para cumprir e mandar cumprir a questão do respeito pela dignidade da pessoa.

Foi durante período axial da história da humanidade que se descobriu a ideia de igualdade entre todos os homens, no entanto, atualmente já é um dado adquirido que todas as pessoas são iguais, independentemente do seu gênero, etnia classe social grupo religioso ou nação. E, quase todas as constituições modernas principalmente de Estados do ocidente já regulam eficazmente o assunto, não existindo grandes divergências, infelizmente o mesmo não se verifica em Estados do oriente, muito deles de matriz islâmico que tendem a tratar as pessoas homens e mulheres como seres de deveres e direito distintos.

Ora, como ressalta o Fabio Comparato, a convicção de todos os seres humanos tem direito a ser igualmente respeitados, pelo simples fato de sua humanidade, nasce vinculada a uma instituição social de capital importância, a lei escrita, como regra e uniforme, igualmente aplicável a todos os indivíduos que vivem em uma sociedade organizada.

E sem dúvidas que para a legitimação do direito em uma determinada sociedade moderna é importante o respeito pelos direitos fundamentais dos cidadãos, o contrário gera total anarquia. Com isso, os Estados atuais tendem a legislar e reconhecer direitos sociais dos indivíduos para viver com dignidade, as organizações internacionais, como por ex: a ONU tem feito grande esforço nesse quesito. Mas foi necessário muito tempo para que a nações unidas reconhecesse que havia necessidade de englobar e legislar sobre o respeito pela pessoa humana.

Contudo, a positivação dos direitos humanos pelas autoridades políticas de um Estado, traz muita segurança jurídica nas relações pessoas e coletivas dos cidadãos, imprime ao mesmo tempo uma função pedagógica na medida em que os indivíduos passam, a “saber”, de que onde termina o meu direito começa o do outro, no sentido de fazer prevalecer os valores éticos morais, onde sem esta positivação tornaria difícil a sua imposição e efetivação, uma vez que passaria a ser vista como uma norma de trato social.

Atualmente, pelo fato da crescente existência de organizações regionais, continentais e mundiais que tutelam os direitos humanos dos cidadãos, alguma doutrina tende a considerar que as normas internacionais de direitos humanos, pelo fato de exprimirem de certa forma a consciência ética e moral universal, estão acima de ordenamento jurídico de cada Estado. Em várias constituições posteriores a segunda guerra mundial já se inseriu normas que declaram de nível constitucional os direitos humanos reconhecidos na esfera internacional. Atualmente, no plano internacional os Estados aceitam pacificamente o princípio da supremacia absoluta da norma imperativa de direito internacional geral. A convenção de Viena de 1969 deixa bem claro sobre este assunto, no qual a maioria dos Estados aderiu. E, entende se hoje que as normas internacionais de direitos humanos são desta espécie. Assim sendo alguma doutrina afirma que na hipótese de conflito entre normas internacionais e internas em matérias de direitos humanos, há de prevalecer sempre a mais favorável ao sujeito de direito, uma vez que a proteção da dignidade da pessoa humana e a finalidade máxima e a razão de ser de todo o sistema jurídico.

## **11. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

É urgente que se perceba que na atualidade para que haja estabilidade nacional é necessário a consolidação e efetivação dos direitos humanos no plano interno dos estados. Elemento que desempenha um papel crucial na massificação e integração das democracias, uma vez que quase todas as constituições estatuem que a soberania do estado reside na consolidação do Estado democrático de direito.

Por isso, é o dever do Estado no âmbito do contrato social, prover o bem-estar do seu povo, desde a direitos básicos até ao respeito do mínimo existencial com fulcro na dignidade da pessoa humana. Numa época em que Estado -nação sofreu a influência da globalização houve um deslocamento do poder político do seio do Estado. Alguma doutrina afirma que não somente o Estado possui o poder político. Outros agentes sociais, empresas transnacionais, grupos profissionais, possuem poder econômico e político para direcionar a economia global. Por isso, o Estado deve trabalhar com estas instituições com o objetivo de massificar os direitos sociais.

## 12. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 5. Edição alemã. São Paulo: 2008.
- BARROSO, Luiz roberto. *Neoconstitucionalismo e a constitucionalização do direito* (o triunfo tardio do direito constitucional no brasil). Revista do direito administrativo n. 240, 2005.
- BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª edição rev. e atual. Rio de janeiro: renovar, 2008.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de janeiro: campus, 1992.
- BOBBIO, Norberto. *Dicionário político*. Brasília editora da universidade de Brasília, 1995.
- BOBBIO, Norberto, MATTEUCCI, Nicola, PASQUICO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 11ª edição, volume I. Brasília UnB, 1998.
- CANOTILHO, Jose Joaquim gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra:1994.
- DINIZ, Antônio Carlos de almeida. *Teoria da legitimidade do direito e do estado: uma abordagem moderna e pós-moderna*. São Paulo: Landy 2006.
- FARIA, José Eduardo. *Poder e legitimidade*. Rev.: angélica Dogo Pretel e vera Lucia Bolognani. Produção: Plínio Martins filho. São Paulo: perspectiva, 1978.
- FORTES, Luiz Roberto Salinas. *Explicando a filosofia com arte*. Rio de janeiro: Ediouro, 2004.
- HABERMAS, Jurguen. *Direito e democracia*. Trad. Flavio Beno Siebeneicher. Rio de janeiro: tempo brasileiro, 1997.
- KANT, I. *Textos seletos*. Trad. Floriano de Sousa Fernandes. 2ª edição. São Paulo: brasiliense, 1985. (Coleção tudo e história, 22).
- KANT, Immanuel. *A paz perpetua*. Trad. de Artur morrão. Lisboa: edições 70, 1995.
- \_\_\_\_\_. *Crítica da razão pura*. 3ª edição Trad. de Manuela pinto dos santos e de Alexandre Fradique Mourão. Lisboa: fundação Calouste Gulbenkian, 1994.
- MIRANDA, Jorge. *Teoria do estado e da constituição*. Rio de janeiro: forense, 2005.

- O DONNELL, G. (1998), poliorquias e a efetividade da lei americana. *Novos estudos*, n.51, p.37 a 61.
- QUEIROZ, Cristina. *Direito constitucional: as instituições do estado democrático e constitucional*. São Paulo: revista dos tribunais; Coimbra, PT: Coimbra, 2009.
- RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de abreu Azevedo. São Paulo: ática, 200.
- SCHUMACHER, A, A. (2000). *Comunicação e democracia: fundamentos pragmáticos -formais e implicações jurídicos-políticas da teoria da ação comunicativa*.
- SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de janeiro: Lúmen juris, 2003.

## Capítulo III

# A categorização da mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social

*Camila Bastos Bacelar Costa\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 1. Dos direitos sociais; 2. A fundamentalidade dos direitos sociais; 3. Do direito individual à liberdade de locomoção à introdução do direito social à mobilidade urbana eficiente na Constituição de 1988 ; 4. A mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social – relevância da matéria; 5. Considerações finais; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Com o exórdio da Constituição Federal de 1988, instituiu-se uma nova ordem constitucional, que deixa de ser concebida unicamente como uma manifestação de cunho político, passando a ter composição essencial de norma jurídica fundamental. Valorizou-se, desta forma, a supremacia do diploma constitucional em face das demais normas, exigindo-se, destas, a devida conformação com o texto constitucional hierarquicamente superior, em manifestação expressa do Estado Democrático de Direito.

Mais além, reporta-se ao Estado Social e Democrático de Direito, pautado no bem-estar social. No Brasil, sua importância é revelada ao inaugurar a Constituição Federal de 1988 na posição de fundamento da República, logo em seu artigo primeiro. Já a dignidade da pessoa humana, está disposta como o primeiro valor fundamental de toda a sistemática constitucional, *id est*, encontra-se como uma

---

(\*) Advogada; Mestre em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia (UFBA); Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito; Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). E-mail: camilabbcosta@yahoo.com.

verdadeira guarida dos direitos fundamentais, direcionando o intérprete à busca da concretização dos valores básicos à existência de uma efetiva vida digna. Positiva, ainda, a CF/88, a garantia e o fomento dos direitos sociais por parte do Estado, visando justamente o cumprimento dos postulados destacados.

Com efeito, hodiernamente, a (i)mobilidade urbana constitui uma das principais demandas a serem enfrentadas nos grandes centros urbanos, que tiveram sua formação pautada num processo de desenvolvimento súbito e desorganizado, com estabelecimento da população vulnerável em áreas periféricas e desestruturadas. Ademais, a superação desta conjuntura é essencial tanto para a produtividade econômica, quanto para a garantia da qualidade de vida dos cidadãos e sua consequente inclusão social.

Trata-se, este artigo, de pesquisa exploratória bibliográfica e de revisão de legislação, de enfoque qualitativo e multimetodológico, alicerçada em seu objetivo de proporcionar maior familiaridade com o tema, consolidando o trabalho com suporte nas principais obras e mais relevantes dissertações, teses e artigos científicos que permeiam o assunto, por meio de uma abordagem dedutiva das teorias gerais existentes, aplicando-as, conseqüentemente, à questão da categorização da mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social, no panorama constitucional brasileiro.

Desse modo é que, ultrapassado este contexto introdutório, serão alvos deste artigo científico, a categorização da mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social, a sedimentar e fincar as bases do presente estudo, perpassando a evolução contextual e histórica acerca dos direitos sociais, espécie do gênero direitos fundamentais, bem como a explicitação da relevância da matéria. Pretende-se, ainda, ratificar a inserção da mobilidade urbana, no constitucionalismo contemporâneo, como norma jurídico-constitucional fundamental social e estruturante da organização do Estado.

A categorização da mobilidade urbana eficiente como direito fundamental social, constitui tema de considerável relevância social, ambiental, econômica, jurídica e acadêmica, na atual conjuntura política/econômica brasileira. A partir de sua, ainda incipiente,

abordagem e aprofundamento, sobremaneira na seara jurídica, extrai-se a originalidade do tema proposto e sua consequente distinção, uma vez que, a não concretização do direito fundamental social à mobilidade urbana, em sua dimensão substancial, está diretamente relacionada com índices não satisfatórios no tocante a fatores como qualidade de vida, sustentabilidade, adequação da oferta de transporte coletivo, acessibilidade, congestionamentos, poluição sonora, poluição do ar e acidentes.

Vislumbra-se, por fim, que o artigo é primordial como ponto de arranque à reflexão do tema proposto, possuindo o escopo de suscitar o leitor a interagir e apreender o sentido global do texto, para que se posicione acerca do tema aqui abordado. Dessa maneira, o estudo traz em seu bojo, sobremaneira, a pretensão de cooperar para o despertar para a essencialidade no tratamento e aprofundamento da temática, bem como sua efetivação, impulsionando a sua alocação na agenda política do país e promovendo a difusão da temática na seara jurídica.

## 2. DOS DIREITOS SOCIAIS

---

Em meados do século XIX, em decorrência da Revolução Industrial, iniciada na Inglaterra no século anterior, o problema social toma proporções que demandam urgente preocupação Estatal em sua resolução. O fenômeno emerge do binômio concentração do capital industrial *versus* falta de condições de infraestrutura social do Estado, gerando o empobrecimento da massa de trabalhadores, a aglomeração urbana decorrente da migração da mão-de-obra do campo, decorrente da mecanização da atividade agrícola, além do distanciamento entre classes sociais e da desagregação familiar, com migração de mulheres e crianças para as fábricas, questões que demandavam a pronta e eficaz intervenção do Estado.

Como alternativa para a profunda crise de desigualdade social do período posterior à primeira guerra mundial, surgem os direitos sociais<sup>1</sup>, com o nítido propósito de assegurar vida digna, com

---

1. Para Paulo Bonavides, com a introdução dos direitos sociais, os direitos fundamentais não mudaram, mas se enriqueceram de uma dimensão nova e adicional. É que

cidadania, inclusão social e erradicação da pobreza, fundados no princípio da solidariedade humana e elevados a categorias jurídicas concretizadoras dos postulados da justiça social, dependentes, porém, da execução de políticas públicas voltadas a garantir amparo e proteção social aos mais necessitados.

Os direitos sociais, entendidos como direitos de segunda dimensão dos direitos fundamentais do homem, consagrados como fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) são prestações positivas<sup>2</sup> proporcionadas de maneira direta ou indireta pelo Estado, enunciadas em normas constitucionais, viabilizando melhores condições de vida aos mais fracos, direitos tendentes a promover a igualização de situações sociais desiguais, ligando-se, portanto, ao direito de igualdade. Ver-se-á, além do mais, que são pressupostos do gozo dos direitos individuais, na medida em que criam condições materiais mais benignas ao auferimento da igualdade real, proporcionando condição mais compatível com o efetivo exercício da igualdade (SILVA, 2018, p. 288-289). Possuem como expressão, três funções básicas, a saber: *defesa*, na limitação do Poder Público; *prestacional*, demandando a atuação positiva do Estado; e *injuntiva*, reclamando regulamentação, em outras palavras, políticas públicas, para alcance de equiparação e equidade sociais (CLÈVE, 2003, *passim*).

---

o “Estado Social no Brasil aí está para produzir as condições e os pressupostos reais e fáticos indispensáveis ao exercício dos direitos fundamentais. Não há para tanto outro caminho senão reconhecer o estado atual de dependência do indivíduo em relação às prestações do Estado e fazer com que este último cumpra a tarefa igualitária e distributivista, sem a qual não haverá democracia nem liberdade” (BONAVIDES, 2016, p. 379 *et seq.*).

2. Importante lembrar que “verifica-se, desde logo e na esteira do que já tem sido afirmado há algum tempo entre nós, que também os direitos sociais abrangem tanto direitos (posições ou poderes) a prestações (positivos) quanto direitos de defesa (direitos negativos ou a ações negativas), partindo-se aqui do critério da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como da circunstância de que os direitos negativos (notadamente os direitos à não-intervenção na liberdade pessoal e nos bens fundamentais tutelados pela Constituição) apresentam uma dimensão ‘positiva’ (já que sua efetivação reclama uma atuação positiva do Estado e da sociedade), ao passo que os direitos a prestações (positivos) fundamentam também posições subjetivas ‘negativas’, notadamente quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, de entidades sociais e também de particulares” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 174).

Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 79) conceitua os direitos sociais como sendo “direitos públicos subjetivos dirigidos contra o Estado, a determinar a exigibilidade de prestações no que se refere à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, lazer, segurança e previdência social”. Assim, conforme exposto alhures, apesar dos direitos sociais serem destinados à coletividade de modo geral, em sendo direitos públicos subjetivos, dizem respeito às prerrogativas que se indicam às pessoas individualmente consideradas, ou seja, à órbita individual do sujeito, o que os diferencia dos direitos difusos, que não são exercidos de maneira particular e isolada pelo indivíduo, o que é, ao contrário, permitido para os direitos sociais (SILVA NETO, 2018, p. 787).

O conceito do autor elenca alguns dos direitos sociais expressos na Constituição no rol do art. 6º, sendo importante lembrar que este rol não é *numerus clausus*. Decerto, o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>3</sup> é a pedra angular de todos os direitos sociais, de maneira que, independentemente da previsão expressa desses direitos a prestações, deve-se-lhes pleno reconhecimento (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 664).

Com efeito, como desdobramento da perspectiva de um Estado Social de Direito que, consoante Paulo Bonavides (2016, p. 374 *et seq.*), desde a Constituição de 1934 compõe o substrato teórico e positivo da modalidade brasileira de Estado Social, consagrado pela evolução do constitucionalismo durante os últimos cinquenta anos, emergiu a consciência do imperativo de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>4</sup>.

- 
3. Para aprofundamento da temática, remete-se o leitor à obra especializada: (SOARES, 2010).
  4. “O valor da dignidade humana impõe-se como núcleo básico e informador do ordenamento jurídico brasileiro, como critério e parâmetro de valoração a orientar a interpretação e compreensão do sistema constitucional instaurado em 1988. A dignidade humana e os direitos fundamentais vêm constituir os princípios constitucionais que incorporam as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo sistema jurídico brasileiro. Na constituição de 88 esses valores passam a ser dotados de uma especial força expansiva, projetando-se por todo o universo constitucional e servindo como critério interpretativo de todas as normas do ordenamento jurídico nacional” (PIOVESAN, 2014, p. 498-499).

Em consonância com todo esse quadro evolutivo, o artigo 6º da Constituição de 1988 reconhece os seguintes direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação (incluída na EC n. 64/2010), o trabalho, a moradia (incluída na EC n. 26/2000), o transporte (incluído no rol na EC n. 90/2015), o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Os direitos sociais do trabalhador estão no artigo 7º a 11, bem como no título VIII da Constituição, concernente à ordem social, azo em que se elencam os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados e à proteção à maternidade e infância. Ademais, os direitos sociais que tratam da política urbana e agrária estão expressos nos artigos 182 a 191, inseridos no título VII, referente à ordem econômica e financeira.<sup>5</sup>

Os direitos sociais, nas Constituições anteriores, estavam inseridos no capítulo da ordem social, que até então aparecia contígua com a ordem econômica. A CF/88 inova, ao estrear um capítulo próprio dos direitos sociais (capítulo II do título II) e, distanciado deste, um título especial sobre a ordem social (título VIII).

Importa assinalar que não ocorre uma separação radical, como se os direitos sociais não fossem algo ínsito na ordem social. O artigo 6º, *exempli gratia*, deixa claro que aqueles são conteúdo desta, ao elencar alguns direitos e dizê-los sociais “na forma desta Constituição”. A *forma* é, justamente, delineada precisamente no título da ordem social. Para José Afonso da Silva, esta não foi a alternativa mais didática que poderia ter adotado o constituinte, mas, por outro lado, possibilitou ao jurista extrair “daqui e de lá”, o conteúdo dos

---

5. José Afonso da Silva relaciona direitos sociais e direitos econômicos da seguinte maneira: o direito econômico teria uma dimensão institucional, enquanto os direitos sociais constituem formas de tutela pessoal. Mais que isso, o direito econômico é o direito da realização de determinada política econômica, enquanto os direitos sociais disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto. Consequentemente, pode-se admitir que **os direitos econômicos constituirão pressupostos da existência dos direitos sociais**, pois sem uma política econômica orientada para a intervenção e participação estatal na economia, não se compõem as premissas necessárias ao surgimento de um regime democrático de conteúdo que tutele os mais fracos (SILVA, 2018, p. 288, grifo nosso).

direitos relativos a cada um daqueles objetos sociais, tratando dos direitos, no capítulo específico e, na ordem social, abordando seus mecanismos e aspectos organizacionais (SILVA, 2018, p. 287). Para o entendimento firmado nesta pesquisa, reforça a postura ideológica e filosófica do constituinte.

E qual a diferença entre os direitos sociais e os direitos e garantias individuais? Ora, Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 933) esclarece que os direitos sociais impõem comando programático para ser cumprido pelo Estado, um comando positivo (*facere*) que seria representado por um mínimo em termos de realização do projeto social. Já os segundos, os direitos e garantias individuais, impõem ao estado um *non facere*, uma postura intencionalmente omissiva, resguardando a esfera de liberdade individual<sup>6</sup>. Daí dizer-se que os direitos sociais não são direitos contra o Estado, mas direitos através do Estado, porquanto exigem dos órgãos do Poder Público certas prestações materiais (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 664).

Destarte, pode-se referir os direitos sociais como expressão do *status positivo ou civitatis*, da teoria dos quatro *status* de Jellinek (1970, p. 591), que assevera a intervenção do Estado de forma positiva, na conformação de garante, para o fim de garantir ao cidadão o acesso a determinadas prestações positivas necessárias. Portanto, pode, o cidadão, exigir uma atuação sólida e eficaz por parte do Estado, fundamentado por normas garantidoras de direitos fundamentais, pois é ao próprio indivíduo que são franqueadas as instituições estatais, para que possa exigir a prestação por parte do Estado. No Estado Social, esse *status* é refletido por meio dos direitos de prestação, a exemplo dos direitos sociais de segunda dimensão, que categorizam o objeto ôntico deste artigo.

---

6. A força dirigente e determinante dos direitos sociais inverte o objeto clássico da pretensão jurídica fundada num direito subjetivo, de uma pretensão de omissão dos poderes públicos, para uma proibição de omissão ou um dever de atuação. Em outras palavras, com o advento da Constituição dirigente e, com ela, do Estado Social, do direito a exigir que o Estado se abstenha de interferir nos direitos do indivíduo, transita-se para o direito a exigir que o Estado intervenha ativamente no sentido de assegurar prestações aos indivíduos (CANOTILHO, 1994, p. 365).

José Afonso da Silva, com base nos artigos 6º a 11 da CF/88, classifica – com a ressalva de que não se trata de uma classificação rígida–, os direitos sociais, em seis categorias, a saber: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade, compreendendo os direitos à saúde, à previdência e assistência social; direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à moradia; direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; e direitos sociais relativos ao meio ambiente.

### 3. A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

---

Um dos esteios da fundamentalidade formal e material dos direitos fundamentais, é justamente a circunstância de terem sido expressamente erigidos à condição de *cláusula pétrea*, restringindo materialmente a reforma da Constituição, ao integrarem o rol do artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, à primeira vista ao menos os direitos e garantias individuais, em caso de interpretação restritivamente literal<sup>7</sup>.

O tema merece ser comentado, posto seu relevo e atualidade, sobremaneira perante a tendência reformista, com inquestionáveis reflexos na seara dos direitos fundamentais em geral, mas com peculiar força impactante nos direitos sociais que, com o influxo da globalização econômica e do ideário neoliberal sobre as Constituições e o Direito dos Estados, acarretam no seu deslocamento ilegítimo e limitações no seu âmbito de alcance. De tal modo, basilar é refletir se

---

7. Em face da interpretação restritiva, Paulo Bonavides (2016, p. 669 *et seq.*): “a expressão “direitos e garantias”, ali textualmente nomeada e gramaticalmente compreendida, exprime os limites teóricos, históricos e específicos traçados para traduzir na essência o breviário da escola liberal e positivismo jurídico. [...] a interpretação comprimida e restrita do sobredito § 4º só é factível, pois, mediante conceitos jurídicos de aplicação rigorosa que estampam a face de um constitucionalismo desde muito abalado e controvertido em suas fronteiras materiais, bem como nas suas antigas sustentação e legitimidade; seria, por conseguinte, um constitucionalismo inconformado com o advento de novos direitos que penetram a consciência jurídica de nosso tempo e nos impõem outorgar-lhes o mesmo grau de recolhimento, em termos de aplicabilidade, já conferido aos que formam o tecido das construções subjetivas onde se teve sempre por meta estruturar a normatividade constitucional dos direitos e garantias individuais”.

os direitos fundamentais sociais compõem limites materiais à reforma constitucional.

Não se pode olvidar que, no Direito Constitucional pátrio, ao proceder à reforma da Constituição, o legislador não dispõe de liberdade irrestrita de conformação, subordinando-se a um sistema de limitações que objetiva não tão somente a conservação da identidade da Constituição, mas também a preservação da sua posição hierárquica superior no âmbito da ordem jurídica, de modo especial para evitar a elaboração de uma nova Constituição pela via da reforma constitucional (ROCHA, 1993, p. 168 *et seq.*). É aberto que a possibilidade de alteração da Constituição, por meio das emendas constitucionais, também se desponta cogente para o contínuo ajuste da Constituição formal à realidade constitucional, sendo tanto o ajuste quanto seus limites, necessários para a afirmação e manutenção de sua força normativa.

Indubitavelmente, a partir da interpretação sistemática do artigo 60, § 4º, IV, da CF/88, não há anfibiologias de que o constituinte içou os direitos fundamentais à condição de limite material expresso à reforma da Constituição, o que indica a fundamentalidade formal das normas que os consagram, a exemplo dos direitos sociais.

A Constituição de 1988 é um amadurecimento da experiência constitucional brasileira, no tocante aos direitos sociais<sup>8</sup>, ao reconhecer expressamente os direitos fundamentais sociais, inserindo-os no título II, o qual versifica acerca dos direitos fundamentais, não restando incertezas quanto à natureza destes direitos. Sendo assim, os direitos sociais são genuinamente direitos fundamentais, com força normativa e vinculante, investindo os seus titulares de prerrogativas de exigir, do Estado, as prestações positivas indispensáveis à garantia do mínimo existencial (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 665).

Ademais, suprimir em abrangência um direito social, significa paulatinamente aniquilar condições materiais para o exercício de

---

8. De acordo com Carvalho (2009, p. 199), “a constituinte democrática de 1988 redigiu e aprovou a constituição mais liberal e democrática que o país já teve, merecendo por isso o nome de Constituição cidadã”.

direitos individuais, uma vez que em se afastando um direito social, outros direitos individuais seriam cerceados em sua magnitude, a exemplo do direito à liberdade de locomoção ser limitado em decorrência lógica da eventual supressão do direito à mobilidade urbana eficiente, impedindo-se essa restrição ou supressão de direitos sociais e fundamentais, com base no princípio da proibição do retrocesso social.<sup>9</sup>

Contudo, não é pelo mero fato de jazerem catalogados no Título II da CF/88 que os direitos sociais integram o conceito de direitos fundamentais, mas porque a República Federativa do Brasil consagra, desde o seu Preâmbulo, o projeto de que compomos um Estado democrático e social de Direito que possui, dentre os valores soberaníssimos da sociedade, o de assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, o bem-estar, o desenvolvimento e a igualdade, sendo, estes valores, direitos de todos os cidadãos.

Gomes Canotilho (2012) endossa que se classificam como pressupostos de direitos fundamentais, o contíguo de condições ou a multiplicidade de fatores que condicionam, de forma positiva e negativa, a essência e proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais. São, portanto, pressupostos de todos os direitos fundamentais, por exemplo: a capacidade econômica do Estado, clima espiritual da sociedade, estilo de vida, distribuição de bens, nível de ensino, desenvolvimento econômico, criatividade, cultura, convenções sociais, ética filosófica ou religiosa.<sup>10</sup>

Do ponto de vista científico, os direitos sociais constituem pressupostos dos direitos fundamentais, posto que fundam instrumentos jurídicos de inclusão social, que só será efetiva se fundamentada na

---

9. Para Canotilho (2012, p. 338-339): “[...] quer dizer-se que os direitos sociais [...], uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo *[sic]*. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos [...], em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico *[sic]*, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”.

10. Nesse sentido: (MOREIRA, 1994, p. 444).

cidadania (PANCOTTI, 2006, *passim*). Outrossim, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana diligencia o reconhecimento do imperativo de garantir não exclusivamente os direitos individuais, de primeira dimensão, cuja concretização solicita a abstenção dos órgãos estatais, mas, também, a de efetivar, com a maior abrangência possível, os direitos sociais, cuja materialização determina o incremento de prestações positivas do Estado.

Nesse sentido, para Alexandre de Moraes (2017, p. 164), direitos sociais são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, além de serem consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal, ao lado da cidadania e da dignidade da pessoa humana<sup>11, 12</sup>

Logo em seguida, no texto constitucional, abroham os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, definidos no artigo 3º, *in verbis*:

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

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

---

11. Para o autor, ainda, os direitos sociais, previstos constitucionalmente, são normas de ordem pública, com a característica de imperatividade.

12. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, adotada pela Organização das Nações Unidas, consagra, em seu art. XXII, que: “todo homem, como membro da sociedade, tem direito à segurança social e à realização, pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, **dos direitos** econômicos, **sociais** e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.” (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 2009, grifo nosso).

Percebe-se que, desde os primeiros dispositivos, a Constituição de 1988 enfatiza que possui, como traço distintivo, a promoção dos interesses dos cidadãos, elencados às questões mais relevantes, tais quais a democracia e o desenvolvimento econômico.

Tudo isso sugere que os direitos fundamentais sociais informam a essência da concepção de Estado acolhida pela CF/88. Como as cláusulas pétreas servem para blindar os princípios fundamentais, que impulsionaram o trabalho do constituinte originário que, expressamente e em título específico, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para o seu conceito de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas. No inciso IV do § 4º do art. 60, o constituinte disse menos do que queria dizer, houve uma “lacuna de formulação”, devendo-se ali ler os direitos sociais, ao lado dos direitos e garantias individuais. Inclusive, a objeção de que os direitos sociais estão submetidos a contingências financeiras, não impede que se sopesse que a cláusula pétrea alcança a eficácia mínima desses direitos (MENDES; BRANCO, 2017, p. 122).

Complementando a ideia, Raul Machado Horta (1994, p. 15-16) sustenta que não resta qualquer dúvida de que o princípio do Estado Social, bem como os direitos fundamentais sociais, integram os elementos essenciais, isto é, a identidade da Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais (assim como os princípios fundamentais) poderiam ser considerados – mesmo não estando expressamente previstos no rol das “cláusulas pétreas” – autênticos limites materiais implícitos à reforma constitucional.

Já Ingo Sarlet (2003, p. 78-97) salienta que os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, inequivocamente integram o cerne da ordem constitucional. Dentre as balizas às reformas constitucionais, assumem papel de destaque as cláusulas pétreas, abrangendo tanto os limites materiais expressos quanto os implícitos. Estas cláusulas, protegem justamente o conjunto de bens constitucionais essenciais à preservação da identidade da Constituição, o que inclui, necessariamente, os direitos fundamentais sociais, seja por força do artigo 60, parágrafo 4º, IV, da CF/88, seja na condição

de limite implícito, já que, para efeitos do reconhecimento (especialmente do Poder Judiciário) de sua proteção contra eventual emenda, as situações virtualmente se equivalem. *Id est*, qualquer que seja o tipo de direito fundamental em questão, a incidência material das cláusulas pétreas deverá ser máxima, no sentido de que deve abranger e proteger todos os direitos fundamentais, inclusive os direitos sociais, mesmo quando sediados fora do Título II da Constituição.<sup>13</sup>

Outra nuance em defesa da fundamentalidade dos direitos sociais, decorre do estudo do significado da expressão epígrafe do Título II da CF/88, *direitos e garantias fundamentais*, realizado por Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 783-784). Conforme sua atenta preleção, a diferenciação nos termos *direitos e garantias* não foi empregada pelo legislador constituinte sem ensejo vinculado ao interesse maior da sociedade política. Nesse cenário, a expressão *direitos fundamentais* conforma o direito material, reputado fundamental pelo criador do Estado de 1988, a exemplo dos direitos à vida, propriedade, liberdade, dentre outros com previsão constitucional.

Já o termo *garantias fundamentais* representa o instrumental disponibilizado pela Constituição para garantir a efetividade dos *direitos fundamentais*. Assim, não diz respeito apenas às ações constitucionais que se dirigem ao respeito do plexo dos considerados direitos materiais de cunho fundamental, como se pode limitadamente inferir, mas, abarcado pelo termo *garantias fundamentais* está todo e qualquer instrumento destinado a tornar concretamente fruível o direito fundamental, como o são, por exemplo, os direitos sociais, a exemplo da mobilidade urbana eficiente, direito de segunda dimensão que, instrumentaliza-se em garantia na medida em que complementa e cria condições materiais efetivas para a fruição de outros direitos fundamentais, como: vida, liberdade de locomoção (direitos de primeira dimensão); transporte, educação, trabalho, lazer (segunda

---

13. Destaca-se, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal, em seu *leading case* sobre a matéria, além de haver reconhecido, com base no artigo 5º, § 2º, da CF/88, a existência de direitos fundamentais em outras partes do texto constitucional, coerentemente outorgou a estes direitos a proteção de “cláusulas pétreas” da Constituição. (ADIN no 939-7 de 18/03/94). (BRASIL, 1994).

dimensão); meio ambiente ecologicamente equilibrado (terceira dimensão).<sup>14</sup>

Por todo o exposto, dada sua natureza de fundamentalidade, é aplicável aos direitos sociais o aparelhado no art. 5º, § 2º, da CF/88, na já mencionada cláusula de abertura material<sup>15</sup>. Ou seja, a exposição dos direitos sociais constantes dos arts. 6º e 7º a 11º, da CF/88 é simplesmente exemplificativa, existindo outros direitos fora do catálogo e, até mesmo, fora da Constituição, desde que assente a sua fundamentalidade material. Tal premissa é de importância capital no estudo dos direitos sociais, sobretudo em face do reconhecimento de novos direitos que surgem invariavelmente, de modo a acompanhar as mudanças sociais, como é o caso do aqui estudado direito à mobilidade urbana eficiente.

Essas normas e princípios são as responsáveis por traçar os rumos a serem seguidos, sinalizando os mecanismos para o alcance dos fins a que se propôs o Estado de bem-estar social. Desta feita, toda espécie normativa infraconstitucional que contrariar tais regras e princípios será tida como inconstitucional, bem assim os atos e decisões judiciais ou administrativas que se desvirtuarem do que preconizam os comandos normativos e os princípios constitucionais.

#### **4. DO DIREITO INDIVIDUAL À LIBERDADE DE LOCOMOÇÃO À INTRODUÇÃO DO DIREITO SOCIAL À MOBILIDADE URBANA EFICIENTE NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

A Constituição de 1988 sobrepuja a tendência de conceber os direitos individuais como contrapostos aos direitos sociais das Constituições antecedentes, de visão individualista e liberalista no que tange aos direitos individuais, a despeito do proeminente fato

---

14. A fundamentalidade da mobilidade urbana eficiente possui, destarte, conexão transversal pelas principais dimensões de direitos fundamentais, demonstrando a necessidade de seu estudo holístico e multidisciplinar.

15. Art. 5º, § 2º: Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

de estas já estabelecerem um rol de direitos econômicos, sociais e culturais, o que corroborava conferir-se substância nova àquele conjunto de direitos ditos liberais, sem, no entanto, os desvirtuar, nem, muito menos, revogá-los.

José Afonso da Silva (2018, p. 186-187) sustenta que a CF/88 fundamenta o entendimento de que as categorias de direitos humanos fundamentais previstos, integram-se num todo harmônico, por meio de recíprocas influências, a exemplo dos próprios direitos individuais, consubstanciados no artigo 5º, que estão contaminados de dimensão social, de maneira que a previsão de direitos sociais, entre eles, e dos direitos de nacionalidade e políticos, lhes quebra o formalismo e o sentido abstrato.

A partir disso, continua o autor, transita-se de uma democracia de conteúdo basicamente político-formal para a democracia de conteúdo social, quiçá de tendência socializante. O contraste inicial entre direitos individuais e direitos sociais tende a resolver-se numa síntese de genuína garantia para a democracia, na medida em que os sociais forem enriquecendo-se de conteúdo e eficácia.

Decerto, a Constituição ostentou, essencialmente, a posição segundo a qual há de se alcançar a integração harmônica entre todas as categorias dos direitos fundamentais do homem “sob o influxo precisamente dos direitos sociais, que não mais poderiam ser tidos como uma categoria contingente” (SILVA, 2018, p. 185).

A conjuntura da Revolução Francesa abriu caminho à expansão dos Estados, como é o caso da expansão do reino de Portugal, quando este fora agredido pelas tropas francesas de Napoleão Bonaparte, para a então metrópole brasileira. No entanto, a outorga da primeira Constituição, a Carta de 1824, conservando o poder moderador nas mãos do monarca, não respeitou os princípios revolucionários, em especial o da liberdade, a despeito de assentá-lo em âmbito constitucional.

Ora, o Brasil tem seu processo de colonização pautado na exploração: de seus recursos naturais e, sobremaneira, de seu povo, escravizado, proibido de exercer sua liberdade, cultura, religião, hábitos e idioma. Adequando o absolutismo aos ideais iluministas, a Carta

de 1824 augurou direitos individuais em seu artigo 179, deixando, no entanto, de tutelar diretamente o direito à liberdade de locomoção, implícito no artigo 178, que alude aos direitos individuais (SILVA NETO, 2018, p. 101). Por outro lado, reproduz o privilégio situado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão<sup>16</sup>, eliminando exclusivamente os privilégios que não forem essenciais e absolutamente ligados aos cargos por utilidade pública (art. 179, XVI).

A Constituição Republicana de 1891 rompe com o absolutismo e com o poder moderador, ao prever como órgãos da soberania nacional somente o Legislativo, Executivo e o Judiciário, bem como a autonomia federalista dos Estados. Em seu artigo 72, *caput*, assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade (em sentido amplo), à segurança individual e à propriedade, asseverando, também, a igualdade de todos perante a lei, inadmitindo, em tese, privilégios de nascimento, foros de nobreza e suprimindo ordens honoríficas. Já o art. 72, §10, assegura especificamente a liberdade de locomoção.

O texto protagoniza, segundo Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 104), em seu art. 72, § 22, o que conduziria para “a construção da doutrina brasileira do *Habeas Corpus*”, artigo que fora, ainda, modificado em sua redação original pela emenda constitucional de 3 de setembro de 1926, para privilegiar a aptidão do remédio contra a ameaça ou violação à liberdade de locomoção<sup>17-18</sup>

Após os acontecimentos da Revolução de 1930, foi promulgada a Constituição de 1934, para organizar o regime político, com a

---

16. Art.1º: Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem fundamentar-se na utilidade comum (UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO, 1978).

17. Art. 72: A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] § 22. Dar-se-ha o habeas-corpus sempre que alguém sofrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violência por meio de prisão ou constrangimento ilegal em sua liberdade de locomoção. (Redação dada pela Emenda Constitucional de 3 de setembro de 1926). [*sic*] (texto original). (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1891).

18. No entanto, o mesmo autor sinaliza para a inadequação do texto de 1891 ao constitucionalismo social (SILVA NETO, 2018, p. 104).

intervenção do Estado na economia. Apesar de garantir alguns direitos ao ser humano, na linha da Constituição anterior, inseriu no panorama constitucional, pela primeira vez, os direitos sociais, no título sobre a ordem econômica e social, influenciada, também, pela Constituição de Weimar (SILVA NETO, 2018, p. 104).

Amplia a cidadania, inclusive com o voto feminino (restrito)<sup>19</sup>, mantém o destaque da liberdade no rol dos direitos e garantias individuais e veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios cobrarem, sob qualquer denominação, impostos interestaduais, intermunicipais de viação ou de transporte, ou quaisquer tributos que, no território nacional, gravem ou perturbem a livre circulação de bens ou pessoas e dos veículos que os transportarem (art. 17, IX). Outrossim, repete o dispositivo que assegura a liberdade (art. 13, *caput*) e a liberdade de locomoção, artigo 13, item 14, ressaltando a exigência de passaporte e as restrições da lei.

É na Carta Política de 1937 que, apesar dos retrocessos em termos de democracia e direitos humanos, pela primeira vez, de maneira explícita, reconhece-se a liberdade de locomoção, possibilitando sua movimentação por todo o território nacional, inclusive na aquisição de bens<sup>20</sup>. Ademais, menciona o direito de ir e vir explicitamente em três oportunidades (art. 16, XX; art. 122, 16<sup>o</sup>; art. 168, *a*). A superficial abertura aos direitos do cidadão, velava a ditadura disfarçada de democracia, com a concentração de poder pelo governante e seus nomeados interventores. Nessa toada, com o decreto 10.358 de 1942, houve a suspensão dos direitos e garantias, com a decretação do Estado de Guerra.

Após a Segunda Guerra Mundial e, resgatando a democracia, os valores liberais e direitos básicos como liberdade, propriedade

---

19. Vale ressaltar que somente estariam autorizadas a participar do processo político as mulheres que exerciam função pública remunerada dentro dos parâmetros do art. 109.

20. Art. 122: A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: [...] 2. todos os brasileiros gozam do direito de livre circulação em todo o território nacional, podendo fixar-se em qualquer dos seus pontos, aí adquirir imóveis e exercer livremente a sua atividade (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1937).

e segurança individual (art. 141), é promulgada a Constituição de 1946. Republicana, federalista, promove a revisão dos direitos e garantias individuais, bem como retoma a ordem econômica e social, recorrendo ao passado para buscar nas Constituições de 1891 e 1934 elementos para sua formação<sup>21</sup>. Em seu artigo 142, assegurou a liberdade de locomoção a qualquer pessoa, respeitados os preceitos da lei<sup>22</sup>.

Contemporânea a ela, em 1948, surge, no contexto internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (Organização das Nações Unidas), promovendo o respeito a direitos e liberdades, dentre os quais a liberdade de locomoção, surgindo, portanto, o direito à liberdade de locomoção no panorama global, para os Estados membros da ONU<sup>23</sup>.

O golpe militar de 1964 acarreta a outorga de outra Carta Política, a qual, na mesma esteira que as demais Cartas impostas, suprime direitos antes constitucionalizados. *In casu*, o direito à liberdade de locomoção é cingido e circunscrito, a despeito de sua antevisão nas Constituições brasileiras antecedentes e sua consignação internacional pela ONU. A Carta de 1967 estabelece o toque de recolher dos governos militares, contrariando e ferindo de morte a liberdade de locomoção no período, limitando a autonomia individual e antevendo a suspensão de direitos e garantias constitucionais, conquanto que não rechaçou, no texto, os direitos sociais já antevistos, cuja fonte encontrava-se no texto da Constituição de 1946.

---

21. José Afonso da Silva (2018, p. 87) assevera que este foi o maior erro da Carta Magna de 1937, posto que já nascera “de costas para o futuro, fitando saudosamente os regimes anteriores, que provaram mal”, não conseguindo, assim, realizar-se plenamente.

22. Art. 142: Em tempo de paz, qualquer pessoa poderá com os seus bens entrar no território nacional, nele permanecer ou dêle sair, respeitados os preceitos da lei. *[sic]* (redação original) (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1946).

23. Art. 1º: Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. [...] Art. 13º: 1. Todo ser humano tem direito à **liberdade de locomoção** e residência dentro das fronteiras de cada Estado. 2. Todo ser humano tem o direito de deixar qualquer país, inclusive o próprio, e a este regressar (NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL, 2009, grifo nosso).

A EC n. 1 de 1969, em verdade, é uma nova Constituição, só servindo como mecanismo de outorga, consubstanciando ato de poder constituinte originário, inaugurando distinta ordem jurídica, com o escopo de privilegiar o desenvolvimento econômico, sem se distanciar da justiça social (art. 169).<sup>24</sup>

Na Constituição de 1988, a liberdade de locomoção está protegida e abraçada no rol de direitos e garantias fundamentais, no art. 5º, XV, só podendo ser restringida em casos específicos previstos na Constituição, como é o caso da guerra declarada<sup>25</sup>. Importante, nesse ponto da investigação, fazer-se algumas anotações e esclarecimentos conceituais sobre este direito, pois, para a percuciente compreensão deste estudo, é basilar diferir a espécie liberdade de locomoção do gênero liberdade e, sobretudo, do direito à mobilidade urbana eficiente. Senão, veja-se:

Seguindo os ensinamentos de José Afonso da Silva, seria impreciso utilizar nesse trabalho o termo *liberdade individual*, pois refere-se ao gênero liberdades, que se distinguem nos seguintes grupos: (1) liberdade da pessoa física (liberdades de locomoção, de circulação); (2) liberdade de pensamento, com todas as suas liberdades (opinião, religião, informação, artística, comunicação do conhecimento); (3) liberdade de expressão coletiva em suas várias formas (de reunião, de associação); (4) liberdade de ação profissional (livre escolha e de exercício de trabalho, ofício e profissão); (5) liberdade de conteúdo econômico e social (liberdade econômica, livre iniciativa, liberdade de comércio, liberdade ou autonomia contratual, liberdade de ensino e liberdade de trabalho)<sup>26</sup>. Portanto, no que concerne a este artigo,

---

24. Nesse sentido: (SILVA NETO, 2018, p. 113-114); (SILVA, 2018, p. 89).

25. 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: [...] XV – é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens; [...] (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

26. Essa é a classificação adotada nesse trabalho, mas a doutrina não é uniforme. Cf. (CUNHA JÚNIOR, 2018, p. 604 *et seq.*); (SILVA NETO, 2018, p. 834 *et seq.*).

sempre referir-se-á à primeira categoria, a referente à liberdade da pessoa física (SILVA, 2018, p. 236-237).

O mesmo autor chama atenção que a doutrina francesa indica, como conteúdo do que aqui se denomina de liberdade da pessoa física, três prerrogativas: a liberdade de ir e vir; a segurança individual; e a liberdade de intimidade (SILVA NETO, 2018, p. 239). Observa-se, assim, que, para os franceses, a liberdade de ir e vir seria apenas uma prerrogativa do direito à liberdade de locomoção. Já para Dirley da Cunha Júnior (2018, p. 605), a liberdade de locomoção é a liberdade de ir e vir, prevista no artigo 5º, XV, da CF/88, sendo as expressões sinônimas e referentes ao mesmo direito. Comunga-se, *data venia*, com a doutrina que os diferencia.

No sentido do esboçado anteriormente, a liberdade da pessoa física divide-se em liberdade de locomoção e em liberdade de circulação. A primeira, a liberdade de locomoção, está insculpida no retro-mencionado artigo 5º, XV, que explicita duas situações: a liberdade de locomoção no território nacional em tempo de paz, que contém o direito de ir e vir (viajar e migrar) e de ficar e permanecer sem autorização, qual seja, a liberdade de locomoção nas ruas, praças e lugares públicos; e a liberdade de, em tempo de paz, a pessoa entrar no território nacional, nele permanecer e dele sair com seus bens, que seria o direito de ir e vir através das fronteiras nacionais, envolvendo o direito de migrar, mais restrito em virtude das limitações legais (SILVA, 2018, p. 239-240).

A segunda, a liberdade de circulação, seria uma manifestação especial da primeira, o direito de ir, vir, ficar, parar, estacionar, consistindo na faculdade de deslocar-se de um ponto a outro através de uma via pública ou afetada ao uso público, não podendo este, impedir o trânsito de pessoas de maneira estável, sendo um poder legal exercitável *erga omnes*, perfeitamente cabível no panorama de circulação nas vias urbanas. Consiste, não obstante, em três elementos: no conjunto indeterminado de usuários que atuam em direito próprio, em virtude da concessão de um poder legal; uma atividade ordenadora da Administração Pública titular da via afetada; e uma via afetada ao uso público (SILVA, 2018, p. 241).

Essa atividade ordenadora da via pela Administração ocorre em duplo sentido: na criação, ou autorização de criação, da rede viária necessária ao exercício da função e do direito de circulação, e na regulamentação do uso desta, isto é, a Administração tanto é competente para determinar e fornecer os meios de exercitar o direito, quanto para criar as normas que regulam a circulação reconhecida. Lembra o autor, por fim, que cabe à União estabelecer os princípios e diretrizes para o sistema nacional de viação (art. 21, XXI) e legislar privativamente sobre trânsito e transportes (art. 22, XI), restando, aos Estados e Municípios, disciplinar o tráfego nas respectivas vias públicas (SILVA, 2018, p. 241-242).

A Constituição Cidadã, expressão do constituinte Ulysses Guimarães, ressuscita<sup>27</sup> e transcreve, no constitucionalismo brasileiro, o acordado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 e na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, com ênfase, sobremaneira, para a dignidade da pessoa humana e a cidadania. Já o direito à mobilidade urbana eficiente, é incluído ao art. 144, §10, I, pela Emenda Constitucional no 82 de 2014, de maneira totalmente inaugural no contexto constitucional pátrio.

A ordem constitucional estreada em 1988, consagra novas dimensões de direitos fundamentais decorrentes e correlatos ao direito à mobilidade urbana eficiente, bem como as suas vias de efetivação. Ademais, ao condicioná-los à sua função social, *exempli gratia*, proporciona a identificação e a evolução de nuances e objetivos relacionados à mobilidade nos espaços urbanos.

Assim se deu a previsão no contexto constitucional brasileiro do direito individual à liberdade de locomoção até que, com o advento da CF/88 e das liberdades sociais, o direito social à mobilidade urbana eficiente fora finalmente reconhecido no contexto constitucional pátrio. Como se depreende do exposto acima, este desenvolvimento nem sempre aconteceu de forma linear e positiva, dependendo do momento histórico e político atravessado, compreendendo avanços,

---

27. Uma vez que o direito à liberdade de locomoção fora restringido e retrocedido com as cartas políticas outorgadas.

nos períodos democráticos, e retrocessos, nos períodos onde o autoritarismo imperava.

Positivar o direito à mobilidade urbana eficiente<sup>28</sup> possibilitou a obtenção de uma dimensão substancial do conceito de liberdade da pessoa física, para além dos aspectos dos direitos civis de abstenção do Estado em impedir o deslocamento, entrada e permanência do indivíduo no território nacional.

Nesta outra dimensão social ou, ainda, segunda dimensão, o Estado seria responsabilizado caso obstasse o deslocamento das pessoas na cidade por omissão em seu dever de prestação, em razão, por exemplo, da falta de infraestrutura adequada à concretização da mobilidade urbana eficiente, bem como pelo não atendimento ao mínimo vital para os excluídos e necessitados, negando-lhes a garantia constitucional da dignidade da pessoa humana<sup>29</sup> e o acesso e fruição de seus direitos sociais, devendo adotar medidas, como o estabelecimento de tarifa pública acessível aos cidadãos de menor nível de renda.

Outrossim, resta reafirmar a distinção entre os direitos aqui versados, tendo em vista os seus pontos de contato, para que não sobressaiam desvirtuamentos conceituais, que viriam a prejudicar a exata apreensão de suas idiossincrasias. Com efeito, para uma fruição substancial do direito individual à liberdade de locomoção, é essencial a promoção do direito social à mobilidade urbana, através de prestações positivas por parte do Estado, que se darão por meio de políticas públicas vocacionadas à implementação do direito e/ou através dos órgãos incumbidos da defesa dos direitos sociais, como é o caso do Ministério Público e das Defensorias Públicas.

---

28. Manoel Jorge e Silva Neto (2018, p. 826) observa que “o adjetivo ‘eficiente’ impõe ao Estado a prática de atos positivos, prestacionais destinados a tornar concretamente fruível o direito à mobilidade urbana. Assim, pode-se concluir que o direito em questão possui composição social, ao passo que a liberdade de circulação assume color de direito fundamental de primeira geração”.

29. “Esse princípio vincula e obriga todas as ações e políticas públicas, pois o Estado é tido como meio fundado no fim que é o homem, ao qual se há de respeitar em sua dignidade fundante do sistema constituído (constitucionalizado). É esse acatamento pleno ao princípio que torna legítimas as condutas estatais, as suas ações e as suas opções” (ROCHA, 1999, p. 7).

Portanto, o direito individual à liberdade de locomoção só pode ser fruído em seu aspecto substantivo e em sua completude, por intermédio da efetivação do direito social à mobilidade urbana eficiente. De tal modo, o direito individual à liberdade de locomoção é indissociável e incidível ao direito fundamental à mobilidade urbana eficiente, porém com este não se confunde. Enquanto aquele diz respeito à liberdade ambulatorial do sujeito de direito, visando uma abstenção estatal no que diz respeito à limitação do homem no espaço, sendo, dessa forma, um direito de primeira dimensão, este se traduz em uma obrigação positiva, um *facere*, que tem o Estado, na implementação de políticas públicas que visem realizar, viabilizar e promover o deslocamento do indivíduo no espaço urbano.

## **5. A MOBILIDADE URBANA EFICIENTE COMO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL – RELEVÂNCIA DA MATÉRIA**

---

Congênere já encetado nas páginas alhures, o êxodo rural que, no Brasil, teve seu crescimento exponencial a partir da década de 50, atingindo seu ápice nas décadas de 60 e 70, provocou, deveras, mudanças no cenário urbano nacional (GONÇALVES, 2001, p. 174). Não só em seu aspecto paisagístico, mas, também, sobressaindo a exterioridade material e, principalmente, nos aspectos filosóficos, econômicos, sociológicos e políticos. O espaço urbano tem se mostrado de importância fundamental, em decorrência da luta de classes, nas últimas décadas, e da dinâmica de produção e exploração capitalistas. Com a expansão das cidades, segmentos das classes menos favorecidas foram empurrados para as áreas periféricas, sem infraestrutura urbana mínima, serviços e demais equipamentos coletivos, transformando-as em locais de grande segregação socioespacial.

Daí decorre o *Direito à Cidade*, referência para o direito urbanístico na estruturação urbana, almejando os princípios de justiça social, igualdade, dignidade, função social da cidade, função social da propriedade e demais princípios norteadores da proteção dos direitos fundamentais na cidade. Como tal, trata-se originalmente

de direito humano tendente a fixar o desenvolvimento das cidades e o uso do espaço público de forma equânime por todos os seus habitantes.<sup>30</sup>

Certo é que esse movimento de urbanização, de caráter concentrador, posto que as fábricas nos grandes centros atraíram grande contingente populacional, além de vaporoso e desenfreado, deixou marcas até os dias atuais na experiência da população urbana. A dilatação espacial desmedida e, sem o devido acompanhamento dos instrumentos estatais, impeliu frações das classes trabalhadoras para espaços periféricos, violadores da dignidade humana. Depostas, pois, de serviços essenciais e de infraestrutura urbana básica, como saúde, educação, transporte, lazer, trabalho, moradia, segurança pública, e, com o relevo que adquire nesse trabalho, condição de mobilidade urbana adequada e eficiente, o que é agravado por um quadro deficitário de políticas públicas promotoras da cidadania e que assegurem a eficácia desses direitos fundamentais de cunho social.

Por outro lado, as cidades desempenham importante empreitada da vida da espécie humana. Segundo o sociólogo e professor da Universidade de Paris, Henri Lefebvre (2001, p. 59-63), a cidade seria a “projeção da sociedade sobre um local”, *id est*, não tão somente sobre o “lugar sensível” (perceptível pelos sentidos), porém, mais além, sobre o plano específico, abrangido e arquitetado pela racionalidade, a qual tem a tarefa de determinar a cidade e o urbano, definição que é complementada pela ideia de “conjunto das diferenças entre as cidades”. *Idem*, evidencia o supracitado autor que, ao lado da sua definição sobre cidade, deve ser evidenciado o principal papel histórico da cidade ocidental, qual seja, a “aceleração dos processos (a troca e o mercado, a acumulação dos conhecimentos e dos capitais, a concentração desses capitais)” e a sua característica de ser o “local das revoluções”.

---

30. Segundo Lefebvre (2001, p. 15) “é preciso aliar crescimento com desenvolvimento, ou seja, ir em direção da sociedade urbana, todavia implica dizer que as novas necessidades devem ser prospectadas, pois as necessidades são descobertas no decorrer da emergência”.

Quanto às funções urbanas necessárias à vida nas cidades, destaca-se o trabalho, lazer, transporte, moradia e a circulação, que nada mais são do que espécies que se conglomeram no gênero mobilidade urbana. Todas são, observe-se, direitos fundamentais sociais. Quanto à relevância do tema *sub examine*, repercute, a mobilidade urbana, como uma das questões centrais do Direito à Cidade e uma das principais problemáticas a serem enfrentadas nos grandes centros urbanos. Aliás, a mobilidade urbana significa, antes de tudo, o direito de acesso à cidade, afetando de maneira direta os cidadãos brasileiros, colocando em xeque valores relevantes e indispensáveis à dignidade da pessoa humana e ao exercício da cidadania, com o estabelecimento de normas para o uso dos transportes públicos, motorizados ou não, e do solo.

Nessa toada, no que tange ao conteúdo ideológico da Constituição Federal de 1988, André Ramos Tavares (2017, p. 192-193) classifica-a como social ou dirigente, justamente por demandar uma atuação positiva do Estado, consagrando a igualdade substancial, através dos direitos sociais, consagrando o Estado do Bem Comum. Destarte, há de se traçar expressamente os grandes objetivos que não de nortear a atuação governamental, a exemplo da mobilidade urbana eficiente, impondo-os, ao menos a longo prazo. Somado a isso, a função social que condiciona os direitos fundamentais, desde a promulgação da CF/88, propiciou o reconhecimento e desenvolvimento de novas condicionantes e objetivos relacionados ao direito social à mobilidade urbana eficiente nos espaços urbanos.

Não foi por outro motivo que, o direito social à mobilidade urbana eficiente, fora incluído expressamente na Constituição de 1988, por ordem da Emenda Constitucional nº 82/2014, posto que é um direito constitucional fundamental, portanto evidenciada sua essencialidade, tal qual a educação, o transporte e a cultura.

Do ponto de vista econômico, em pesquisa realizada na USP (Universidade de São Paulo) com o apoio da FAPESP (Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo), estimou-se que, em virtude dos problemas decorrentes da ineficácia do direito à mobilidade urbana na região metropolitana de São Paulo, o país perde anualmente cerca de 156 bilhões de reais.

A pesquisa quantifica esse impacto a partir de diversas variáveis, uma delas chamada de “excesso de fricções de mobilidade”, decorrente da diferença entre o tempo “normal” de locomoção e o tempo real, que se descobriu ser 30% maior. Após, determinou-se como essa variável afeta a produtividade dos trabalhadores, para o estudo, todas as pessoas que trabalham fora de casa, além de como sua eliminação acrescentaria em produtividade, correspondendo a um aumento do consumo e do PIB (produto interno bruto), na ordem de 10,94% para o PIB do município e de 2,83% no PIB nacional (HADAD, 2015).

Outra questão que permeia tanto a economia quanto a temática ambiental, diz respeito à ocupação do espaço público e da exploração dos recursos sem pensar no aspecto sustentável, além da questão da poluição atmosférica. Com a positivação do direito ao meio ambiente<sup>31</sup> (artigo 225 da CF/88)<sup>32</sup>, o conceito de sustentabilidade, garantido inclusive para as próximas gerações, é inaugurado na legislação brasileira.

Outrossim, a racionalidade no uso do solo, bem assim a expansão do tecido urbano das cidades, por meio de suas leis de zoneamento e parcelamento do solo urbano, em conformidade com as técnicas do urbanismo e, com legitimação popular, além de sua participação ativa, são indispensáveis para o planejamento da mobilidade urbana. Do ponto de vista político, destaca-se a representação de interesses de classes, em detrimento de efetivar a legislação vigente, através de propostas que fomentem políticas setoriais de inclusão social, garantindo a utilidade da cidade.

Do ponto de vista social, são vultosos os desafios enfrentados e os entraves à efetivação do direito em debate, principalmente no

---

31. A CF/88 definiu como competência da União (normas gerais), dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, a proteção do meio ambiente e o combate à poluição em todas as suas formas (art. 23, VI).

32. Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

que tange às desigualdades no acesso ao serviço de transportes urbanos, provocando exclusão social. Ora, no país, no que concerne à mobilidade urbana deficitária, com relevo para as grandes cidades, podem-se destacar a ineficiência e insuficiência dos transportes públicos de massa, em decorrência de um modelo de planejamento urbano inadequado por parte do Poder Público. Na prática, fomenta-se o transporte motorizado individual em detrimento do transporte coletivo e do não motorizado, práticas sistemáticas que ocasionam congestionamentos, desperdício de tempo e combustível, poluição e degradação, acidentes de trânsito, em decorrência da falta de estrutura viária e de mobilidade urbana, violência no trânsito, a falta de acessibilidade, dentre outros problemas.

Assim, a mobilidade urbana eficiente<sup>33</sup> é um dos caminhos para garantir tanto a qualidade de vida nas cidades quanto a inclusão social urbana, já que a própria questão do acesso aos locais de trabalho surge como uma necessidade fundamental dos trabalhadores. Tudo isso, já seria suficiente para justificar a aprovação da supramencionada Emenda Constitucional 82/2014, não fossem as demais áreas que a questão atinge. A seguir, a redação da Emenda, que introduziu o direito à mobilidade urbana eficiente no contexto constitucional, *in verbis*:

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 144 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido do seguinte § 10:

---

33. "A mobilidade urbana não pode ser entendida somente como o número de viagens que uma pessoa consegue realizar durante determinado período, mas a capacidade de fazer as viagens necessárias para a realização dos seus direitos básicos de cidadão, com o menor gasto de energia possível e menor impacto no meio ambiente, tornando-a ecologicamente sustentável. É necessário efetivamente tratar da necessidade de deslocamentos das pessoas a partir do conceito de mobilidade urbana, acrescido da preocupação de sua sustentabilidade ecológica. Assim, a mobilidade urbana sustentável pode ser definida como o resultado de um conjunto de políticas de transporte e circulação que visam proporcionar o acesso amplo e democrático ao espaço urbano, através da priorização dos modos não motorizados e coletivos de transportes, de forma efetiva, socialmente inclusiva e ecologicamente sustentável, baseado nas pessoas e não nos veículos". (BOARETO, 2003, p. 49).

'Art. 144.

§ 10. A segurança viária, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do seu patrimônio nas vias públicas:

I – compreende a educação, engenharia e fiscalização de trânsito, além de outras atividades previstas em lei, que assegurem ao cidadão **o direito à mobilidade urbana eficiente**; e

II – compete, no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, aos respectivos órgãos ou entidades executivos e seus agentes de trânsito, estruturados em Carreira, na forma da lei.' (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação. (BRASIL, 2014, grifo nosso).

Nesta conjuntura, é conveniente afirmar-se que, o direito social à mobilidade urbana eficiente, já era consagrado de forma expressa pelo ordenamento jurídico infraconstitucional. Assim, a Emenda Constitucional 82/2014 não inaugurou, no ordenamento jurídico, a proteção ao direito à mobilidade urbana eficiente. O direito, já era expressamente agasalhado, em decorrência da promulgação da Lei n.º 12.587/12, a qual dispõe, em seu art. 5º e incisos seguintes, que a Política Nacional de Mobilidade Urbana está fundamentada nos princípios da acessibilidade universal, do desenvolvimento sustentável das cidades, das dimensões socioeconômicas e ambientais, na equidade no acesso dos cidadãos ao transporte público coletivo, na eficiência, eficácia e efetividade na prestação dos serviços de transporte urbano, na gestão democrática e controle social do planejamento e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana, na segurança nos deslocamentos das pessoas, na justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços, equidade no uso do espaço público de circulação, vias e logradouros e na eficiência, eficácia e efetividade na circulação urbana.

O próprio conceito de mobilidade urbana pode ser extraído do artigo 1º cumulado com o artigo 4º, II, da Política Nacional de Mobilidade Urbana (supramencionada Lei 12.587/2012), podendo ser entendido como a integração entre os diferentes modais de transportes (motorizados e não motorizados), como formas de melhorar a

acessibilidade e mobilidade de pessoas e cargas no território de um determinado município, ou, ainda, a condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano. O artigo 3º destaca a existência de um Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, que consiste em um conjunto organizado e coordenado de diversos modais de transporte, serviços e infraestrutura, que almejam garantir o deslocamento de pessoas e de cargas no município.

Mobilidade urbana condiz com a maneira como os sistemas de transporte e trânsito das cidades são concebidos, utilizados e organizados, face às complexas interações entre diversas forças e interesses, desde os cidadãos individualmente considerados, até as organizações privadas e públicas, o que acaba por envolver o sistema político e econômico, o Estado, o capital, a indústria e o comércio, além dos sistemas de transporte e trânsito, dos processos migratórios e do valor da terra. Essa interação complexa, entre tais processos e agentes, acaba por influenciar diretamente o espaço urbano no qual se vive e, por conseguinte, nas formas como as locomoções e como os sistemas de transporte e trânsito são organizados e utilizados (VASCONCELLOS, 2012, *passim*).

A qualificação do espaço urbano via valorização da mobilidade do cidadão –priorizando sempre o pedestre– e do transporte público coletivo, bem como dos meios não motorizados de mobilidade, produzindo espaços e equipamentos públicos que possibilitem a mobilidade com acessibilidade a todos os cidadãos, seja de ônibus, de bicicleta ou de cadeira de rodas, é questão de relevância a ser realçada. Afinal, as pessoas portadoras de deficiências, os idosos e as crianças acabam sendo excluídos do espaço urbano quando impedidos de circular satisfatoriamente, ou seja, acessá-lo com segurança e autonomia.

Nesse contexto, a política de mobilidade está diretamente associada à promoção da acessibilidade, configurando-se como materialização do direito à igualdade e instrumento de garantia da cidadania, de forma que as cidades se adaptem às particularidades de seus habitantes, posto que não dispõem de exatas condições de exercer seus direitos, exterminando barreiras físicas que bloqueiam a circulação e a integração social dos indivíduos com restrições de locomoção.

Destarte, eleva-se que não houve excessos por parte do poder reformador em expressamente inserir este direito que, para os fins desta pesquisa e, afora a positivação expressa do direito na Constituição, é um direito fundamental social. Em primeiro lugar, repise-se que, a inserção do direito social à mobilidade urbana eficiente, respeita as limitações materiais do artigo 60, §4º da CF/88.<sup>34</sup> Mais ainda, defende-se que a emenda não só não tende a abolir ou inviabilizar os direitos e garantias individuais (artigo 60, §4º, IV), mas funcionou como verdadeira garante da eficácia de uma plêiade de direitos fundamentais. Abraçando-se o direito social à mobilidade eficiente, avança-se na garantia de outros direitos individuais como liberdade de locomoção, direitos sociais como o transporte e, logicamente, o valor fundamental da dignidade da pessoa humana.

Conforme já exposto, o rol de direitos constitucionais fundamentais do artigo 5º não é taxativo, espraiando-se por todo o texto constitucional, de acordo com o entendimento do próprio STF, desde a já comentada ADIN no 939-7 de 18/03/94, sendo, portanto, perfeitamente válida, a previsão de outros direitos por meio de emenda constitucional, a exemplo da EC n. 26/2000, que incluiu o direito fundamental à moradia e da EC n. 90/2015, que incluiu o direito fundamental ao transporte, ambos direitos sociais de segunda dimensão, como defende-se que se trata o direito à mobilidade urbana eficiente. É suficiente pensar que, em atenção ao mandamento constitucional, todos os cidadãos possuem o direito e a necessidade de se deslocar efetivamente, quer dizer, em segurança, de maneira harmoniosa e adequada, com sustentabilidade e inclusão social com acessibilidade, de forma a garantir a fruição de outros direitos fundamentais que lhe cercam.<sup>35</sup>

---

34. Art. 60: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I – a forma federativa de Estado; II – o voto direto, secreto, universal e periódico; III – a separação dos Poderes; IV – os direitos e garantias individuais (PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS, 1988).

35. A jurisprudência confirma, verifique-se: AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 21606-92.2014.8.08.0035 RELATOR: DES. SAMUEL MEIRA BRASIL JR. RECORRENTE: MUNICÍPIO DE VILA VELHA. ADVOGADO: CARLOS MAGNO RODRIGUES VIEIRA. RECORRIDO: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. ADVOGA-

Verifica-se que aqueles direitos, não originalmente concebidos pelo constituinte de 1988, vêm, paulatinamente, sendo reconhecidos no processo, incipiente, de amadurecimento e conscientização da sociedade brasileira em reivindicar novos direitos. A despeito do reconhecimento formal e, acima disso, busca-se a sua realização material, através de ações afirmativas estatais ou, em sua falta ou insuficiência, mediante prestação jurisdicional.

Por óbvio que a proteção fornecida pela cláusula pétrea impede que os direitos fundamentais sejam abolidos ou tenham o seu núcleo essencial amesquinhado mas, por outro lado, não obsta que o legislador reformista amplie o catálogo existente, com a criação de novos direitos. Nesse ponto, surge uma dúvida com relação ao reconhecimento expresso de direitos fundamentais pelo poder constituinte reformador, a exemplo da mobilidade urbana eficiente: serão eles considerados cláusulas pétreas?

Bem, as cláusulas pétreas se fundamentam na superioridade do poder constituinte originário, que limita o conteúdo das deliberações do poder de reforma. No entanto, o poder de reforma não pode se limitar, ou restaria desnaturado, o que configura óbice à criação de cláusulas pétreas. Diante disso, o novo direito fundamental, em

---

DO: FÁBIO RIBEIRO BITTENCOURT. MAGISTRADO: ARTHUR JOSÉ NEIVA DE ALMEIDA. EMENTA. PROCESSUAL CIVIL. **DIREITO FUNDAMENTAL. MOBILIDADE URBANA.** 1. A Lei 7.853/89 impõe ao Poder Público o dever de assegurar aos portadores de deficiência o pleno exercício dos seus direitos básicos, inclusive mobilidade urbana. 2. A legislação estadual, por sua vez, Lei nº 3.693, já cria o serviço de transporte em questão e sua fonte de custeio, inexistindo qualquer ônus para o Município. A única exigência legal é assinatura de convênio para o funcionamento do serviço mão na roda, sendo o custeio realizado pelo Estado. 3. Por fim, a Lei nº 5.502/2014 autoriza ao Poder Executivo Municipal a realização de convênio para o serviço de transporte destinado aos portadores de necessidades especiais com o Estado do Espírito Santo, sendo a operação dos referidos serviços realizada por terceiros. Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas. Acordam os Desembargadores da QUARTA CÂMARA do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, à unanimidade, negar provimento ao recurso. Vitória (ES), 15 de dezembro de 2014. Presidente Desembargador SAMUEL MEIRA BRASIL JR. Relator. (TJ-ES – AI: 00216069220148080035, Relator: SAMUEL MEIRA BRASIL JUNIOR, Data de Julgamento: 15/12/2014, QUARTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 19/01/2015).

sendo diverso daqueles que o constituinte originário quis eternizar, não poderá ser tido como direito perpétuo, livre de abolição por uma emenda subsequente (MENDES; BRANCO, 2017, p. 122-123).

Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes (2017, p. 122-123) ressaltam a possibilidade de que uma emenda à Constituição acrescente dispositivos ao catálogo dos direitos fundamentais sem que, de fato, esteja criando direitos novos. A emenda poderia, assim, estar apenas especificando direitos já concebidos pelo constituinte originário. *Id est*, o direito já existia, passando apenas a ser mais bem explicitado. É o caso do direito ao transporte, moradia e mobilidade urbana eficiente, já abraçados materialmente, de forma implícita, desde a origem da Constituição de 1988, pelo constituinte originário que, expressamente e em título específico, declinou os princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua ideia de Estado democrático, não podendo deixar de serem considerados cláusulas pétreas. Nesse caso, a cláusula pétrea já os abrangia, ainda que implicitamente.

Assim como qualquer direito fundamental, a mobilidade urbana eficiente possui as características da historicidade, já que fruto de uma evolução e desenvolvimento histórico e cultural; interdependência, não devendo ser erigida como um direito disjunto, mas sim como um todo; inalienabilidade, pois impreterível e fora do comércio; imprescritível, ou seja, não se torna inexigível pelo seu não exercício; irrenunciável, não se podendo dela dispor; universal, porque deve ser reconhecido para todos indistintamente; e limitável por outros direitos fundamentais de análoga dimensão constitucional (MENDES; BRANCO, 2017, p. 132-143).

Por fim, referimo-nos à PEC 85/2015, que almeja alterar o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a acessibilidade e a mobilidade urbana no rol dos direitos sociais. Por hora, impende afirmar que, a inclusão da mobilidade urbana eficiente neste rol de direitos fundamentais sociais, será um grande passo rumo à efetivação deste direito, promovendo um avanço na inclusão social, considerada como requisito necessário para se alcançar a cidadania social e a consolidação da democracia.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

A Constituição de 1988, na cláusula de abertura consubstanciada pelo artigo 5º, §2º, ao se adequar às exigências do Estado em um dado momento cultural, instituiu um rol dinâmico de direitos fundamentais, a serem reconhecidos, em razão de seu conteúdo e acuidade, até quando não jazerem categoricamente conscritos no texto constitucional, nos ditos direitos materialmente fundamentais.

Os tópicos anteriores têm o escopo de iluminar o caminho da categorização da mobilidade urbana eficiente como direito social, para que, chegado este ponto do texto, a partir da fundamentação exposta de maneira robusta e bem alicerçada, esta conclusão surja de maneira natural e lógica, concebendo-se a mobilidade urbana enquanto direito social com *status* constitucional, constituindo-se em mecanismo de equidade e mobilidade sociais, garantindo a cidadania e diminuindo as desigualdades sociais.

Nesse aspecto, uma vez inserido na Constituição, o direito não mais poderá ser suprimido do ordenamento jurídico, tratando-se de verdadeira cláusula pétrea, consoante o esboçado no tópico acerca da fundamentalidade dos direitos sociais. A partir da interpretação sistemática do artigo 60, §4º, da CF/88, é notório que o constituinte içou os direitos fundamentais à condição de limite material expresso à reforma da Constituição, ou seja, peremptoriamente erigidos à condição de cláusula pétrea, mais um indicativo da fundamentalidade formal das normas que os consagram, como é o caso dos direitos sociais.

A ordem constitucional inaugurada em 1988, consagra novas dimensões de direitos fundamentais decorrentes e correlatos ao direito à mobilidade urbana eficiente e suas vias de efetivação. Outrossim, ao condicioná-los à sua função social, proporciona a identificação e a evolução de nuances e objetivos relacionados à mobilidade nos espaços urbanos. Já a positivação do direito à mobilidade urbana eficiente, *exempli gratia*, proporcionou a obtenção de uma dimensão substancial do conceito de liberdade da pessoa física, indo além dos aspectos dos direitos civis de abstenção do Estado.

Nessa conjuntura, verificou-se que o direito social à mobilidade urbana eficiente, direito de segunda dimensão, adjeta e cria condições materiais efetivas para a fruição do direito individual à liberdade de locomoção, direito de primeira dimensão, sendo, o primeiro, em verdade, pressuposto para o exercício do segundo, não havendo que se falar em contexto de sucessão ou evolução, uma vez que são coexistentes, na medida em que um possibilita a fruição do outro.

Por suposto, a conquista de direitos sociais é um processo em construção. Decerto, há um longo caminho a se desbravar, na adequação do tratamento a este direito fundamental, que abrange uma série de equipamentos públicos. Cristalino é o impacto ambiental e social que influenciará positivamente na qualidade de vida dos cidadãos, além da produtividade econômica que a organização deste sistema e a efetivação do direito podem proporcionar.

A relevância na abordagem da temática objeto deste artigo é verificada, na medida em que entabula, a mobilidade urbana eficiente, uma das questões centrais do direito à cidade. Ademais, a incumbência social que condiciona os direitos fundamentais, desde a promulgação da CF/88, pressagiou o reconhecimento e desenvolvimento de novas condicionantes e objetivos relacionados ao direito social à mobilidade urbana eficiente nos centros urbanos.

Nessa toada, o direito à mobilidade urbana eficiente fora incluído expressamente na Constituição de 1988, por ordem da Emenda Constitucional nº 82/2014, dada sua essencialidade de direito constitucional fundamental. Mais além, enquanto direito social com *status* constitucional, a ser assegurado aos cidadãos, conforma-se em mecanismo de equidade social, além de garantir a cidadania, a diminuição de desigualdades sociais, bem como instrumentalizar a mobilidade social.

Por derradeiro, entende-se que a inclusão da mobilidade urbana eficiente no rol de direitos fundamentais sociais, objeto da PEC 85/2015, será ferramenta benéfica ao, ainda tímido, processo destinado à concretização das normas constitucionais, visando à mudança cultural necessária para uma maior solidariedade social e a colocação definitiva do tema da mobilidade urbana na agenda política do país.

## 7. REFERÊNCIAS

---

- BOARETO, Renato. A mobilidade urbana sustentável. *Revista dos transportes públicos - ANTP*, São Paulo, n. 100, ano 25, p. 45-56, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 31. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2016.
- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 82, de 16 de julho de 2014*. Inclui o §10 ao art. 144 da Constituição Federal, para disciplinar a segurança viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/emc82.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc82.htm). Acesso em: 27 out. 2018.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADIN n. 939 DF*. Ação Direita de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 18 de março de 1994. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/748749/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-939-df>. Acesso em: 13 jan. 2019.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 11. reimp., Coimbra: Almedina, 2012.
- CARVALHO, José Murilo de. *Cidadania no Brasil: o longo caminho*. 12. ed. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2009.
- CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. *Revista Crítica Jurídica*, Curitiba, n. 22, jul./dez. 2003.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2018.
- GONÇALVES, Alfredo José. Migrações internas: evoluções e desafios. *Estudos avançados*. São Paulo, v.15, n. 43, set./dez., 2001.
- HADDAD, Eduardo Amaral; VIEIRA, Renato Schwambach. *Mobilidade, acessibilidade e produtividade*: nota sobre a valoração econômica do tempo de viagem na região metropolitana de São Paulo. TD Nereus, São Paulo, agosto/2015.
- HORTA, Raul Machado. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, n. 78, p. 7-25, jan./jul. 1994.
- JELLINEK, Georg. *Teoria General del Estado*. Tradução da segunda edição alemã por LOS RIOS, Fernando de. Buenos Aires: Albatros, 1970.
- LEFEBVRE, Henri. *O Direito à Cidade*. Tradução Rubens Eduardo Frias. São Paulo: Centauro, 2001.

- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2017.
- MOREIRA, Vital. *Fundamentos de Direito Constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 2009. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- PANCOTTI, José Antonio. Aspectos da hermenêutica constitucional dos Direitos Sociais. *Universitária: Revista do Curso de Mestrado em Direito, Aracatuba: Unitoledo*, v. 6, n. 1, p. 91-120, jul. 2006.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituição de 1891*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1824-1899/constituicao-35081-24-fevereiro-1891-532699-publicacaooriginal-15017-pl.html>. Acesso em: 05 ago. 2018.
- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituição de 1937*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1930-1939/constituicao-35093-10-novembro-1937-532849-publicacaooriginal-15246-pl.html>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituição de 1946*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1940-1949/constituicao-1946-18-julho-1946-365199-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 15 ago. 2018.
- PORTAL DA CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Constituição de 1988*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/consti/1988/constituicao-1988-5-outubro-1988-322142-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 18 ago. 2018.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Constituição e mudança constitucional: limites ao exercício do poder de reforma constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 30, no 120, p. 159-186, out./dez. 1993.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, n. 4, p. 23-49, 1999.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais como “cláusulas pétreas”. *Cadernos de Direito*. Piracicaba: Unimep, v. 3, n. 5, dez. 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Revista Brasileira de Direitos Fundamentais & Justiça: Revista do Programa de*

Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS. No 1, out./dez. 2007, Porto Alegre: HS Editora, p. 174. Disponível em: [dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/590/73/](http://dfj.emnuvens.com.br/dfj/article/download/590/73/). Acesso em: 10 jan. 2019.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2018.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: em busca do direito justo*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Responsável Ministro José Gregori. Declaração de direitos do homem e do cidadão. França, 26 de agosto de 1789. In: *Textos Básicos sobre Derechos Humanos*. Madrid: Universidad Complutense, 1973, traduzido do espanhol por Marcus Cláudio Acqua Viva *apud* FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves *et alli*. *Liberdades Públicas*. São Paulo: Saraiva, 1978. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-%C3%A0-cria%C3%A7%C3%A3o-da-Sociedade-das-Na%C3%A7%C3%B5es-at%C3%A9-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>. Acesso em: 01 out. 2018.

VASCONCELLOS, Eduardo Alcântara de. *Mobilidade urbana e cidadania*. Rio de Janeiro: SENAC NACIONAL, 2012.



## Capítulo IV

# A justiça de transição à luz do fundamento político do direito de Ronald Dworkin

*Camila Miranda Sousa Race\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. A teoria do fundamento político do direito de Ronald Dworkin; 3. A justiça de transição; 3.1 Conceito; 3.2 A justiça de transição à luz do fundamento político do direito; 4. Conclusão; 5. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

O presente trabalho aborda a justiça de transição à luz do fundamento político do direito defendido por Ronald Dworkin na obra “Uma questão de princípio”. Após uma ruptura com a ordem constitucional democrática e o cometimento pelo Estado de crimes contra a humanidade, o fortalecimento de um novo governo democrático depende do julgamento e punição desses crimes praticados no passado.

Destarte, o processo de redemocratização de um país depende não apenas de um processo eleitoral formal, mas também da concretização de direitos e reparação efetiva das vítimas do regime autoritário anterior. Nesse sentido, a ideia do fundamento político do direito vai ao encontro das aspirações democráticas ao defender a utilização de princípios políticos em decisões judiciais como forma de viabilizar a concretização de direitos.

Dessa feita, esses princípios poderão fundamentar decisões judiciais que condenem os Estados a aplicar mecanismos de justiça

---

(\*) Advogada, Especialista em Direito do Trabalho, ex-Estagiária da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia, ex-aluna de graduação da Universidade de Santiago de Compostela- Espanha (intercâmbio acadêmico). E-mail: cm\_sousa@live.com

de transição. Essa justiça visa resgatar e esclarecer acontecimentos históricos de violência em massa que violaram direitos humanos e, assim, toda a sociedade. Os mecanismos de justiça de transição visam garantir o direito à verdade, à memória, à justiça, à reparação devida e às reformas institucionais, através de medidas judiciais ou não, como decisões judiciais de revisão de leis de anistia e a criação de comissões da verdade.

Essa justiça é de suma importância por viabilizar a substancial democratização de um Estado. O conceito meramente formal de democracia que zela por um processo eleitoral honesto, não é suficiente para realmente concretizar os ideais de uma democracia constitucional.

Assim, a importância da justiça de transição transcende aos fatos violadores dos direitos humanos, pois visa garantir que as novas gerações, ao relembrar do passado, não cometam novas atrocidades no futuro.

Na análise desse tema, será estudada a teoria do fundamento político do direito de Ronald Dworkin e a justiça de transição.

Para ilustrar o presente trabalho, serão analisados aspectos da decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) proferida no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 153 e da sentença de condenação do Estado brasileiro pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund versus Brasil*.

## **2. A TEORIA DO FUNDAMENTO POLÍTICO DO DIREITO DE RONALD DWORKIN**

---

Na sua obra “Uma questão de princípio”, o filósofo do direito Ronald Dworkin analisa o fundamento político do direito, trazendo argumentos e reflexões sobre o uso de princípios políticos em decisões judiciais. Segundo o referido autor (2000, p. 3), as decisões judiciais possuem contornos políticos em maior ou menor grau, podendo uma decisão ser considerada mais benéfica para um grupo político do que para outro.

Inicialmente é importante ressaltar a diferença entre os argumentos de princípios políticos e os argumentos de procedimentos político, nesse sentido (DWORKIN, 2000, p. 6):

É a distinção entre argumentos de princípio político, que recorrem aos direitos políticos de cidadãos individuais, e argumentos de procedimento político, que exigem que uma decisão particular promova alguma concepção do bem-estar geral ou do interesse público. A visão correta, creio, é a de que os juízes baseiam e devem basear seus julgamentos de casos controvertidos em argumentos de princípio político, mas não em argumentos de procedimento político.

Diante do exposto, pode-se entender que as decisões judiciais devem fundamentar-se em princípios políticos, considerados aqueles relacionados aos direitos políticos dos indivíduos. Assim, diante de um caso concreto, o juiz deverá analisar o direito da parte e como será possível concretizá-lo. Por outro lado, os procedimentos políticos são os processos utilizados pelos legisladores, em um processo de abstração legislativa para escolher e formular leis que visam o bem-estar geral.

De acordo com Ronald Dworkin (2000, p. 6 e 7), “há, na verdade, duas concepções muito diferentes do Estado de Direito[...] a primeira é a que chamarei de concepção “centrada no texto legal”. [...] Chamarei a segunda concepção do Estado de Direito de concepção “centrada nos direitos”. Destarte, na primeira concepção o Estado e os indivíduos devem agir conforme as leis. Entretanto, na segunda, Dworkin (2000, p. 7) afirma que “os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo”.

Nesse diapasão, o Estado de Direito concebido como “centrado nos direitos” exige uma atuação maior do Estado e, consequentemente, do poder judiciário, já que os indivíduos possuem direitos morais entre si e políticos contra o Estado, não sendo possível que a mera aplicação da letra da lei concretize esses direitos.

Esse Estado de Direito “centrado nos direitos” deve ter seu conceito complementado com a ideia de Estado Constitucional de Direito, defendido pelos neoconstitucionalistas. Segundo Ricardo Maurício Freire (2019, p. 129):

A concretização do Estado Constitucional de Direito gera a necessidade de procurar o pluralismo de estilos culturais e a diversidade de circunstâncias, de condições históricas e de códigos de observação próprios dos ordenamentos jurídicos concretos, na tentativa de alicerçar a noção de juridicidade estatal.

Logo, o Estado de Direito deve, além de se guiar pelos direitos, considerar a Constituição como representativa de toda a pluralidade da sociedade, analisando as questões de direito dos seus cidadãos à luz de uma Constituição substancialista. Devido à complexidade das sociedades atuais, as decisões judiciais devem atentar-se a diversidade cultural e ao contexto histórico de um povo.

Ainda de acordo com Ricardo Maurício Freire (2019, p. 130), essa concepção exige que o Estado de Direito seja democrático, pautado em princípios, normas e valores legitimados pelo povo. Entretanto, tal conceito é mais complexo e difícil de ser implementado pelo Estado, exigindo esforços de todos os poderes estatais, em especial, do poder judiciário. Nesse contexto, as decisões judiciais ganham a importante função de promover e concretizar os direitos políticos e sociais de seus cidadãos, dando aplicação imediata aos direitos fundamentais previstos na Constituição.

Apesar das diferenças das duas concepções de Estado de Direito trazidas por Dworkin, o autor (2000, p.8) afirma que ambos os conceitos são complementares, pois o juiz atua em cima de leis publicadas, analisando o caso concreto conforme os princípios e todo o ordenamento jurídico. Portanto, as leis possuem um papel fundamental na busca do direito justo, contudo, o julgador não pode se ater apenas ao texto legal, devendo proferir decisões judiciais que efetivem direitos e valores.

As leis elaboradas pelo parlamento possuem abstração e generalidade para abarcar o maior número possível de situações, tais regras baseiam-se em hipóteses fáticas. Então, os parlamentares eleitos exercem um poder político representando seus eleitores e elegendo os temas que julgam carecer de regulamentação normativa.

Todavia, as normas não logram abarcar todos os casos, sendo, portanto, necessária a atuação criativa do juiz em algumas situações.

Nestes casos, como assevera Ronald Dworkin (2000, p. 27), o juiz possui uma maior capacidade para decidir essas questões de direitos, sem prejudicar o poder político do legislador.

Outrossim, Dworkin (2000, p. 28) esclarece que:

É improvável que os legislativos cheguem a uma decisão sobre direitos que ofenda tanto algum setor influente da comunidade a ponto de ofender a ordem política. Se o legislativo cometer esse erro, O governo cairá, e o processo ordeiro da democracia substituirá a legislatura imprudente por outra. Os tribunais não têm nenhuma defesa automática contra decisões muito impopulares porque os juízes não têm nenhum temor direto da insatisfação popular com o seu desempenho.

Destarte, o poder judiciário tem uma independência institucional que o permite julgar casos sem preocupação com um eleitorado ou grupo dominante do poder. As decisões judiciais não podem ser revistas automaticamente por mecanismos eleitorais e políticos, não cabendo aos juízes decidirem conforme a popularidade das decisões.

Os casos concretos mais complexos demandam uma análise mais profunda e criativa do juiz, assim, segundo Ronald Dworkin (2000, p. 30) “se todo o poder político fosse transferido para os juízes, a democracia e a igualdade do poder político seriam destruídas. Mas agora estamos considerando apenas uma classe pequena e especial de decisões políticas.”. Nesse sentido, as decisões de casos complexos baseados em princípios políticos representam uma parcela pequena das decisões judiciais, por isso não comprometem a separação dos poderes.

Outra importante questão é a melhor forma de interpretar as normas jurídicas nesses casos complexos. Ainda conforme Ronald Dworkin (2000, p. 43 e 44) há duas conhecidas teorias de revisão judicial: a “interpretativa” e a “não interpretativa”. A primeira defende que a revisão judicial deve basear-se somente no texto da Constituição. Por outro lado, a segunda, afirma ser possível basear tais revisões na moral, nas teorias de justiça ou no conceito de democracia.

Os textualistas, ou seja, aqueles adeptos da citada revisão “interpretativa”, defendem a análise isolada da Constituição. Assim,

caberia aos tribunais apenas analisar a aplicação da norma constitucional ao caso concreto, sendo válido somente o texto. Já a chamada corrente “não interpretativa” reconhece a complexidade dos casos e a necessidade de se ajustar o texto constitucional aos princípios envolvidos em uma determinada situação. Diante disso, para os defensores dessa teoria, a Constituição deve ser analisada no contexto histórico-social em que está envolvida, não sendo possível isolá-la.

Pelo exposto, resta claro que a corrente “não interpretativa” se coaduna melhor com a ideia de Estado de Direito “centrado em direitos” defendida por Ronald Dworkin. Destarte, cumpre, mais uma vez, citar o referido autor (2000, p. 48):

Qualquer afirmação sobre o lugar que a Constituição ocupa em nossa estrutura jurídica deve [...] basear-se numa interpretação da prática jurídica em geral, não da Constituição de alguma maneira isolada da prática geral. Os estudiosos que dizem partir da premissa de que a Constituição é direito subestimam a complexidade de suas próprias teorias.

Nessa afirmação, o autor deixa clara a relação entre a Constituição e a prática geral, não sendo possível concebê-la como mero documento prescritivo de direitos. Portanto, o juiz ao interpretar um caso concreto deve balizar-se por princípios políticos, teorias da justiça, valores sociais e democráticos e não apenas pelo texto legal da Constituição. Somente a partir dessa visão holística da Constituição será possível alcançar decisões judiciais arrazoadas.

Ainda no tocante as formas de interpretação, Ronald Dworkin (2000, p. 49) assevera que “apesar de todas as teorias constitucionais serem interpretativas no sentido amplo [...] , uma distinção importante entre essas teorias, que interpretam a prática constitucional de modo a tornar decisiva a intenção dos “fundadores” da Constituição, e as teorias que não o fazem.”.

Essa diferenciação, segundo Dworkin (2000, p. 50), reside no fato de uns defenderem que, apesar das dificuldades, deve ser feita a pesquisa histórica da intenção original do legislador ao formular uma norma constitucional para melhor decidir um caso e, por outro lado, outros estudiosos que afirmam que saber qual foi essa

intenção é um esforço infrutífero, pois podem até nem existir intenções relevantes.

Nesse diapasão, o ato de interpretar, seja através de pesquisas históricas que remetam a fiel intenção do legislador ou a concepção da improdutividade de tal pesquisa, requer uma complexidade de atos interpretativos. Assim, em ambos os casos, os juízes terão de exercer uma atividade criativa, seja para encontrar a intenção original, seja para desvendar a interpretação mais ajustada ao caso.

Diante dessa controvérsia, é pertinente acrescentar a visão de Ronald Dworkin (2000, p. 52):

Não há nenhum fato persistente da matéria – nenhuma intenção “real” estabelecida na história, independente de nossas opiniões sobre a prática jurídica ou constitucional adequada – contra o qual se possa testar a precisão das concepções que construímos. A ideia de uma compreensão constitucional original, portanto, não pode ser o início nem o fundamento de uma teoria da revisão judicial. Na melhor das hipóteses, pode ser o meio de uma tal teoria, e o que veio antes não é a análise psicológica da ideia de intenção e, menos ainda, a pesquisa histórica detalhada. É uma moralidade política substantiva – e controvertida.

Essa é a minha compreensão de como o conceito de intenção constitucional funciona em nossa doutrina jurídica.

A interpretação da intenção original do legislador pode servir como meio para uma teoria da revisão judicial, mas não início ou fundamento último de uma teoria de revisão judicial. A contribuição interpretativa dessa corrente não se refere a mera análise psicológica da intenção do legislador, mas sim a análise do contexto político à época da elaboração da norma.

Ademais, cumpre acrescentar o entendimento de Ronald Dworkin (2000, p. 217) sobre o Direito e a teoria política:

Sustentarei que a prática jurídica é um exercício de interpretação não apenas quando os juristas interpretam documentos ou leis específicas, mas de modo geral. O Direito, assim concebido, é profunda e inteiramente política. Juristas e juízes não podem evitar a política no sentido amplo da teoria política. Mas o Direito não é uma questão de política pessoal ou partidária.

Com base na teoria do fundamento político do direito defendida pelo citado autor, o Direito e a política em seu sentido amplo estão imbricados, atuando o magistrado conforme princípios políticos, mas jamais de forma partidária. A teoria política em sentido amplo serve como argumento de decisões judiciais, desde que haja o respeito aos valores democráticos, aos princípios e à justiça.

Como bem salienta Jürgen Habermas (1997, p. 252):

A teoria dos direitos, elaborada por Dworkin pode ser entendida como a tentativa de evitar as falhas das propostas de solução realistas, positivistas e hermenêuticas, bem como de esclarecer, através da adoção de direitos concebidos deontologicamente, como a prática de decisão judicial pode satisfazer simultaneamente às exigências da segurança do direito e da aceitabilidade racional.

Contra o realismo, Dworkin sustenta a possibilidade e a necessidade de decisões consistentes ligadas a regras, as quais garantem uma medida suficiente de garantia do direito. Contra o positivismo, ele afirma a possibilidade e a necessidade de decisões "corretas", cujo conteúdo é legitimado à luz de princípios (e não apenas formalmente, através de procedimentos). No entanto, a referência hermenêutica a uma pré-compreensão determinada por princípios não deve entregar o juiz à história de tradições autoritárias com conteúdo normativo; ao contrário, esse recurso obriga-o a uma apropriação crítica de uma história institucional do direito, na qual a razão prática deixou seus vestígios. Tribunais decidem sobre que direitos "políticos" pertencem a quem; Dworkin tem em mente os direitos que gozam de validade-positiva e merecem reconhecimento sob pontos de vista da justiça.

Assim, a teoria dos direitos de Dworkin busca superar os problemas das soluções realistas, positivistas e hermenêuticas. Essa teoria principiológica não é meramente abstrata, ela determina que as decisões judiciais devem pautar-se em critérios racionais ligados as normas e em princípios, não sendo a decisão judicial uma mera abstração do juiz. A concepção hermenêutica baseada na pré-compreensão estabelecida por princípios deve remeter o juiz a uma análise crítica da história institucional do direito e não a um histórico autoritário estatal. Outrossim, a teoria dworkiana baseia-se em direitos que gozam de validade-positiva à luz da justiça.

Acertadamente, Ricardo Maurício Freire (2019, p. 165) assevera que “nesse contexto de delineamento de um sistema jurídico principiológico, a obra de Ronald Dworkin impõe-se como divisor de águas no debate da filosofia pós-moderna do direito.”. Ainda segundo o autor (2019, p. 165), essa teoria sublinha a relevância dos princípios jurídicos como articuladores do direito e da moral.

Sob a influência da teoria de Dworkin a jurisprudência ganhou mais relevância, já que ao permitir a articulação de princípios e regras aplicadas a um caso concreto, as decisões judiciais possibilitam a concretização de questões de direitos.

Nessa perspectiva, Chaim Perelman (1996, p. 164) afirma que “não se deve esquecer, de fato, que nem as leis nem os precedentes são aplicados mecanicamente. Obrigado a julgar em todos os casos que entram em sua competência, o juiz dispõe, para tanto, do poder de interpretação.”. Logo, as decisões judiciais nos Estados Democráticos de Direito não podem ser aplicações mecânicas da letra da lei, mas sim processos interpretativos, pois os juízes não podem se abster, devendo julgar todos os casos sob a sua jurisdição.

Essa relevância dada à jurisprudência alinha-se as tendências do direito pós-moderno. A reaproximação do direito e a moral provocada pelas teorias pós-positivistas, contribuiu para o surgimento de diferentes teorias, entre elas o neoconstitucionalismo, segundo o qual o Estado Constitucional de Direito deve refletir os valores sociais e culturais de uma determinada sociedade.

Nesse sentido, Ricardo Maurício Freire (2008, p. 156) leciona:

O movimento neoconstitucionalista, com a internalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. A legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna, cujo parâmetro é a Constituição, e de crítica externa, cujo parâmetro é o substrato axiológico da moralidade social.

A moral e os princípios jurídicos consubstanciados na sociedade devem ser fontes do direito, bússolas norteadoras que, juntamente com a Constituição, guiam os juízes na prolação de decisões judiciais.

Como explicado anteriormente, o Estado de Direito “centrado em direitos” defendido por Dworkin, deve também incorporar a ideia de substancialidade da Constituição. Desse modo, as decisões judiciais deverão pautar-se em princípios e no contexto histórico-cultural no qual a sociedade encontra-se inserida.

É dentro dessa perspectiva que a democracia é concretizada. Por isso, Estados que romperam com regimes ditatoriais e passam por uma transição democrática devem rever os crimes de lesa a humanidade cometidos no passado sob o viés dos princípios políticos e da nova conjuntura histórica.

Destarte, cumpre citar Amartya Sen (2011, p. 398 e 399):

Entender os direitos humanos de uma perspectiva ética segue em sentido claramente contrário a entendê-los como exigências legais. [...] As vias e as maneiras de defender a ética dos direitos humanos não precisam se restringir à elaboração de novas leis (embora muitas vezes a legislação possa se mostrar o caminho correto para se proceder). [...] Em muitos contextos, de fato, não há nenhum envolvimento da legislação.

O valor moral dos direitos humanos sobreleva-se ao texto frio da lei. A defesa desses direitos deve orientar qualquer Estado que busque consolidar-se como democrático. Logo, um Estado para romper definitivamente com o regime de exceção anterior, precisa aplicar a justiça de transição. Tal justiça é um mecanismo essencial para se garantir uma verdadeira transição democrática. A prevalência dos direitos humanos deve alcançar também crimes cometidos no regime autoritário anterior, não bastando a busca pelo respeito a esses direitos apenas na novel democracia.

A teoria dos direitos de Ronald Dworkin pode ser usada como fundamento para a possibilidade de revisão judicial de leis e atos criminosos de lesa a humanidade cometidos durante regimes de exceção. A partir de decisões judiciais, crimes contra a humanidade podem ser punidos e mecanismos de justiça de transição podem ser aplicados a fim de se evitar novas atrocidades no futuro.

Ademais, importante citar o entendimento de Jürgen Habermas (1997, p. 261/262) sobre a teoria dworkiana:

De que modo a prática da decisão judicial pode satisfazer, simultaneamente, ao princípio da segurança e da pretensão de legitimidade do direito? Dworkin entrega a solução do problema a uma teoria pretensiosa, a qual permite, especialmente em casos difíceis, fundamentar as decisões singulares a partir do contexto coerente do direito vigente racionalmente reconstruído. [...] A coerência entre enunciados é produzida através de argumentos substanciais.

Então, as decisões judiciais em casos complexos devem ser construídas a partir do contexto do direito vigente reconstruído de forma racional e coerente. Essa coerência será estabelecida através de argumentos substanciais. Desse modo, a segurança jurídica e a legitimidade do direito serão preservadas. Como bem leciona Chaim Perelman (1996, p. 203) “Os argumentos não são, como um raciocínio demonstrativo, corretos ou incorretos; são fortes ou fracos, relevantes ou irrelevantes. À força ou a fraqueza dos argumentos é julgada de acordo com a regra e justiça.”.

Conforme explicado nesse estudo, a teoria dos direitos de Ronald Dworkin pode ser aplicada como técnica para a fundamentação de decisões judiciais. Desse modo, uma decisão judicial fundamentada em princípios e regras poderá revisar leis e atos criminosos praticados no passado ditatorial de um país, condenando-o a promover a justiça de transição. Portanto, um novo Estado Democrático poderá, através do poder judiciário, rever atos e crimes contra a humanidade cometidos durante o pretérito regime de exceção, sem que isso fira a segurança jurídica. Pelo contrário, a transição democrática apenas será completa após a efetiva revisão judicial desses crimes.

A teoria do fundamento político de Dworkin reconhece a relevância dos princípios na apreciação de decisões judiciais em casos complexos, além de considerar que os juízes atuam de forma política em sentido amplo, mas não partidária.

Diante do exposto, resta claro que a teoria dworkiana fundamenta e possibilita a revisão judicial de casos complexos através de argumentos de princípios. Portanto, tal teoria embasa a fundamentação principiológica de decisões judiciais que poderão condenar um Estado a estabelecer mecanismos de justiça de transição.

### 3. A JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

---

A justiça de transição é composta de diferentes mecanismos criados para promover e efetivar a transição democrática de um país que saiu de um antigo regime ditatorial. Devido a sua relevância para a preservação e promoção dos direitos humanos, tais mecanismos podem ser aplicados pelo Estados voluntariamente ou após condenações em decisões judiciais nacionais ou internacionais.

Por ser um tema muito importante para a consolidação dos valores democráticos de um novo Estado Democrático, cumpre conceituar a justiça de transição e ilustrar o presente estudo com a análise de aspectos da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e a condenação do Brasil na Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gomes Lund versus Brasil*.

#### 3.1. Conceito

---

No contexto atual da filosofia do direito, baseado na reaproximação do direito e moral, mecanismos de efetivação de princípios democráticos, como a justiça de transição tornam-se ainda mais importantes. Conforme leciona Fábio Comparato (2006, p. 699): “O longo caminho da evolução histórica tende a nos conduzir, nessa perspectiva, a geração da humanidade-pessoa: a nossa espécie torna-se mais consciente de sua posição no mundo, e procura elevar-se indefinidamente rumo ao absoluto.”

Essa nova concepção do direito legitima a busca pela efetivação da justiça de transição em países que romperam com um passado autoritário. Conforme explanam Natália Rodrigues e Francisco Veras Neto (2012, p. 257):

Ao abordamos o termo Justiça de Transição, não estamos falando de um conceito uniforme que possui um conteúdo limitado, estamos abordando um conjunto de práticas que devem ser pensadas em conformidade com o passado autoritário, visando eliminar fatos não esclarecidos e, assim, constituindo meios para fortalecer o regime democrático que vige nesse país. A palavra transição nos remete a ideia de movimento, de transformação, então o papel dessa justiça é modificar, é fazer transparecer

o novo sobre o antigo. É conseguir vislumbrar novos arranjos para uma sociedade que está saindo de um regime autoritário.

Desse modo, a justiça de transição pode ser conceituada como o conjunto de instrumentos judiciais ou não que buscam resgatar a verdade e a memória escondidas durante o período ditatorial, e, com isso, punir os responsáveis pelas atrocidades cometidas. Destarte, a justiça de transição irá realizar a necessária transição democrática do Estado que saiu de um regime de exceção e garantirá a não repetição de crimes de lesa humanidade no futuro.

Ademais, os efeitos dos mecanismos de justiça de transição podem ser compreendidos como (ALMEIDA e TORELLY, 2010, p. 37):

[...] Uma forma de, a um só tempo, dar extensão retroativa e prospectiva ao Estado de Direito, compensando e reparando as violações do passado restabelecendo os efeitos típicos do Estado de Direito, especialmente a igualdade perante a lei e a previsibilidade do sistema jurídico, de modo a garantir a não repetição da violência e evitar a existência, na sociedade que entende fundar uma democracia constitucional, de um “espólio autoritário”, composto por atos que não podem ser submetidos ao controle de legalidade do judiciário e pessoas que não podem ser processadas.

Pelo exposto, evidencia-se a relevância da justiça de transição para o alcance dos valores e princípios basilares do Estado Democrático de Direito. Logo, essa justiça busca lançar luz sobre atrocidades cometidas no passado para construir uma sociedade mais justa e igualitária, fundada no respeito à dignidade da pessoa humana.

Assim, a justiça de transição garante o direito à verdade que preserva a memória e permite que as informações sejam transparentes e acessíveis para toda a sociedade. Esse direito possui relação direta com o direito à memória, pois não permite que os terríveis abusos e violências sejam esquecidos ou escondidos da população.

Ademais, o resgate histórico dos fatos e crimes permite que o direito à justiça e à reparação devida sejam concretizados. Dessa feita, as vítimas das violações de direitos humanos poderão ingressar judicialmente contra seus supostos agressores e até contra o Estado,

além de poder exigir que o Estado resgate as informações do passado ditatorial através das comissões da verdade.

Nesse diapasão, após a apuração dos fatos históricos e do reconhecimento das violações em massa, o Estado poderá realizar as reformas institucionais necessárias para reparar seus erros e assegurar que outros não sejam mais cometidos.

A justiça de transição é composta por mecanismos judiciais ou não para a promoção de direitos e a punição de crimes cometidos durante regimes ditatoriais, sendo ela considerada um instrumento essencial na construção de um novo Estado Democrático de Direito. Apesar de importante, esses mecanismos encontram muita dificuldade para serem aplicados pelo novo Estado e, por isso, cabe estudar como a teoria dos direitos de Dworkin fundamenta decisões judiciais que condenam os Estados a reverem o seu passado autoritário.

### **3.2. A justiça de transição à luz do fundamento político do direito**

---

Resgatar a memória dos crimes praticados em ditaduras afeta agentes estatais e instituições políticas, por isso esse resgate não costuma ser efetuado espontaneamente pelo novo Estado. Na maioria dos casos, a justiça de transição é efetivada através de decisões judiciais que permitem a revisão de leis e atos praticados durante o período de exceção.

Nesse sentido, como exemplo, cumpre abordar aspectos da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF 153 e da decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos que condenou o Brasil no caso *Gomes Lund versus Brasil*.

A lei de anistia (6. 683/79) editada durante a ditadura militar, no processo de transição para a abertura democrática no país, impediu que crimes políticos e eleitorais cometidos por agente estatais durante a ditadura fossem investigados e julgados.

A referida lei foi alvo de uma ação de descumprimento de preceito fundamental, a ADPF 153, impetrada pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) em 2008. Essa ação pleiteava a revisão da lei

de anistia para que se pudesse efetuar a apuração e julgamento de crimes contra a humanidade cometidos pelo Estado durante a ditadura militar.

A OAB alegou na ação, entre outros argumentos, que a lei 6.683/79 não teria sido fruto de um acordo entre todas as partes interessadas, mas sim uma auto anistia concedida pelo próprio regime militar. Entretanto, o Supremo Tribunal Federal (STF), por sete votos a dois, julgou improcedente a referida ação.

Conforme trecho da sentença (ADPF 153, 2010, p. 2/3):

O significado válido dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. [...] No caso das leis-medidas interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão crimes conexos na lei n. 6.683/79. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada. [...] A lei n. 6.683 é uma lei-medida, não uma regra para o futuro, dotada de abstração e generalidade. Há de ser interpretada a partir da realidade do momento em que foi conquistada.

Esse trecho da decisão da Suprema Corte fundamentou-se em uma interpretação literal da lei, utilizando a intenção original do legislador como fundamento, em clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana e à teoria dos direitos de Ronald Dworkin. Como já exposto, Ronald Dworkin (2000, p. 52) defende que a intenção original do legislador não deve ser o início e o fundamento de uma teoria de revisão judicial, mas apenas meio para alcançá-la.

Portanto, esse argumento de ser a lei de anistia uma lei-medida e não uma regra abstrata passível de interpretação, não parece ser

o entendimento mais acertado. Interpretar a lei 6.683/79 apenas à luz do contexto histórico no qual ela foi editada, sem relacionar com a nova história vivenciada pelo país, viola princípios de um Estado Democrático de Direito.

O momento no qual foi editada a lei não pode ser o único parâmetro judicial, devendo ser analisado o atual contexto histórico com o reconhecimento de um novo rol de direitos humanos que devem ser tutelados, como o direito a não repetição. Os direitos humanos são reconhecidos ao longo da história, variando seu conteúdo em diferentes épocas (COMPARATO, 2006, p. 481):

[...] Os valores éticos não são visualizados pelo homem uma vez por todas e completamente, mas descobertos pouco a pouco, no curso da história. A pessoa é um modelo, ao mesmo tempo transcendente e imanente à vida humana, um modelo que se perfaz indefinitivamente e se concretiza, sem cessar, no desenvolvimento das sucessivas etapas históricas.

Assim, uma decisão judicial ao julgar o pedido de revisão de uma lei de anistia, deve considerar a evolução dos direitos humanos naquele Estado e interpretar conforme esses novos valores e direitos. Logo, a lei de anistia, por ter um conteúdo polêmico e complexo, deveria ter sido analisada sob o prisma dos princípios jurídicos que compõem o novo contexto histórico, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana.

Segundo Fábio Comparato (2006, p. 481): “o paradigma da pessoa humana reúne em si a totalidade dos valores; ela é o supremo critério axiológico a orientar a vida”. Portanto, conforme esse novo paradigma, uma decisão judicial, ao revisar uma lei complexa, deve guiar-se pelo valor mais alto de uma democracia: o princípio da dignidade da pessoa humana.

A teoria dos direitos de Dworkin complementa esse entendimento ao defender a aplicação dos princípios e da política em sentido amplo nas revisões judiciais. Com base nessa teoria, Estados que romperam com seu passado autoritário, mas que não efetivaram uma justiça de transição, poderão ser compelidos a efetivá-la através de decisões judiciais.

Em contraposição à decisão do Supremo Tribunal Federal que negou a revisão da lei de anistia, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CORTEIDH), no caso *Gomes Lund (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil*, condenou o Estado brasileiro, entre outras medidas, a revisar a referida lei. Essa ação originou-se de petição apresentada pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e pela *Human Rights Watch/Americas* em nome de pessoas desaparecidas no contexto da Guerrilha do Araguaia e seus familiares.

O presente caso foi submetido à Corte Interamericana de Direitos Humanos pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). A sentença proferida condenou o Brasil, entre outras medidas, a promover a revisão da lei de anistia brasileira e a criação de comissões da verdade, para garantir o direito à verdade, à memória e o julgamento de crimes e violações de direitos humanos durante a ditadura, buscando promover a não repetição de tais abusos.

Assim, a Corte determinou (CORTEIDH, 2010, p.115/116):

As disposições da Lei de Anistia Brasileira que impedem a investigação e sanções por violações graves dos direitos humanos são incompatíveis com a Convenção Americana, eles não têm efeitos legais e não podem continuar representando um obstáculo à investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, nem podem ter impacto igual ou semelhante em relação a outros casos de violações graves aos direitos humanos consagrados na Convenção Americana ocorridos no Brasil.(tradução livre)

Essa condenação considerou inconveniente a lei 6.683/79, devido a sua incompatibilidade com a Convenção Americana de Direitos Humanos. No julgamento, a CORTEIDH (2010, p. 5) declarou a importância da sua sentença e a necessidade de incorporá-la ao ordenamento jurídico nacional para que se possa investigar, processar e punir os crimes que até então estavam protegidos por uma interpretação da lei de Anistia que gera impunidade e deixa uma ferida social eternamente aberta, que precisa ser fechada com a aplicação do direito e da justiça. Assim, crimes de graves violações à direitos humanos não poderiam ser anistiados, tendo em vista, entre outros, o direito de não repetição.

A principal diferença entre essas duas decisões, tanto a do Supremo Tribunal Federal quanto a da Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseia-se, entre outras, na discussão sobre qual a melhor forma de garantir direitos em uma sociedade democrática: através da lei ou de decisões judiciais? Nesse sentido, importante citar Ronald Dworkin (DWORKIN, 2001, p. 26):

Assim, devemos considerar o argumento da democracia, como estratégia para decidir questões sobre direitos, sob dois aspectos. Existem, primeiramente, razões institucionais para que uma decisão legislativa sobre direitos tenha probabilidade de ser mais exata que uma decisão judicial? É difícil avaliar a questão da exatidão abstratamente, isto é, separadamente de alguma teoria particular de direitos. Mas não consigo imaginar em que argumento se poderia pensar para demonstrar que decisões legislativas sobre direitos têm mais probabilidade de serem corretas que decisões judiciais. Obviamente, segundo qualquer teoria de direitos, decisões sobre direitos são melhores se baseadas em mais informações que menos informações sobre uma variedade de fatos.

Logo, nos moldes do pensamento do referido autor, o argumento do Supremo Tribunal Federal, baseado na concepção da lei 6.683/79 como lei-medida insusceptível de revisão por ela ser compatível àquele contexto histórico, colide com a função do Estado Democrático de Direito de garantir e concretizar questões de direito. Portanto, a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, baseada em princípios e regras da Convenção Americana de Direitos Humanos é mais coerente como fundamento político do direito defendido por Ronald Dworkin, tendo em vista que a Corte atuou de forma política em sentido amplo, efetivando princípios.

Importante acrescentar que, apesar da decisão da ADPF 153, o Brasil criou uma Comissão da Verdade em 2011, cumprindo a determinação da sentença condenatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Essa comissão teve suas atividades encerradas em 2014, com a entrega de seu relatório final. Apesar desse importante avanço, a lei de anistia segue sem ser revista no país.

O Estado brasileiro, em cumprimento voluntário de uma decisão internacional, criou a Comissão da Verdade. Isso evidencia como decisões judiciais baseadas na teoria dworkiana podem obrigar um novo Estado a efetuar a justiça de transição.

#### 4. CONCLUSÃO

---

Conforme explicado nesse estudo, o fundamento político do direito de Ronald Dworkin pode ser aplicado na fundamentação de decisões judiciais que condenam um país a promover a justiça de transição. Assim, um novo Estado democrático fundado após um regime ditatorial poderá, através do poder judiciário, rever atos e crimes contra a humanidade cometidos durante esse período, sem que isso fira a segurança jurídica. Pelo contrário, a transição democrática apenas será completa após a efetiva revisão judicial desses crimes.

A teoria do fundamento político de Dworkin reconhece a relevância dos princípios políticos na apreciação de decisões judiciais em casos complexos, além de defender a atuação política em sentido amplo, não partidário, dos juízes.

Diante do exposto, resulta claro que a teoria dworkiana fundamenta a revisão judicial de casos complexos através dos princípios políticos e da teoria política em sentido amplo. Portanto, tal teoria fundamenta decisões judiciais que estabeleçam a justiça de transição no processo de redemocratização de um Estado.

A justiça de transição é composta por mecanismos judiciais ou não para a promoção de direitos e a punição de crimes cometidos durante regimes ditatoriais, sendo ela considerada um instrumento essencial na construção de um novo Estado Democrático de Direito. Apesar de importante, esses mecanismos encontram muita dificuldade para serem aplicados pelo novo Estado e, por isso, na maioria das vezes, são decisões judiciais que obrigam os Estados a aplicarem a justiça de transição.

Devido a dificuldade de um Estado aplicar voluntariamente mecanismos de justiça de transição, as decisões judiciais possuem o importante papel de obrigar o seu implemento. Para tanto, essas decisões deverão fundamentar-se em argumentos substanciais baseados em princípios jurídicos e no contexto histórico do novo Estado democrático, considerando o reconhecimento de novos direitos humanos e o valor sobrelevado do princípio da dignidade da pessoa humana.

## 5. REFERÊNCIAS

---

- ALMEIDA, Eneá de Stutz e; TORELLY, Marcelo D. Justiça de Transição, Estado de Direito e Democracia Constitucional: Estudo preliminar sobre o papel dos direitos decorrentes da transição política para a efetivação do estado democrático de direito. In: DA SILVA FILHO José Carlos Moreira; DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli; TORELLY Marcelo Dalmás(Org.). *Sistema Penal & Violência*. Porto Alegre, v. 2, n.2, jul./dez. 2010. P. 36-52
- CNV, Comissão Nacional da Verdade. *Relatório da Comissão Nacional da Verdade*. Disponível em: <<http://cnv.memoriasreveladas.gov.br/>>. Acesso em 01 de maio de 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: Direito, Moral e Religião no mundo moderno*. Companhia das Letras: São Paulo, 2006.
- CORTEIDH, Corte interamericana de Direitos Humanos. *Sentença do caso Gomes Lund vs. Brasil*. Disponível em: <[http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_219\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_219_esp.pdf)>. Acesso em 26 de abril de 2019.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luís Carlos Borges. Martins Fontes: São Paulo, 2000.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade, volume I*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Tempo brasileiro: Rio de Janeiro, 1997.
- LUBISCO, Nídia Maria Lienert e VIEIRA, Sônia Chagas. *Manual de estilo acadêmico : trabalhos de conclusão de curso, dissertações e teses*. 6. ed. rev. e ampl.- EDUFBA: Salvador, 2019.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão G. Pereira. Martins Fontes: São Paulo, 1996.
- RODRIGUES, Natália Centeno e VERAS NETO, Francisco Quintanilha. Justiça de Transição: um breve relato sobre a experiência brasileira. In: DA SILVA FILHO, José Carlos Moreira(Org.). *Justiça de transição no Brasil : violência, justiça e segurança*. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2012. P. 255-276.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *O discurso constitucional da dignidade da pessoa humana: uma proposta de concretização do direito justo no pós-positivismo*. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2008.
- Soares, Ricardo Maurício Freire. *Teoria geral do direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019(versão EPUB).
- STF Supremo Tribunal Federal. *Ação de descumprimento de preceito fundamental n. 153*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=612960>>. Acesso em 29 de abril de 2019.

## Capítulo V

# O processo educacional enquanto estratégia de manutenção da investida genocida

*Daiane Santos Ribeiro\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Das pesquisas nacionais à colônia penal Lafayette Coutinho: o perfil dos custodiados; 3. Direito à educação; 3.1. O Direito à Educação no contexto da Colônia Penal Lafayette Coutinho; 4. Para além do extermínio de corpos negros: outras armas do projeto genocida; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Em que pese lastreado no tripé ensino, pesquisa e extensão, tendo esta última como objetivo precípua a aproximação comunidade universitária – sociedade, as universidades públicas têm desempenhado papel bastante tímido quanto a este quesito, tendo em vista a gama de possibilidades que tal interação pode representar.

Por outro lado, o agravamento das desigualdades sociais requer uma postura ativa das universidades públicas, uma vez que através destas é que o Estado implementa o direito fundamental ao ensino na modalidade superior, bem como do potencial emancipador que a educação pode desempenhar.

Ocorre que as referidas instituições não aparentam preparo para o referido desafio que demanda transformações profundas, e muitas vezes encontra no padrão de formação profissionalizante e

---

(\*) Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito Penal e Liberdades Públicas da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia – UFBA. Artigo apresentado como avaliação da disciplina Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico (DIRA02), sob a orientação do Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares.

especializado, uma barreira que inviabilizam atividades que prestem assistência direta às comunidades nas quais estão inseridas. (SANTOS, Boaventura de Souza, p. 165, 1997).

Tudo isso perpassa, também, pela legitimação social dada ao conhecimento que é produzido, aos destinatários e atores do que se produz e para quem se produz, desse modo, tendo em vista uma sociedade assentada sob bases racistas, em que a população carcerária é iminentemente negra, tem-se justificado determinados entraves encontrados nessa interlocução.

Na contramão do que ocorre no ensino fundamental e médio, as universidades públicas tendem a possuir maior qualidade e renome, cujas vagas se tornam objeto de desejo de todos, inclusive daqueles mais abastados e, portanto, melhores instruídos no que tange a processos seletivos tradicionais, concorrendo, assim, em situação de vantagem quando comparados àqueles oriundos de escolas públicas.

Esse cenário determina aqueles que terão acesso ao ensino superior público através de mecanismos perversos anteriores às seleções em si, elegendo um público seletivo que terão direito ao privilégio de seus bancos, e, ao mesmo tempo, as universidades não alcançam, de maneira potente através de ações extramuros, estes indivíduos à margem desde as primeiras séries escolares.

Ou seja, tendo em vista o modo como a educação pública, segmento que comporta a maior quantidade de estudantes, é constituído, desde as primeiras séries, faz do jovem negro detentor de menos capacidade real para ingressar numa universidade pública. Nesse sentido, valiosa é a contribuição de Amartya Sen:

Com relação às oportunidades, a vantagem de uma pessoa é considerada menor que a de outra se ela tem menos capacidade – menos oportunidade real – para realizar as coisas que tem razão para valorizar. O foco aqui é a liberdade que uma pessoa realmente tem para fazer isso ou ser aquilo – coisas que ela pode valorizar fazer ou ser. Obviamente, é muito importante para nós sermos capazes de realizar as coisas que mais valorizamos. Mas a ideia de liberdade também diz respeito a sermos livres para determinar o que queremos, o que valorizamos e, em última instância, o que decidimos escolher. (AMARTYA, 2011)

O que, inclusive, fundamenta a inserção de políticas afirmativas<sup>1</sup> nas universidades públicas, dentre as quais se inserem as cotas sociais e raciais, e que têm possibilitado avanços ainda que tímidos, minimizando a dupla exclusão a que está sujeita a população negra, tanto de acesso enquanto alunos quanto de destinatários de ações extramuros dessas instituições superiores de ensino.

Foi da compreensão do papel da sociedade e, sobretudo, da universidade pública de se inserir socialmente, buscando modos de tentar modificar positivamente sobretudo a realidade daqueles mais vulnerabilizados, bem como da concepção de que é necessário desvelar outras possibilidades universitárias para além das salas de aula que surge a Ação Curricular em Comunidade e em sociedade (ACCS): Promoção da Saúde e Qualidade de Vida.

Muitos bacharéis em Direito terminam a graduação sem conhecer o sistema prisional para além das teorias. Mérito e Monstro. Monstro porque é o mínimo a se esperar daqueles que, de alguma maneira se interessam por uma discussão qualificada envolvendo Direito Penal e Criminologia. Mérito, por outro lado, em razão de as graduações jurídicas terem construído uma cultura odiosa, até mesmo nas universidades federais, da ida ao cárcere como quem vai ao zoológico, sem nenhuma perspectiva de contribuição além dos olhares de medo de quem assiste a desviantes numa lógica panóptica<sup>2</sup> a lá Jeremy Bentham, referido por Foucault em sua obra *Vigiar e Punir*.

Consubstanciando uma das faces mais perversas do racismo consistente na animalização dos corpos negros, o que representa,

- 
1. Atos ou medidas especiais e temporárias, tomadas ou determinadas pelo estado, espontânea ou compulsoriamente, com os objetivos de eliminar desigualdades historicamente acumuladas, garantir a igualdade de oportunidades e tratamento, compensar perdas provocadas pela discriminação e marginalização decorrentes de motivos raciais, étnicos, religiosos, de gênero e outros.
  2. Pan-óptico é um termo utilizado para designar uma penitenciária ideal, concebida pelo filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham em 1785, que permite a um único vigilante observar todos os prisioneiros, sem que estes possam saber se estão ou não sendo observados. O medo e o receio de não saberem se estão a ser observados leva-os a adotar a comportamento desejado pelo vigilante. A Colônia Penal Lafayette Coutinho possui uma torre central de onde é possível observar os custodiados das duas alas.

negando-lhes a justiça sob a pseudo-justificativa de estar praticando esta, uma vez que só é possível pensar em justiça quando se reconhece a todos os indivíduos o direito transcendente e integral a dignidade. (COMPARATO, 2006, p.622)

Sob a coordenação da Professora Maria Constantina Caputo, vinculada ao curso Bacharelado Interdisciplinar em saúde da UFBA, saúde aqui tomada não como ausência de doença tal qual a considerava a perspectiva conservadora, nem desatrelada do Direito como se fossem campos opostos, mas como dependente dos determinantes, ou seja, fatores sociais, econômicos, culturais, étnicos/raciais, psicológicos e comportamentais, foi possível acessar, na prática, parte do sistema carcerário de Salvador, não numa perspectiva de especulação, mas de real possibilidade de intervenção positiva.

A ACCS, após ter sido desenvolvida em comunidades como assentamentos do MST – Movimento Sem Terra e aldeias indígenas, desde o primeiro semestre de 2018 e com a participação de alunos de diversos cursos da Universidade Federal da Bahia passou a ser executada, semanalmente, junto a custodiadas do Conjunto Penal Lemos de Brito e custodiados da Colônia Penal Lafayette Coutinho, com o fim de promover preparação voltada ao ENEM.

Em razão da necessidade de documentação das atividades desenvolvidas e, a partir da demanda dos custodiados pela oitiva de suas histórias, uma vez que estabelecem pouco ou nenhum contato com o mundo externo foi feito um diário de campo, no qual foi possível documentar inúmeros relatos que evidenciam o papel crucial da negativa ao direito à educação como fator influenciador do processo genocida.

Como dantes apontado, o trabalho vem sendo realizado com custodiadas e custodiados, bem assim, é de se considerar que nas instituições prisionais femininas há também uma preponderância de mulheres negras e, portanto, também sujeitas às incursões genocidas.

Ocorre que, em razão de considerar a complexidade da discussão maior do que o presente trabalho é capaz de abarcar, bem assim, ante à constatação de que, em termos de encarceramento em massa

e extermínio, o corpo negro masculino sofre investida mais gravosa, optei por me ater aos apontamentos obtidos apenas na Colônia Penal Lafayette Coutinho.

## **2. DAS PESQUISAS NACIONAIS À COLÔNIA PENAL LAFAYETTE COUTINHO: O PERFIL DOS CUSTODIADOS**

Recentemente o Brasil ultrapassou a Rússia num ranking vergonhoso e se tornou o terceiro país em número de pessoas privadas de liberdade, cerca de 726 mil pessoas, perdendo apenas para Estados Unidos e China.

A cifra fica ainda mais alarmante quando considerada a taxa de crescimento do encarceramento. No ano de 1990, a população carcerária do Brasil era composta por 90.000 custodiados, em 2009, todavia, essa população já somava 473.622 em cumprimento de pena, sendo que 174.372 em regime fechado.

Já em 2011, consoante informações obtidas através do DEPEN (Departamento Penitenciário Nacional), essa cifra alcançou o total de 513.802 presos, o que representa um aumento de 471% em, aproximadamente 20 anos. O referido crescimento é absurdamente superior à taxa de crescimento populacional nacional, que, no mesmo período, obteve um aumento de apenas 30%, segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE)<sup>3</sup>.

Além disso, convém mencionar que esse contingente está distribuindo em 1.456 instituições penais existentes no país, sendo que, cerca de 40% dos custodiados ainda não foram julgados, ou seja, se tratam de presos provisórios. Esse contexto de superlotação desencadeia desdobramentos trágicos a exemplo das mortes no sistema prisional que somaram 476 entre março de 2017 e fevereiro de 2018, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

---

3. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Disponível em: <[http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas\\_da\\_populacao/tabelas\\_pdf/tta1.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/caracteristicas_da_populacao/tabelas_pdf/tta1.pdf)>. Acesso em: 29 de novembro de 2018.

Esse mesmo estudo, o Projeto Sistema Prisional em Números<sup>4</sup>, cujo objetivo é o de conferir maior visibilidade e transparência aos dados do sistema prisional brasileiro, a partir das visitas ordinárias realizadas pelos membros do Ministério Público de todo o país, dá conta que em determinadas instituições não há oferecimento de serviços básicos. Em mais da metade destas, um total de 58,75% não há oferecimento de assistência médica, e em 44,64% não dispõe de assistência educacional.

Dados recentes da primeira etapa de implantação do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões no Brasil resultou no cadastramento individual de quase totalidade das pessoas privadas de liberdade no Brasil, um total de 602 mil presos cadastrados (16.338 no estado da Bahia), cujo balanço permite que seja traçado um perfil da população carcerária brasileira.

Dos dados já disponibilizados é possível depreender que mais da metade dos presos brasileiros tem até 29 anos, sendo que a maioria dos custodiados têm entre 18 e 24 anos (30,5%), seguido por aqueles com idade entre 25 e 29 anos (23,39). Ademais, o roubo e o tráfico de drogas representam os tipos de crimes mais cometidos, com percentagem de 27% e 24%, respectivamente.

No que tange o perfil étnico-racial, dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)<sup>5</sup> divulgados em 2017 dão conta de que cerca de 64% das pessoas presas são negras.

Quando recortamos o cenário tomando como referência os custodiados da Colônia Penal Lafayette Coutinho que se dispuseram a participar da ACCS, vê-se que há uma correspondência entre os dados e a realidade.

Não é possível oferecer um número exato de participantes do projeto, isso porque esse dado oscilou ao longo dos meses. Circunstâncias envolvendo progressão de regime, trabalho, desmotivação,

---

4. Sistema Prisional em Números. Disponível em: < <http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em 29 de novembro de 2018.

5. O INFOPEN é um banco de dados do Departamento Penitenciário Nacional do Ministério da Justiça.

dentre outras, fizeram com que houvesse uma rotatividade considerável de alunos, entretanto é possível afirmar que se tratam de esse número varia entre 17 e 23 custodiados.

Tratam-se de homens negros, em sua imensa maioria, confirmam a preponderância de idade entre 25 e 29, e os crimes mais cometidos pelos alunos do preparatório foram o tráfico e o roubo. Um dado geral não fornecido pelo Banco Nacional de Monitoramento de Prisões é o relativo à escolaridade, de vital importância para o presente trabalho e que, no âmbito da unidade em comento, encontra uma preponderância de pessoas com nível fundamental incompleto.

Em regra, reincidentes, são homens que apresentam em suas narrativas um histórico de violências sofridas desde o ambiente escolar na infância e adolescência ao racismo cotidiano e estigmatização causada pela passagem pelo cárcere que vão desde à retomada das relações sociais com familiares e conhecidos até as dificuldades encontradas para encontrar e/ou manter um vínculo empregatício.

Nesse sentido, a fala de um dos custodiados no contexto de uma problematização levantada a partir de um vídeo ambientado no subúrbio de Salvador que tratava, basicamente, sobre oportunidades, ou a falta delas quando se é negro e morador de bairros periféricos, durante uma aula de redação, se mostra bastante elucidativa: “procurei melhora, consegui emprego através do meu irmão, tava na parte do aviso, no dia que eu levei o atestado da audiência eles me demitiram... e até hoje minha carteira de trabalho tá lá e eu já tô preso de novo.”

### **3. DIREITO A EDUCAÇÃO**

---

Quando se fala em direito à educação, de pronto, é necessária a compreensão de que este se insere no rol dos direitos humanos, aqui tomado em sua concepção contemporânea, assumindo status de universalidade, indivisibilidade e interdependência com outros direitos, uma vez que têm por objetivo garantir a dignidade humana. Ademais, podem ser exigidos perante os sistemas judiciais, já que possuem inscrição em leis e diplomas jurídicos diversos, sendo

obrigação do poder estatal, através da elaboração e execução de políticas públicas, garantir a sua efetivação.

Sem intenção de esgotar todos os diplomas, no que tange às normas internacionais, o direito à educação foi assegurado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais especificamente, no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, sociais e Culturais (PIDESC), ratificados pelo Brasil desde 1991. A DUDH, em seu artigo 26 determina a implementação de ensino elementar obrigatório e gratuito, a generalização da instrução-profissional e a igualdade de acesso ao Ensino Superior, além de objetivar o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o fortalecimento do respeito pelos direitos e liberdades individuais. O PIDESC traz o referido direito em seus artigos 13 e 14, reafirmando os termos da DUDH.

Quanto às normas nacionais, a Carta Magna de 1988 prevê o direito à educação em seu artigo 205, que assim estabelece:

"A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Ficando a cargo Lei de Diretrizes e Bases – LDB (Lei 9.394/1996) estabelecer as bases e diretrizes da educação.

Estabelecida a educação como um direito universal tendente a garantir a dignidade humana, sendo responsabilidade do poder público, família e sociedade em geral, seria correto inferir que esta mesma lógica seja aplicada às custodiadas e custodiados do sistema penal brasileiro, já que se tratam de sujeitos de direito e estão sob a custódia estatal. Entretanto, na prática, percebe-se aqui uma das três faces de invisibilização deste tipo de educação, a formal, uma vez que a LDB não a prevê a educação prisional como modalidade.

Em que pese a Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84), que regula a aplicação da pena preveja em seu artigo 17 e seguintes a assistência educacional como direito do custodiado, vê-se que, na prática, além da invisibilização formal, já citada, a educação no contexto do cárcere enfrenta também problemas do ponto de vista real, uma vez que as políticas públicas desenvolvidas para sua implementação

são inefetivas e/ou insuficientes, além do aspecto administrativo, já que não há uma delimitação na organização interna dos sistemas prisionais de qual setor deva se responsabilizar pelas questões educacionais, fechando assim a trílice invisibilidade.

Aliadas às invisibilidades apontadas, soma-se a superlotação das instituições prisionais, falta de infraestrutura e despreparo dos profissionais comumente utilizados para ministrar aulas nesses ambientes, em razão de não formação específica voltada às suas especificidades.

“A maioria dos espaços destinados às escolas no cárcere são improvisados, nem sempre tendo sido desenvolvidos, projetados, construídos especificamente para esse fim... Os espaços são pequenos e limitadores, para alunos e professores. A escola funciona concomitantemente com os horários de visitas dos presos, o que por vezes os leva a faltar. A rotatividade dos alunos é grande, principalmente nas unidades de custódia e de regime semiaberto; a falta de capacitação de agentes e professores é um problema constante; a impossibilidade de utilização de determinados materiais um empecilho.” (GRACIANO, 2012).

Em razão disso, o que se percebe, na prática, é uma implementação deficiente voltada apenas a cumprir a obrigatoriedade imposta pela LEP, sem um viés de empoderamento, mas numa perspectiva de docilização do corpo que “entra numa maquinaria que o esquadriinha, o desarticula e o recompõe.” (FOUCAULT, 1987).

Isso porque a escola pode ser compreendida enquanto instituição que produz, ao tempo em que é produzida, seguindo uma lógica de homogeneização que incrementa “a subjetividade mecânica através de cada elemento da comunidade, de cada signo, símbolo ou regra que a atualiza, revigorando-se enquanto fábrica de socialização padronizada”. (ROCHA, 2004).

Ademais, em que pese a supra digressão histórica, bem como a alocação da educação enquanto direito fundamental inerente a todos os indivíduos, além de dever do Estado, não há como se desvencilhar do fato de que o processo escravocrata reverberou e reverbera tanto no acesso, inexistente ou ineficiente, de jovens negros à educação, bem como nos estudos que busquem fazer a interconexão entre educação e questões raciais.

Nesse sentido, ressalta Maria Lucia Spedo Hilsdorf, na obra *História da Educação Brasileira – Leituras*:

Na primeira República, para o trabalhador branco nacional ou estrangeiro, além das escolas públicas oficiais, havia as instituições particulares e as escolas dos trabalhadores. E para os ex-escravos? Temos ainda poucas informações sobre eles (2003, p.77)

Essa falta de informações, além de denotar a incompatibilidade das fontes oficiais com a história de segmentos subalternizados, denuncia a situação dos negros que, pós-escravidão, não tiveram acesso a políticas de cunho social, mas foram abandonados à própria sorte para que, sem nenhum aporte e com barreiras de todas as ordens, empreendessem a própria emancipação, processo deletério que possui implicações até os dias atuais na vida da população negra.

Desse modo, podemos dizer que o acesso do indivíduo negro à educação ainda hoje é insuficiente, e a implementação de tal direito ainda mais lacunoso quando se trata de pessoas em situação de cárcere, sobre quem recai uma estigmatização muito grande, permeada pela ideia de que aqueles cujas condutas representam um delito, deixam de ser sujeitos de direitos.

### **3.1. O Direito à Educação no contexto da Colônia Penal Lafayette Coutinho**

---

Conforme já explicitado acima, a ACCS se propôs a desenvolver um trabalho voltado à prova do ENEM, cujo foco principal seria aqueles custodiados que já tivessem completado ou em vias de completar o ensino médio, na prática se tornou algo para todos aqueles que demonstraram interesse.

A regra na Colônia Penal Lafayette Coutinho é de indivíduos que não possuem ensino fundamental completo, ocorrendo casos de analfabetismo total e funcional. Dos alunos que estiveram desde o início, apenas um possui ensino médio completo, e o único custodiado com ensino superior a frequentar o curso, desistiu no curso do trabalho.

A referida instituição possui serviço educacional, entretanto este oferece apenas a primeira série do ensino médio, o que impossibilita os poucos que possuem séries mais avançadas de terminarem o segundo grau. Além disso, outros problemas comuns em outras instituições prisionais e que são descritas na bibliografia sobre educação no sistema carcerário também são verificadas no contexto da Lafayette Coutinho.

O espaço improvisado e empoeirado onde as atividades são desempenhadas é pequeno e bastante abafado, contando com ventiladores antigos de teto que ao serem ligados produzem um ruído incômodo e alto que competia com a nossa voz. Além disso, a concomitância de atividades sempre foi um fator que representou prejuízos ao bom desempenho do projeto, a exemplo da assistência religiosa prestada por evangélicos num local exatamente em frente à escola, no mesmo dia e horário. Por vezes a soma do ruído dos ventiladores às vezes que entoavam louvores tornavam as aulas que estavam sendo ministradas quase inaudíveis.

Bem assim, as atividades foram suspensas em razão de choque com o dia de visitas, sobretudo em períodos de ocorrência de feriados, onde estas eram frequentemente antecipadas. Além disso, houve suspensão de aulas em razão de atividade conhecida na cultura prisional<sup>6</sup> como “*baculejo*” termo utilizado institucionalmente para designar as revistas às celas dos presos feitas de surpresa.

Ademais, o desempenho de atividades voltadas aos custodiados encontram resistência por parte de alguns carcereiros cujas equipes mudam com certa frequência. O revanchismo por parte destes com relação aos custodiados e aparentemente desaprovação quanto à ocorrência do curso fica evidenciada em pequenas atitudes a exemplo de comentários do tipo “destranca lá o bandido”, se referindo à abertura das celas para que os internos acessem o local onde funciona a escola.

---

6. Cultura aqui compreendida na concepção de Geertz (1978, p.13) enquanto “teia de significados”. Assim, cultura prisional pode ser entendida como um conjunto de caracterizações, vocabulários, hábitos e normas diferenciadas desenvolvidas no ambiente carcerário.

A experiência da ACCS denuncia a necessidade de a educação carcerária, que não deve se restringir à formal, mas ser partilhada por todos os atores que compõem o sistema, inclusive como modo de fazer com que o acesso à educação por parte dos custodiados seja compreendido como um direito e não como um privilégio a que não fazem jus em razão de terem cometido um crime.

“A educação na prisão não é a educação de prisioneiros, mas a educação permanente de todos aqueles que têm alguma ligação com a prisão: presos, equipe de guardas, familiares dos detentos, profissionais externos que intervêm no cotidiano das prisões.” (MAYER, 2006).

Para além de não fornecer condições efetivas de possibilidades de acesso à educação, o sistema carcerário se alia às experiências pregressas dos custodiados e age de modo a minar a autoestima dos internos que duvidam da própria capacidade e através de suas narrativas deixam transparecer que possuem dificuldades em se enxergar numa posição diferente da que ocupam.

O discurso de ódio destinado àqueles homens que transgrediram a lei e se encontram em situação de privação de liberdade, que, de certo modo é reproduzido intramuros por componentes do sistema prisional é assimilado pelos detentos que, embora empenhem esperança em suas palavras, também não se furtam em dizer que “pra eles lá fora a gente não vale nada, é escória, lixo.”

Desse modo, a garantia de acesso à educação no sistema carcerário tem que assumir uma perspectiva interdisciplinar, de empoderamento e recuperação da autoestima, não se restringindo à mera reprodução de conteúdo, o que torna o desafio ainda mais árduo, uma vez que até esta última modalidade quando não é negada, é insuficiente.

“A cadeia é criada para ser burocrática e espaço de opressão; assim, a escola deve estar na contramão da cadeia: tem que criar contradições. A cultura escolar prisional precisa fugir à lógica da certificação e do passar de ano. É preciso constituir-se como projeto pedagógico de compreensão de mundo, para que os sujeitos ali presos possam entender que o papel deles no mundo pode ser outro além daquele.” (VIEIRA, 2013).

Em que pese as penas corporais tenham sido banidas, pelo menos oficialmente, a dor, o sofrimento e as perdas continuam fazendo parte do ambiente carcerário e, quando não dilaceram a carne, provoca feridas subjetivas que inviabiliza a existência no cárcere e poda no imaginário do encarcerado as possibilidades de (re)existência fora dele através de outras conformações.

#### **4. PARA ALÉM DO EXTERMÍNIO DE CORPOS NEGROS: OUTRAS ARMAS DO PROJETO GENOCIDA**

---

Numa sociedade construída sobre alicerces racistas, reconhecer a existência do genocídio enquanto fenômeno multifacetado e complexo, com mais braços que Durga<sup>7</sup> é, antes de tudo, libertador. Ele não necessita que o negro tenha consciência de seus efeitos e deletariedade para existir e empreender diversas formas de morte, mas ao negro, essa ciência serve para traçar formas de resistir.

Libertador, em termos de se criar possibilidades de continuar existindo, embora não seja uma constatação fácil ou indolor. Nos terreiros destruídos, nas chacinas, nos olhares estranhos direcionados ao cabelo crespo, no preterimento das relações afetivas, nos bancos e nas cátedras das universidades, na homogeneidade do colorido do sistema prisional cheira a genocídio. Na presença e na ausência de negros ele está lá, estrutural.

Consoante art. 2º da Declaração sobre Raça e os preconceitos, de proposição da UNESCO, o racismo pode ser conceituado da seguinte maneira:

O racismo engloba ideologias racistas, atitudes motivadas por preconceitos raciais, comportamentos discriminatórios, disposições estruturais e práticas institucionalizadas causadoras de desigualdade racial, bem como a noção falaciosa de que as relações discriminatórias entre grupos são moral e cientificamente justificáveis; manifesta-se através de disposições discriminatórias na legislação e regulamentos, bem como de convicções e atos anti-sociais; compromete o desenvolvimento das

---

7. Deusa suprema do hinduísmo que possui oito braços.

suas vítimas, perverte quem o pratica, divide internamente as nações, impede a cooperação internacional e dá origem a tensões políticas entre os povos; é contrário aos princípios fundamentais do direito internacional e, conseqüentemente, perturba seriamente a paz e a segurança internacionais. (UNESCO, 1978)

Aliado às características dispostas na definição, como já apontado, o genocídio se vale da desumanização e, assentado sobre o racismo empreende o apagamento físico e simbólico da população negra, através de inúmeras estratégias, a exemplo da negativa de acesso a determinados espaços e da imposição a outros, a exemplo do cárcere.

Os custodiados da Colônia Penal Lafayette aos quais o projeto acessou e que confirmam a já sabida constatação de que a clientela preferencial do sistema penal traz na pele a cor negra, são, em regra, oriundos de regiões periféricas de Salvador. O fato de estarem respondendo, majoritariamente, por tráfico ou roubo também não se trata de acaso.

Conforme já explicitado, em geral possuem ensino fundamental incompleto, e em suas narrativas referentes às experiências escolares progressas, aparecem relatos de racismo, bullying, violência e despreparo por parte dos professores. O que reforça a ideia de que, quando se trata de determinados segmentos, o ambiente escolar que possui tendência em reproduzir a cultura dominante, pode ser, também um local de reprodução de desigualdades, uma vez que não trata aos iguais, na medida de suas desigualdades.

Na prisão, por sua vez, o acesso à educação não é visto como um direito autônomo, mas como um desdobramento de uma imposição legal tendente a recuperar sujeitos desviantes sob o argumento de uma pseudo ressocialização.

“É sabido que a escola na prisão funciona como dispositivo legal no projeto de recuperação daqueles que, por conta de algum comportamento desviante, pagam sua dívida com a sociedade; dá-se, assim, a exclusão do meio social para a possibilidade de inclusão, dentro dos padrões legais exigidos”. (VIEIRA, 2013).

Entretanto, é de se pensar que a conta não fecha. O baixo grau de escolaridade da população carcerária faz com que depreendamos

que a educação, apontada como única salvadora possível não cumpriu seu papel seu papel extramuros. Falhou no papel de preparar os jovens, sobretudo negros, para acessarem as universidades e os postos de trabalho, mas obteve sucesso na função de complementariedade com o sistema prisional.

“(...) é importante ainda sinalizar para o fato de que os sistemas escolar e penal operam metodologias muito próximas, cumprindo ambos a função precípua de garantir assimetrias sociais. A exemplo do que ocorre no âmbito do controle penal, o espaço da escola também tende a criar padrões hierarquizados, distribuindo o prestígio (reconhecimento intelectual, acesso aos círculos acadêmicos) aos indivíduos das classes dominantes e as sanções (reprovações, inserção em escolas de baixa qualidade) aos segmentos vulneráveis. Sendo, portanto, um espaço fundamental para a marginalização social (...)” (FLAUZINA, 2006).

A baixa autoestima, o desestímulo e a falta de crença nas próprias potencialidades encontradas e agravadas pelo encarceramento é, portanto, fruto de processos de vulnerabilização desencadeados muito cedo e, constantemente reforçado por uma cultura racista existente no país segundo o qual o negro é levado a acreditar que só determinados espaços e posições são reservados para ele, geralmente estabelecendo uma relação de subalternidade com a branquitude.

Perguntados sobre o que lhes vinha à cabeça quando ouviam a palavra universidade, três dos internos participantes da atividade curricular deram as seguintes respostas: “é um pensamento muito longe, não vou dizer à senhora que eu penso em universidade não”; “nunca pensei nisso não” e; “não penso em nada, acho que tá fora dos meus planos”.

Por outro lado, um destes manifestou seu desejo de ser gari, esboçou ar de deslumbramento e felicidade ao pensar na possibilidade de usar a farda e em como as pessoas o veriam de maneira diferente. E fez o adendo de que para muitos não é nada, mas para ele significaria muito.

Obviamente a escolha de compartilhar a referida narrativa não possui o viés de desqualificar a profissão de gari, digna como

qualquer uma outra, o problema está no fato de que boa parte daqueles homens não são capazes de se enxergar enquanto intelectuais, enquanto possíveis futuros universitários. E essa miopia precede o sistema o carcerário e é agravado por ele.

“Assim, além de espaço que prepara para a morte física, pela parceria estabelecida com o sistema penal, o sistema escolar acaba por decretar ainda um outro tipo de interrupção da existência humana, nas sutilezas dos boicotes às potencialidades, na mutilação dos sonhos, enfim, na vedação a priori do acesso ao futuro desejado”. (FLAUZINA, 2006).

É possível afirmar, portanto, que dentro da engrenagem genocida, que macera negros, o sistema educacional possui papel de preponderância. E, para além de fazer parte de um sistema complexo, é, por si só, também complexo, acompanha a trajetória de vidas negras desde muito cedo e se metamorfoseia para permanecer nela, levando-as a lugares em que permanecerá, obedecendo o *modus operandi* de sempre.

## 5. CONCLUSÃO

---

Reconhecer a investida do genocídio perpassa por compreendê-lo manifestação que esquadrinha o corpo negro de todas as formas possíveis. Serpenteia nossas relações de trabalho, as amorosas, nosso trato conosco, a construção de nossa subjetividade, nos arranca de nós, real e metaforicamente.

E obedecendo a essa lógica, temos que alguns corpos são alcançados por mais braços genocidas que outros. Em se tratando da população carcerária, podemos enxergar o braço da violência, da estigmatização, da desumanização, uma vez que para boa parte da sociedade perderam o direito de ser destinatário de qualquer política pública voltadas aos “homens de bem”.

Depois do primeiro rabisco talvez não venha o beabá, e mesmo não oferecendo lápis para os desenhos coloridos, tampouco sendo colega, amigo ou confidente o sistema educacional é um desses braços que tomam determinados corpos pela mão e os acompanha da creche ao cárcere, delimitando, diuturnamente, os abismos que os separa dos privilegiados, minando seus sonhos e planos.

É sobre genocidar quando o maior modo de ingresso em universidades públicas cobra como tema de redação “Manipulação do comportamento do usuário pelo controle de dados na internet” num contexto desigual de inclusão digital e não disseminação de informações qualificadas, mas é sobre resistência os cursos pré-vestibulares oferecidos por universidades públicas como a Universidade Federal da Bahia – UFBA e pela Universidade Estadual da Bahia – UNEB.

É sobre genocídio a má vontade em “soltar os bandidos” para assistirem às aulas da ACCS, mas é sobre resistência bater nas grades para que elas sejam abertas.

Assim, ao passo em que assumimos a influência deletéria dos processos genocidas sobre vidas negras, nos colocamos em posição de submetê-lo ao emprendermos estratégias de resistência, nunca nos colocando em posição de alvo inerte ou consentido.

## 6. REFERÊNCIAS

---

- \_\_\_\_. *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaoacompilado.htm)>
- \_\_\_\_. *DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS*. Disponível em: <[http://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)> Acesso em 23 de junho de 2019.
- \_\_\_\_. *LEI DE DIRETRIZES E BASES DA EDUCAÇÃO NACIONAL – LDB*. LEI Nº 9.394, DE 20 DE DEZEMBRO DE 1996. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm)> Acesso em 23 de junho de 2019.
- \_\_\_\_. *LEI DE EXECUÇÃO PENAL*. LEI Nº 7.210, DE 11 DE JULHO DE 1984. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm)> Acesso em 23 de junho de 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder *Ética : direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo : Companhia das Letras, 2006.
- Declaração sobre a Raça e os preconceitos raciais. Conferência da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – em 27 de novembro de 1978. Disponível em <[http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade\\_Racial/1978DeclRaca.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Igualdade_Racial/1978DeclRaca.pdf)> Acesso em 23 de junho de 2019.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado Brasileiro*. Disponível em: <<http://www.cddh.org>>

- org.br/assets/docs/2006\_AnaLuizaPinheiroFlauzina.pdf> Acesso em 23 de junho de 2019.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Lígia M. Ponde Vassalo. Petrópolis: Vozes, 1987. Rio de Janeiro: Livraria Tauros. Editora, 1984.
- FREIRE, Paulo (1967). *Educação como Prática de Liberdade*. Rio de Janeiro: Paz e Terra (1ª ed; 19ª ed 1989).
- GRACIANO, Mariângela. *A educação como direito humano: a escola na prisão*. Disponível em: <<http://www.cmv-educare.com/wp-content/uploads/2012/07/Graciano-2005.pdf>>. Acesso em 23 de junho de 2019.
- HILSDORF, Maria Lucia Spedo. *História da Educação brasileira: leituras*. São Paulo: Pioneira Thomson Learning, 2003.
- MAYER, Marc. *Na prisão existe a perspectiva da educação ao longo da vida? Alfabetização e Cidadania*. Revista de Educação de Jovens e Adultos. N.19, Brasília, 2006, p.21.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *“Pela mão de Alice. O social e o político na transição pós-moderna”*. São Paulo: Cortez, 1997.
- SEN, Amartya. *A Ideia de Justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- Sistema Prisional em Números*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/sistema-prisional-em-numeros>>. Acesso em 23 de junho de 2019.
- VIEIRA, Elizabeth de Lima Gil. *A cultura da Escola Prisional: entre o instituído e o instituinte*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/edreal/v38n1/07.pdf>> Acesso em 23 de junho de 2019.

## Capítulo VI

# Cooperação judiciária nacional: um repensar da jurisdição brasileira na perspectiva da razão comunicativa

*Daniel Gonçalves Pontes Sodré\**

**SUMÁRIO:** 1 – Introdução; 2 – A Razão Comunicativa; 3 – A jurisdição e o sistema jurisdicional brasileiro do formalismo-valorativo; 4 – Cooperação judiciária nacional e a nova dinâmica interrelacional dos órgãos jurisdicionais; 5 – O sistema de cooperação judiciária: repensando a jurisdição brasileira; 6 – Conclusões; 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Por meio do presente artigo, busca-se demonstrar a influência da teoria do agir comunicativo no direito processual brasileiro, especialmente com o advento do CPC/2015. Para tanto, serão traçadas as premissas básicas da razão comunicativa habermasiana, de modo a demonstrar a importância da construção de processos dialógicos, para a solução de conflitos de interesses que emergem naturalmente do convívio em sociedade, especialmente quando ela é composta por uma comunidade plural de intérpretes.

Em um segundo momento, será apresentada uma breve evolução histórica do direito processual, destacando os principais motivos que levaram ao estágio atual do processo civil, a justificar uma ressignificação da tutela jurisdicional.

Posteriormente, serão delineadas as características basilares do instituto da cooperação judiciária nacional, com o intuito de demonstrar os seus impactos na dogmática jurídica processual.

---

(\*) Mestrando pela Universidade Federal da Bahia. Especialista em direito processual civil e do trabalho. Advogado e professor universitário. Contato: dgpsodre@opcs.com.br

Por fim, com base nos impactos gerados a partir da introdução do instituto da cooperação judiciária no ordenamento jurídico nacional serão expostos os principais motivos que ensejam a necessidade de se repensar o sistema jurisdicional brasileiro.

## 2. A RAZÃO COMUNICATIVA

---

A concepção habermasiana do direito, centrada na teoria do agir comunicativo, substituiu a razão prática pela comunicativa, a partir do “*medium* linguístico” (HABERMAS, 1997, p. 20) por meio do qual os membros de uma comunidade plural de interpretação interagem entre si e estruturam a vida social.

Assimila-se, assim, a tensão existente entre a facticidade e a validade, promovendo a integração entre os indivíduos, que podem, desse modo, negociar interpretações comuns sobre situações conflituosas, em prol da harmonização de seus interesses e, conseqüentemente, a estabilização social.

Segundo Habermas, a teoria contemporânea do direito deve ter como ponto de partida “[...] a força social integradora de processos de entendimento não violentos, racionalmente motivadores, capazes de salvaguardar distâncias e diferenças reconhecidas, na base da manutenção de uma comunhão de convicções” (1997, p. 22).

Isso porque, por mais que as normas do direito positivo atuem como elemento de coesão, capaz de agregar a comunidade de membros livre e iguais (HABERMAS, 1997, p. 67) em razão das ameaças de sanção que impõem, a sua validade social é determinada de acordo com o grau de aceitação fática da comunidade de direito, apoiada na fundamentalidade da norma.

Essa tensão existente entre a coerção fática e a validade da legitimidade pode ser equacionada por meio da participação direta dos sujeitos do direito no processo de criação das normas. Especialmente, quando seu agir for orientado pelo entendimento e não simplesmente pelo sucesso<sup>1</sup>, uma vez que o processo democrático da

---

1. Habermas destaca que: “Para atores orientados pelo sucesso todos os componentes da situação transformam-se em fatos, que eles valorizam à luz de suas próprias

legislação é o principal espaço de integração social, sendo, portanto, imprescindível à aceitabilidade racional das normas estatuídas.

Vale pontuar, por oportuna, a lição de Fábio Konder Comparato, para quem a existência de “Constituições reais”, construídas a partir dos costumes e de maneiras de vida que estão intrinsecamente vinculadas à mentalidade social predominante, estão em contraste com as instituições jurídicas oficiais, as quais ele denomina de “Constituições Formais”<sup>2</sup>.

Por mais que as Constituições Formais absorvam alguns costumes que brotam espontaneamente no seio social, elas são produzidas, ainda que em nome do povo, a partir dos valores preponderantes de uma assembleia política, que, muitas vezes, representam majoritariamente os interesses de grupos dominantes<sup>3</sup>, e, portanto, positivamente valores e os impõem sem se preocupar se eles reproduzem, em essência, os ideais imanentes à mentalidade social predominante.

---

preferências, ao passo que os que agem orientados pelo entendimento dependem de uma compreensão da situação, negociada em comum, passando a interpretar fatos relevantes à luz de pretensões de validade reconhecidas intersubjetivamente” (HABERMAS, 1997, p. 22).

2. Segundo Fábio Konder Comparato: “A Constituição real é a organização normativa de poderes, públicos ou privados, efetivamente em vigor em determinada sociedade; organização composta de costumes, convenções e leis escritas, fundadas na tradição e correspondente à mentalidade social predominante, isto é, aos valores, às opiniões e à visão de mundo que prevalecem no meio social”. Já a constituição formal constitui “...um corpo unitário de normas, ou uma consolidação de leis fundamentais, as quais conformam todo o ordenamento jurídico estatal. Ela é o produto de uma vontade política do próprio povo, ou, mas frequentemente, de alguém – pessoa individual ou assembleia política – que age em nome próprio, ou em nome do povo” (COMPARATO, 2006, p. 610).
3. De acordo com Boaventura de Sousa Santos: “Se é certo que se acorda em que o direito reflecte as condições prevalecentes e ao mesmo tempo actua conformadamente sobre elas, o debate polariza-se entre os que concebem o direito como o indicador privilegiado dos padrões de solidariedade social, garante da decomposição harmoniosa dos conflitos por via da qual se maximiza a integração social e realiza o bem comum, e os que concebem o direito como expressão última de interesses de classe, um instrumento de dominação económica e política que por via da sua forma enunciativa (geral e abstracta) opera a transformação ideológica dos interesses particularísticos da classe dominante em interesses colectivo universal, um debate que se pode simbolizar nos nomes de Durkeim (1977) e de Marx” (SANTOS, 1999, p. 142).

A positividade desse direito produzido artificialmente – ainda que por representantes do povo e com viés prospectivo –, abarca apenas um fragmento da realidade social, e não condiz, necessariamente, com os anseios da população, além do que, podem ser modificados a qualquer tempo, mediante o mesmo processo artificial de sua criação, de modo que, apesar de conferir uma certa estabilidade social – decorrente do intrínseco poder de coerção –, a norma jurídica “só existe até segunda ordem” (HABERMAS, 1997, p. 60), uma vez que, a qualquer tempo – desde que obedecidas as formalidades do processo legislativo –, pode ser alterada ou revogada em qualquer um de seus componentes singulares.

Essas alterações são fruto de um processo democrático que se propõe dinâmico e atento aos novos interesses ou às mudanças necessárias que emanam das questões sociais. Entretanto, além de ser um processo lento – dada a necessidade do amadurecimento das propostas de alteração das normas por meio do debate político –, o resultado atingido não necessariamente reflete os anseios sociais.

Não se pode perder de vista, porém, que o princípio democrático reconhece a existência de ideologias diversificadas e, até mesmo, contraditórias (HÄBERLE, 1997, p. 36-37). Aliás, como bem assentado no preâmbulo da CRFB/1988, a sociedade brasileira é fraterna, pluralista e sem preconceitos. Emerge daí a necessidade de opção “pela abordagem da escolha social” (SEN, 2011, p. 387), em busca de um consenso entre as diversas razões de justiça existentes, com pretensão de imparcialidade, ainda que rivais, por ser este um modelo mais isonômico, imparcial e adequado a uma teoria da justiça, pautada nos valores republicanos e nos ideais democráticos.

É justamente por isso que, ao destacar a importância da “absorção do dissenso contencioso através do consenso procedimental”, Marcelo Neves (1995, p. 95) relata que a fundamentação ética de Habermas, ao propor uma construção consensual de um acordo racional, perpassa por procedimentos com potencialidade normativa universal como característica de modernidade, sem desconsiderar a diversidade de conteúdos valorativos.

Vê-se, pois, que a tensão existente entre a norma e a realidade social; a modificabilidade; bem como a validade da legitimidade

normativa são, sem dúvida, argumentos contundentes a justificar a importância da contribuição da razão comunicativa no sistema jurídico pátrio, como um todo e, em especial, no processo civil brasileiro, o qual atribuiu uma maior autonomia às partes nos processos de construção normativa, conferindo maior protagonismo aos indivíduos, nos atos decisórios.

Esse protagonismo, que emerge do legítimo exercício comum das liberdades comunicativas conferidas à comunidade plural de interpretação, é justamente o catalisador do dissenso conteudístico que gravita em uma sociedade de massa que agrega uma ampla diversidade cultural, garantindo uma maior perenidade às normas, bem como a sua efetiva integração na sociedade o que, consequentemente, leva à estabilidade e à pacificação social.

Daí a razão pela qual os processos decisórios devem atuar como verdadeiros catalisadores entre o direito e a justiça, assegurando um ambiente dialético e dialógico, no qual as pretensões de verdade das partes envolvidas sejam efetivamente justificadas, assim como as objeções, devidamente consideradas no momento ato decisório, seja ele construído a partir de um acordo racional ou imposto substitutivamente pelos agentes competentes (legisladores, juízes ou árbitros).

Como bem ressalta Habermas:

A justificada pretensão de verdade de um proponente deve ser defensável, através de argumentos, contra objeções de possíveis oponentes e, no final, deve poder contar com um acordo racional da comunidade de interpretação em geral (HABERMAS, 1997, p. 32).

Percebe-se, assim, que para alcançar o entendimento intersubjetivo, é imprescindível garantir aos membros da sociedade, espaços democráticos de fala, que viabilizem – com eficiência e imerso em um sistema cooperativo – o agir comunicativo, de modo a atuar como um fio condutor das pretensões de validade e das verdades subjetivas externadas em discursos capazes de influenciar diretamente a tomada de decisões, as quais devem ser definidas consoante os valores democráticos e os preceitos legais em vigor.

Uma vez delineadas as premissas básicas da razão comunicativa, passa-se a análise da jurisdição e do sistema jurisdicional brasileiro.

### 3. A JURISDIÇÃO E O SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO DO FORMALISMO-VALORATIVO

---

A função jurisdicional é uma das expressões de poder do Estado, por meio da qual o direito objetivo atua na composição dos conflitos de interesses, a fim de resguardar a paz social e o império do direito (ALVIM, 2016, p. 61).

Como bem ressaltou J.J. Calmon de Passos, enquanto poder estatal, a jurisdição compreende a faculdade de: verificar a existência dos pressupostos de fato e de direito que gravitam em torno do conflito (instrução); aplicar o direito ao caso concreto (decisão); e realizar o direito aplicado (coerção). Significa dizer que “pela jurisdição o direito não é apenas declarado, ele é aplicado e aplicado autoritativamente” (PASSOS, 1957, p. 15).

Desse modo, ao assumir o monopólio da justiça, através do exercício da jurisdição – palavra que deriva do latim, *juris* (direito) e *dictio* (dizer), que significa “dizer o direito” (PASSOS, 1957, p. 14) –, o Estado obrigou-se a prestar a efetiva tutela sempre que instado a solucionar um conflito de interesses.

A ideia da jurisdição, em sua concepção originária, pautou-se nos ideais do modelo de Estado liberal, que preconizava uma igualdade formal, em uma sociedade burguesa, marcadamente individualista, na qual o Estado deveria se abster de intervir nas relações privadas.

Numa primeira fase metodológica, denominada de praxismo, “tempo em que se aludia ao processo como “procedura” e não ainda como *diritto processual civile*” (MITIDIERO, 2007, p. 18), a jurisdição era compreendida como um sistema instituído para tutelar os direitos subjetivos particulares e a ação era um desdobramento desse direito subjetivo, enquanto o processo era considerado um simples procedimento (MITIDIERO, 2007, p. 19-20).

Já na segunda metade do século XIX, nasce o “processualismo”. A partir da publicação da obra de Oskar Von Büllow (1868), “o processo deixa de ser mero procedimento, convertendo-se na abstrata relação jurídica”, enquanto a jurisdição assume a função de realizar o direito objetivo estatal e pacificar a sociedade (MITIDIERO, 2007, p. 21).

Nesta segunda fase, sob forte influência do positivismo jurídico, opera-se a dissociação entre o direito material e o direito processual, que assume o papel de ramo autônomo da ciência jurídica, ganhando tratamento científico, pois além de possuir um objeto de estudo que lhe é peculiar, passa a contar com um arcabouço próprio de princípios, regras, conceitos, teorias e condutas metodológicas de estruturação e dinâmica. Daí porque Cândido Rangel Dinamarco e Bruno Vasconcelos Carrilho Lopes falam em fase autonomista e conceitual, a partir da qual o processo passa a ser visto como um “caminho para obter uma especial proteção por obra do juiz” (DINAMARCO, 2017, p. 19).

Ao conceituar o positivismo jurídico – de forma sintética, mas precisa –, como sendo a “doutrina segundo a qual não existe outro direito senão o positivo”, Ricardo Maurício Freire Soares afirma que o Estado moderno passou a monopolizar a produção jurídica (monismo jurídico), rompendo com o pluralismo jurídico medieval, de modo que o Estado passou a prescrever o direito, diretamente pela lei e indiretamente pelo reconhecimento e o controle das normas consuetudinárias (SOARES, 2017, p. 157).

O Pandectismo Alemão, a Escola Analítica Inglesa e a Escola Exegética Francesa – principais precursores do positivismo jurídico<sup>4</sup> – impunham, de um modo geral, uma hermenêutica normativa pautada no critério literal, ao fomentar uma interpretação mecanicista, nos estreitos limites da letra da lei, e na participação quase nula do julgador, cuja atividade restringia-se a fazer “prevalecer o elemento declarativo sobre o produtivo ou criativo do direito” (SOARES, 2017, p. 158). Por isso se fala no juiz “boca da lei”.

---

4. Como bem destacado por Ricardo Maurício Freire Soares: “a expressão positivismo jurídico deriva da locução direito positivo contraposta à expressão direito natural” (SOARES, 2017, p. 157).

Como visto, a cientificidade conferida ao direito processual assegurou a sua autonomia enquanto ramo do direito, porém, o distanciou do direito material e da realidade social, ao perder contato com os valores sociais e, principalmente, com as suas finalidades essenciais (MITIDIERO, 2007, p. 22).

Isso porque, ao supervalorizar a segurança jurídica e a certeza do direito, enquanto requisitos suficientes à materialização do direito justo, o ideário positivista – que, à época, inspirava a ciência do processo – deixou de conferir tratamento racional ao ideal de justiça, descuidando-se das questões fáticas e valorativas, apenas para “assegurar os votos de castidade axiológica do jurista” (SOARES, 2017, p. 169). Desconsiderou, assim, o fato de que, enquanto produto da cultura humana, o sistema normativo está em constante transformação, apropriando novos valores e fatos à experiência jurídica (SOARES, 2017, p. 170).

Por força disso, começam a surgir movimentos de oposição ao positivismo, tal como o historicismo jurídico do final do século XIX<sup>5</sup>, e, mais tarde, já na década de 1960 e 1970, com Norberto Bobbio e Uberto Scarpelli<sup>6</sup>.

Dentre outros importantes críticos do pensamento positivista, destaca-se Ronald Dworkin, o qual pontuou que:

Os positivistas jurídicos acreditam que as proposições de Direito são, na verdade, inteiramente descritivas: são trechos da história. Uma proposição jurídica, a seu ver, somente é verdadeira

- 
5. De acordo com Ricardo Maurício Freire Soares, “O historicismo jurídico surge no final do século XIX como movimento de oposição ao positivismo legalista. Tem como antecedentes históricos-culturais a libertação aos Estados germânicos do jugo napoleônico e a exacerbação ao nacionalismo romântico na Alemanha. Embora o jurista Gustav Hugo já tivesse apontado a instrumentalidade do método histórico na ciência jurídica, o verdadeiro marco de fundação da Escola Histórica foi a polêmica doutrinária estabelecida entre dois grandes juristas da época: Thibaut e Savigny” (SOARES, 2017, p. 160).
  6. Carla Faralli salienta que “Em 1965 são lançados *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, de Norberto Bobbio, e *Cos'è il positivismo giuridico*, de Uberto Scarpelli, duas obras consideradas a síntese de quinze anos de aliança entre positivismo jurídico e filosofia analítica, mas que já revelam os primeiros sintomas da crise” (FARALLI, 2006, p. 7).

caso tenha ocorrido algum evento de natureza legislativa do tipo citado; caso contrário, não é. Isso parece funcionar razoavelmente bem em casos muito simples. (...) Mas, em casos mais difíceis, a análise falha (DWORKING, 2001, p. 218).

Em sua crítica, Dworkin (2001, p. 238) valorizou o papel do juiz Hércules – capaz de empreender uma leitura holística do conflito, analisando-o em sua amplitude e profundidade – e propôs uma reconstrução racional da ordem jurídica, por entender que ela deve ser fruto de sucessivos julgamentos interpretativos, tal como um romance em cadeia<sup>7</sup>.

Ressaltou, dessa forma, a importância dos princípios – enquanto valores ético-políticos que informam o sistema jurídico – no desvelamento dos direitos subjacentes ao conflito, pois, ainda que destituídos de uma expressa previsão normativa, direcionam os intérpretes e aplicadores do direito rumo ao ideal de justiça (com equidade), que deflui do princípio isonômico, contribuindo para a integridade e a completude do sistema.

Chaïm Perelman, outro grande expoente do pós-positivismo, ao debruçar-se sobre a lógica do pensamento jurídico e sobre o raciocínio jurídico, em contraposição à tradição da lógica cartesiano-positivista de desconsideração da retórica e às limitações da interpretação

---

7. Para Ronald Dworkin: “Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance coletivo escrito até então. Qualquer juiz obrigado a decidir uma demanda descobrirá, se olhar nos livros adequados, registros de muitos casos plausivelmente similares, decididos há décadas ou mesmo séculos por muitos outros juízes, de estilos e filosofias judiciais e políticas diferentes, em períodos nos quais o processo e as convenções judiciais eram diferentes. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturas, convenções e práticas são a história; é seu trabalho continuar essa história no futuro por meio do que ele faz agora. Ele deve interpretar o que aconteceu antes porque tem a responsabilidade de levar adiante a incumbência que tem em mãos e não partir em alguma nova direção. Portanto, deve determinar, segundo seu próprio julgamento, o motivo das decisões anteriores, qual realmente é tomado como um todo, o propósito ou o tema da prática até então” (DWORKIN, 2001, p. 238).

do alcance da lei apresentadas pelos positivistas, preocupou-se em refutar a lógica positivista, tal como a proposta por Hans Kelsen, em sua obra *Teoria pura do Direito*<sup>8</sup>, demonstrando a inaptidão desta teoria para mensurar valores tão caros ao raciocínio jurídico e à sua lógica argumentativa.

Demonstrou, assim, grande afinidade com o campo do Direito e, principalmente, com o raciocínio jurídico, a partir da dialética aristotélica – pautada no verossímil – que embasa todo o processo de julgamento, convergindo no ato decisório, ressaltando, assim, a relação de proximidade e complementariedade existente entre a filosofia e o direito.

A lógica jurídica, segundo Perelman (1996, p. 542), consiste em um processo argumentativo de convencimento de um auditório universal, no qual o julgador, diante dos fatos descritos e provas produzidas, e limitado pelo estuário normativo que regula a vida em sociedade, se depara com princípios gerais, lacunas, antinomias, ficções jurídicas e conceitos abstratos – noções confusas (instrumentos de comunicação e de persuasão que não podem ser eliminados, mas que precisam ser manejados com prudência) e noções de conteúdo variável (situações que se caracterizam pela impossibilidade de estabelecer a uniformidade, a previsibilidade e a igualdade perante a lei) – os quais precisam ser mensurados à luz do contexto histórico-cultural da sociedade.

Interessante pontuar que, consoante Carla Faralli, a crise do positivismo ensejou a “superação da rígida distinção entre direito e moral e à consequente abertura do debate filosófico-jurídico contemporâneo aos valores ético-políticos”, o que resultou nas chamadas teorias constitucionalistas ou neoconstitucionalismo e na nova teoria do direito natural (FARALLI, 2006, p. 11).

---

8. Chaïm Perelman é categórico ao afirmar que: “Ao ignorar o papel político do direito, a teoria pura do direito não só peca por abstração, mas ainda falseia a realidade jurídica. O exemplo preciso que acabamos de assinalar contradiz redondamente a afirmação de Kelsen de que uma lei só pode ser válida em virtude da Constituição” (PERELMAN, 1996, p. 412).

Como visto, o pós-positivismo<sup>9</sup> procurou apresentar uma nova postura hermenêutica para os juristas, pois, se antes a liberdade do intérprete era limitada, esgotando-se na subsunção do fato à norma, com essa nova visão, a tarefa do hermeneuta passou a ser, antes de tudo, construtiva.

Em meio a essa crise, o direito processual passou para uma terceira fase metodológica (instrumentalismo), quando se adquiriu a consciência de que o processo, enquanto instrumento de pacificação social, deve procurar encontrar soluções adequadas aos conflitos subjacentes, porquanto “o escopo do processo é a tutela, seja da situação material do autor, seja do réu” (BEDAQUE, 2011, p. 36), de modo que os institutos processuais devem ser concebidos de acordo com as necessidades do direito substantivo.

Discorrendo sobre o assunto, Cândido Rangel Dinamarco salienta que ao negar ao processo natureza e objetivo meramente técnicos, terminou-se por afirmar a sua “permeabilidade aos valores tutelados na ordem político-constitucional e jurídico-material (os quais buscam efetividade através dele)”, bem como reconheceu “sua inserção no universo axiológico da sociedade a que se destina” (DINAMARCO, 2009, p. 23).

Dessa instrumentalidade teleológica atribuída ao processo, emergem seus propósitos norteadores, pois, ao mesmo tempo em que visa a pacificação social e a educação dos indivíduos no convívio em sociedade (escopo social), ele reafirma a autoridade estatal e valoriza as liberdades públicas preservando-as, até mesmo, em face de violações ou ameaças de lesão perpetradas pelo próprio Estado

---

9. Ao discorrer sobre o fenômeno do pós-positivismo, Eduardo Cambi informa que: “a identificação do direito com a lei, marcada pelo dogma da lei como expressão da “vontade geral”, foi superada pela hermenêutica jurídica que, sem cair na tentação de retornar à compreensão metafísica proposta pelo direito natural, desenvolveu a distinção entre as regras e os princípios, para dar força normativa a estes, com o escopo de ampliar a efetividade da Constituição. Pouca valia teriam os direitos fundamentais se não dispusessem de aplicabilidade imediata, porque não passariam de meras e vagas promessas. Esta tendência é denominada de *pós-positivismo*, na medida em que os princípios jurídicos deixam de ter aplicação meramente secundária, como forma de colmatar lacunas, para ter relevância jurídica na conformação judicial dos direitos (CAMBI, 2008, p. 97).

(escopo político), bem como visa garantir a atuação da vontade concreta do direito (escopo jurídico) (DINAMARCO, 2017, p. 20).

Impende destacar que Cândido Rangel Dinamarco divide em apenas três, as fases metodológicas da ciência processual civil (sincrética, autonomista e instrumentalista). No entanto, fala-se, atualmente, em uma quarta fase da evolução do direito processual, a fase do formalismo-valorativo (expressão cunhada por Carlos Alberto Alvaro de Oliveira), também conhecida como neoprocessualismo (denominação adotada por Fredie Didier Jr.<sup>10</sup> e Eduardo Cambi) ou processo civil no Estado Constitucional, expressão utilizada por Daniel Mitidiero a partir da terceira edição da sua obra “Colaboração no processo civil” (MITIDIERO, 2015, p. 29).

Importante ressaltar que em seus estudos sobre o formalismo-valorativo, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira, já de início, deixou claro que a expressão “formalismo”:

Diz respeito à totalidade formal do processo, compreendendo não só a forma, ou as formalidades, mas especialmente a delimitação dos poderes, faculdades e deveres dos sujeitos processuais, coordenação de sua atividade, ordenação do procedimento e organização do processo, com vistas a que sejam atingidas suas finalidades primordiais (OLIVEIRA, 2006, p. 60).

Segundo o professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, o formalismo processual contém em si a ideia de previsibilidade do procedimento (organização da desordem); garantia de liberdade contra arbítrio do julgador; e fator de igualação dos contendores, de modo a evitar eventuais excessos de uma parte em face da outra. Neste último aspecto, em específico, ressalta que no “plano normativo”, o formalismo impõe uma distribuição equilibrada de poderes

---

10. Em seu Curso de Direito Processual Civil, Fredie Didier Jr. leciona que: “Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (Brasil), sob a liderança de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira, costuma-se denominar esta fase do desenvolvimento do direito processual de *formalismo-valorativo*, exatamente para destacar a importância que se deve dar aos valores constitucionalmente protegidos na pauta de direitos fundamentais na construção e aplicação do formalismo processual. As premissas deste pensamento são exatamente as mesmas do chamado Neoprocessualismo, que, aliás, já foi considerado um “formalismo ético”, na expressão de Rodríguez Uribes” (DIDIER JR., 2017, p. 53).

entre as partes e, no “plano do fato”, garante o efetivo exercício dos poderes que lhes são atribuídos, para que possam, em condição de liberdade e igualdade, influenciar no desenvolvimento do procedimento, bem como na formação da norma do caso concreto<sup>11</sup>.

De forma bem didática, Eduardo Cambi informa que: (i) o fato de o Código Civil ter deixado de ser o centro do ordenamento jurídico; (ii) o surgimento de microssistemas; (iii) o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais; (iv) a técnica legislativa da adoção de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados; bem como (v) a ampliação dos poderes do julgador, constituem os principais fatores que justificam o advento do Neoprocessualismo (CAMBI, 2008, p. 118).

Percebe-se, assim, que essa quarta fase metodológica do direito processual está intimamente ligada ao fenômeno da constitucionalização do processo, tendo por escopo a adequação, tempestividade e efetividade do acesso individual e coletivo ao exercício da tutela jurisdicional, impondo ao julgador o dever de interpretar a lei conforme a Constituição; de controlar a constitucionalidade da lei, atribuindo-lhe novo sentido para evitar a declaração de inconstitucionalidade; e de suprir eventuais omissões legislativas, capazes de impedir a proteção de um direito fundamental.

No Brasil, ela somente começou a ser implementada a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, momento em que passou-se a conferir uma maior eficácia às normas constitucionais, atribuindo-lhes um conteúdo axiológico, ao dotar os princípios, regras e postulados nela contemplados com o caráter da imperatividade,

---

11. Como bem pontuou Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: “O fenômeno oferece duas facetas: no plano normativo, impõe uma equilibrada distribuição de poderes entre as partes, sob pena de tornar-se o contraditório uma sombra vã; no plano do fato, ou seja do desenvolvimento concreto do procedimento, reclama o exercício de poderes pelo sujeito, de modo a que sempre fique garantido o exercício dos poderes do outro. O justo equilíbrio presta-se, portanto, para atribuir às partes, na mesma medida, poderes, faculdades e deveres, de modo a que não seja idealmente diversa sua possível influência no desenvolvimento do procedimento e na atividade cognitiva do juiz, faceta assaz importante da própria garantia fundamental do contraditório” (OLIVEIRA, 2006, p. 61-62).

superioridade e centralidade dentro do sistema jurídico nacional, a fim de alcançar a máxima efetividade.

A Constituição, enquanto norma fundamental do Estado brasileiro, realiza uma verdadeira constitucionalização do processo ao estabelecer direitos e garantias basilares, em prol da concretização dos direitos fundamentais, com vistas à promoção da dignidade humana.

Dentre as normas processuais fundamentais podemos destacar: o princípio da legalidade (art. 5º, II); do juiz natural, independente e imparcial (art. 5º, XXXVII e LIII); do acesso à justiça e da efetividade do processo e da jurisdição (art. 5º, XXXV); da decisão justa (art. 5º, LIV); do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV); da regra da não admissão de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI); da publicidade do processo (art. 5º, LX); da assistência judiciária (art. 5º, LXXIV); da razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII); da motivação das decisões (art. 93, IV); e do duplo grau de jurisdição (art. 92), bem como os postulados da razoabilidade e proporcionalidade, dentre outras.

Tais preceitos basilares incidem como fundamentos de validade das relações processuais, disciplinando o processo e regulando o próprio conteúdo das normas infraconstitucionais – dada a sua natureza normogenética<sup>12</sup> –, compondo o denominado Direito Processual Constitucional.

Na seara do direito processual civil, normas fundamentais são os princípios, regras e postulados que atuam como verdadeiros ali-cerces das relações processuais, direcionando, limitando, ou mesmo, auxiliando a atuação participativa de todos os envolvidos na construção da norma do caso concreto.

Conforme bem leciona Fredie Didier Jr.:

---

12. Expressão consagrada por J.J. Gomes Canotilho ao pontificar que “os princípios são fundamentos de regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a *ratio* de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante” (CANOTILHO, 1993, p. 1161).

A norma é fundamental, porque estrutura o modelo do processo civil brasileiro e serve de norte para a compreensão de todas as demais normas jurídicas processuais civis – é, por isso, também, uma norma de interpretação das fontes do Direito Processual e de aplicação de outras normas processuais. (DIDIER JR., 2016, p. 63)

Não há dúvidas de que o CPC/2015 institucionalizou o neoprocessualismo no Brasil, inaugurando uma nova concepção de jurisdição. Isso porque, apesar da tutela jurisdicional ainda pautar-se no modelo heterocompositivo, imperativo e inafastável, permitiu, por outro lado, o livre trânsito de técnicas processuais efetivas, céleres e adequadas à solução do conflito de interesses subjacentes. Flexibilização essa que pode ser operada tanto pelos órgãos jurisdicionais (art. 327, §2º, do CPC/2015) como pelas próprias partes (art. 190 do CPC/2015).

Essa criatividade atribuída à função jurisdicional<sup>13</sup>, terminou por romper com o paradigma da lei como única fonte de diferenciação procedimental, em busca da racionalização do processo e da simplificação dos atos processuais, fomentando a cooperação e o diálogo, mas, principalmente, valorizando o autorregramento da vontade, em prol da solução dos conflitos de interesse, a bem da pacificação social.

#### **4. COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA E A NOVA DINÂMICA INTERRELACIONAL DOS ÓRGÃOS JURISDICIONAIS**

Antes de avançar sobre o tema da cooperação judiciária – instituto previsto nos arts. 67, 68 e 69 do CPC/2015 –, impende lembrar que a democracia deliberativa<sup>14</sup> implementada no Brasil com

---

13. Fredie Didier Jr. é expresso ao afirmar que “A jurisdição é função criativa. Essa criatividade é ilimitada. Na verdade, mais se assemelha a uma atividade de *reconstrução*: recria-se a norma jurídica do caso concreto, bem como se recria, muita vez, a própria regra abstrata que deve regular o caso concreto” (DIDIER JR., 2017, p. 177).

14. De acordo com Claudio Madureira: “A democracia deliberativa contrapõe-se às teorias agregativas do final do século XX, e assume como premissa a compreensão de que o processo democrático não pode se restringir à prerrogativa popular de eleger representantes (já que a experiência histórica demonstra que democracia assim concebida, pode ser amesquinhada e manipulada), devendo, portanto, ‘envolver, além da escolha de representantes, também a possibilidade efetiva de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas’”(MADUREIRA, 2017, p. 147).

o advento da Constituição Federal de 1988, exige uma participação ativa de seus cidadãos em prol da solução adequada de conflitos, demandando o envolvimento direto da comunidade nos processos de deliberação sobre as questões que lhes afetam, especialmente quando os conflitos de interesses são levados à apreciação jurisdicional.

Identifica-se aqui, com nitidez, a influência da teoria da razão comunicativa de Habermas no sistema jurídico brasileiro, que prima pelo processo dialógico, com o escopo de promover a integração dos indivíduos e a harmonização de seus interesses, a bem da justiça e da paz social.

A máxima efetividade do direito fundamental de acesso à justiça (art. 5º, XXXV, da CRFB/1988) perpassa não apenas pela melhoria da estrutura do Poder Judiciário, mas, principalmente, pelo desenvolvimento de novos métodos ou técnicas de tratamento adequado de conflitos<sup>15</sup>, que constituam meios eficazes, para extrair o máximo de positivo dos conflitos, solucionando-os de forma consensual (arts. 3º, §2º e 334, do CPC/2015) ou não, em prol da pacificação social.

Na busca da construção consensual de um acordo racional e inspirado nos princípios da cooperação e da eficiência, instituiu-se o sistema da cooperação judiciária nacional, a fim de assegurar aos sujeitos do processo a possibilidade de cooperarem entre si, para que se produza, em tempo razoável, com maior eficiência e o menor custo possível, uma decisão de mérito justa e efetiva.

---

15. Rodrigo Mazzei e Bárbara Seccato Ruis Chagas salientam que “...a expressão *tratamento adequado* viabiliza outra percepção: os diversos mecanismos existentes – negociação, conciliação, mediação, arbitragem – apresentam nuances e peculiaridades e, por isso, são mais, ou menos, recomendados a determinados conflitos. (...) Não se trata de recomendação arbitrária, mas sim consciente dos propósitos e procedimentos desses mecanismos: a conciliação tem um terceiro imparcial mais incisivo, que pode sugerir propostas e tem como objetivo chegar a um acordo; a mediação, por outro lado, tem no mediador a figura de um facilitador cujo objetivo consiste em restabelecer o diálogo, sendo o acordo uma meta secundária. Para considerar também a arbitragem, esta tem como principais características a excelência técnica – pela possibilidade de escolha de *experts* como árbitros – e a celeridade, ainda que, como contrapartida, apresente um custo mais elevado; logo, mais indicada para aqueles litígios que demandem rapidez e conhecimento específico em determina da área” (MAZZEI, 2018, p. 11-13).

Fredie Didier Jr. lembra que o princípio da cooperação “define o modo como o processo civil deve estruturar-se no direito brasileiro” e caracteriza-se por redimensionar o princípio do contraditório, ao incluir o órgão jurisdicional no rol dos sujeitos do diálogo processual. Segundo afirma, “...a decisão judicial é *fruto* da atividade processual em cooperação...”, por resultar das discussões travadas ao longo do liame processual. Destaca que a atividade cognitiva é compartilhada, mas a decisão judicial, enquanto manifestação de poder, é exclusivo do órgão jurisdicional, não podendo ser mitigado (DIDIER JR., 2017, p. 141-142).

Imbuído desse espírito de colaboração, o art. 67 do CPC/2015 instituiu a todos os órgãos jurisdicionais brasileiros e servidores, o dever jurídico da recíproca cooperação, em prol da efetividade e eficiência (art. 37 da CRFB/1988 e art. 8º do CPC/2015)<sup>16</sup> da atividade judicial.

Interessante notar que a disciplina contida nas regras previstas nos arts. 67, 68 e 69 do CPC/2015, inspirou-se na Recomendação nº 38/2011 do CNJ que, antes mesmo de sua positivação no diploma de ritos, já regulamentava a prática cooperativa, ativa, passiva e simultânea, entre os órgãos do Poder Judiciário da União e dos Estados (art. 1º da Recomendação nº 38/2011 do CNJ).

Consoante se depreende da leitura dos “considerandos” descritos na Recomendação nº 38/2011 do CNJ, a cooperação judiciária consiste em um mecanismo contemporâneo, desburocratizado e ágil, necessário para assegurar o cumprimento de atos judiciais fora da esfera de competência do juízo requerente ou em intersecção com ele.

---

16. Ao discorrer sobre o postulado da eficiência, Antônio do Passo Cabral ressalta que “Aos poucos, foi vitorioso o entendimento de que o dever de agir com eficiência atinge todos os poderes do Estado, inclusive o Judiciário, e então ganhou força uma dimensão processual da eficiência. Dentro da mesma lógica do direito público, eficiência processual significa uma alocação ótima de recursos e técnicas processuais, para que se atinjam os escopos do processo, tanto quanto possível, com a maior qualidade e os menores custos. Deve-se praticar um processo civil de resultados” (CABRAL, 2017, p. 246-247).

Da referida recomendação é possível identificar que o sistema brasileiro de cooperação judiciária tem por finalidade precípua, assegurar a celeridade na tramitação processual, por meio da simplificação da prática dos atos de cooperação (desformalização); facilitação da comunicação entre os agente cooperantes; e, principalmente, racionalização da atividade jurisdicional, ao conceber os órgãos que compõem o sistema de tratamento adequado de conflitos como um todo unitário, aptos a garantir a solução integral e efetiva dos conflitos de interesses, com o menor custo e no menor tempo possível.

Partindo de tais premissas, verifica-se que o CPC/2015 não apenas validou a disciplina contida na mencionada Recomendação, como ampliou sensivelmente a abrangência normativa da cooperação judiciária nacional, porquanto, apesar desta previsão normativa estar contida no Código de Processo Civil, seus comandos espraiam-se para outros ramos do direito, a exemplo do eleitoral, trabalhista e administrativo<sup>17</sup>, que são abrangidos, com força na regra subsidiária do art. 15 do CPC/2015.

Quanto aos processos penais, a sua incidência pode ser extraída diretamente da Recomendação nº 38/2011 do CNJ, quando em seu art. 4º, parágrafo único, inciso III, prevê a possibilidade da prática de atos concertados entre juízes cooperantes para a transferência de presos.

Ademais, o §3º do art. 69 do CPC/2015 – que contempla a mesma redação descrita no art. 5º da Recomendação nº 38/2011 do CNJ –, é expresso ao preceituar a possibilidade da cooperação judiciária entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

Vale destacar que a mediação, a conciliação e a arbitragem – cada um à sua maneira –, constituem importantes métodos de tratamento

---

17. Fredie Didier Jr. sustenta ser possível “...cogitar a aplicação de tais normas, por analogia, no contexto do processo administrativo (art. 15, CPC). A existência de diversos tribunais administrativos (CADE, CVM, tribunais de contribuintes, tribunais de contas etc.) basta para demonstrar a grande utilidade que a cooperação entre tribunais administrativos brasileiros peçam, atendam e concertem cooperação, nos moldes do art. 69 do CPC” (Material inédito gentilmente cedido pelo autor em 17 abr. 2019).

de conflitos, sendo a mediação e a conciliação técnicas exercidas por um terceiro imparcial, sem poder decisório, o qual, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia, estimulando-as a identificar e a desenvolver condições para a solução consensual do conflito.

A diferença fulcral entre a mediação e a conciliação, nos termos do art. 165 do CPC/2015, reside no fato de que, enquanto a primeira é preferencialmente aplicada nas hipóteses em que há uma relação anterior entre as partes, e o mediador limita-se a aproximar os interessados, ajudando-os a compreender as questões e os interesses em conflito; na segunda, o conciliador atua de forma proativa – preferencialmente nos casos em que não há um vínculo anterior entre as partes –, pois ele não apenas auxilia, como também, propõe soluções para o conflito.

A arbitragem (arts. 3º, §1º e 42, do CPC/2015), por seu turno, constitui a técnica pela qual um terceiro, estranho ao conflito, tenta conciliar e, inexitosa a tentativa, decide a controvérsia.

Apesar de todo o investimento tecnológico, operacional, humano e administrativo que vem sendo feito ao longo dos anos, a taxa de congestionamento em todos os órgãos do Poder Judiciário ainda é muito alta<sup>18</sup>, não condizente com os princípios reitores do devido processo constitucional, em especial, a razoável duração do processo e a celeridade, que terminam por refletir na inefetividade dos proventos jurisdicionais.

Ademais, quando as próprias partes resolvem o conflito de forma consensual ou se propõem a aceitar a decisão de um árbitro por eles escolhido (mediante regras previamente convencionadas), o grau de satisfação dos envolvidos tende a ser muito maior do que no demorado, custoso e imprevisível processo judicial, porquanto há uma participação direta do sujeito interessado, seja na entabulação do acordo, seja na pactuação do termo de arbitragem, onde são fixadas as regras que conduzirão a arbitragem.

---

18. Vide relatório anual “Justiça em Números 2018” Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>>. Acesso em 26 jun. 2019.

Daí a importância que as técnicas de tratamento adequado de conflitos vêm ganhando na sociedade contemporânea. Esta realidade pode ser facilmente identificada a partir da elevada regulamentação legislativa que os referidos institutos vêm sofrendo ao longo do tempo, a exemplo das leis nº 9.099/1995, 9.307/1996, 13.129/2015 e 13.140/2015, bem como da Resolução nº 125/2010 do CNJ, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário.

Isso sem falar no próprio CPC/2015, que não apenas reafirmou a aplicabilidade da arbitragem enquanto método heterocompositivo de tratamento de conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis (art. 3º, §1º, do CPC/2015), como também formalizou a arbitragem como jurisdição no Direito Brasileiro, juntamente com a jurisdição estatal (art. 42 do CPC/2015), conferindo às partes a possibilidade de optar por um desses modelos de jurisdição.

O CPC/2015 instituiu também, em seu art. 237, a Carta Arbitral. Trata-se de um instrumento jurídico que atua como verdadeiro elo de comunicação e cooperação entre o juízo arbitral e o juízo estatal<sup>19</sup>. Isso porque, não autoriza os juízes e desembargadores a procederem à revisão do mérito das decisões proferidas no âmbito arbitral, o que somente é permitido em caso de eventual nulidade da sentença arbitral (art. 32 da Lei nº 9.307/1996), suscitada judicialmente pela parte interessada (art. 33 da Lei nº 9.307/1996).

Como visto, o direito processual brasileiro consagrou o sistema de justiça multiportas<sup>21</sup> – ao assegurar, ao lado da jurisdição estatal, outros mecanismos de tratamento adequado de conflitos – e

---

19. O enunciado nº 5 do Fórum Permanente de Processualistas Civis é expresso ao declarar que (art. 69, §3º) O pedido de cooperação poderá ser realizado também entre o árbitro e o Poder Judiciário (Grupo: Competência e Cooperação Judiciária Nacional).

20. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de PINHO; MAZZOLA, 2017.

21. Conforme João Luiz Lessa Neto, “O sistema processual civil brasileiro, a partir de uma decisão política que culmina com o Novo Código de Processo Civil – NCPC, passou a seguir modelos multiportas de resolução de disputas. Consoante este modelo, cada disputa deve ser encaminhada para a técnica ou meio mais adequado para a sua solução. A mediação e a conciliação passam a ser fortemente estimuladas num

contempla a adoção do modelo cooperativo de processo, “enquanto verdadeira comunidade de trabalho”, na precisa lição de Thaís Amoroso Paschoal Lunardi (2017, p. 370)<sup>22</sup>.

## **5. O SISTEMA DE COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA: REPENSANDO A JURISDIÇÃO BRASILEIRA**

---

Ficou evidente que ao adotar o modelo cooperativo em um sistema de justiça multiportas, o CPC/2105 também passou a fomentar uma maior sinergia entre os diversos órgãos jurisdicionais ou não estatais, com o intuito de prestar uma tutela diferenciada, adequada ao objeto litigioso, célere, eficiente, efetiva e, principalmente, justa.

Para tanto, todas as alterações operadas no plano do direito material não podem ser ignoradas pelos agentes envolvidos, que devem primar pela criação de técnicas idôneas e legítimas, capazes de garantir os direitos nascidos com a evolução social, visando à sua efetiva proteção.

Vale pontuar que, nos termos do art. 68 do CPC/2015, os pedidos de cooperação poderão ser formulados para a prática de qualquer ato processual, conferindo, assim, um amplo leque de opções colaborativas a serem entabuladas.

As possibilidades de interação cooperativa são tantas, que já vem sendo debatido nos meios acadêmicos, por exemplo, a necessidade da ressignificação do princípio do juiz natural, em prol da flexibilização, delegação e coordenação de competências no processo civil<sup>23</sup>; técnicas

---

esforço de aproximação das partes e de empoderamento dos cidadãos como atores da solução de seus conflitos” (LESSA NETO, 2015, p. 428).

22. De acordo com Thaís Amoroso Paschoal Lunardi, “[...] o princípio da cooperação como norma fundamental, reforça a existência de um modelo cooperativo de processo, tendo como norte a ideia de que o processo deve ser visto enquanto verdadeira “comunidade de trabalho, ou seja, um espaço adequado para o debate e diálogo constantes, voltados à construção mais adequada ao caso concreto” (LUNARDI, 2017, p. 370)

23. A propósito do tema, imperdível a leitura de CABRAL, 2017.

de produção coletiva de prova<sup>24</sup>; e técnicas adequadas ao tratamento de demandas repetitivas no primeiro grau de jurisdição<sup>25</sup>.

Aliás, o art. 3º da Recomendação nº 38/2011 do CNJ é expresso ao estatuir que “a cooperação judiciária é admissível para a prática de todos os tipos de atos, providências, medidas, incidentes, procedimentos e ritos”, que poderão ser praticados por meio<sup>26</sup> de (i) auxílio direto; (ii) reunião ou apensamento de processos; (iii) prestações de informações; (iv) cartas de ordem ou precatória; e (v) atos concertados entre juízes cooperantes<sup>27</sup> (art. 4º e incisos, da Recomendação nº 38/2011 do CNJ). E mais, o parágrafo único do art. 4º do referido ato regulamentar prevê ainda a possibilidade da celebração de negócios jurídicos processuais, para a prática de atos cooperados atípicos (consoante preconizado no art. 190 do CPC/2015), sem descartar a aplicabilidade da indeterminação textual das cláusulas gerais processuais (arts. 139, IV, 297 e 536, §1º, do CPC/2015), que permitem o manejo de técnicas executivas atípicas; bem como da imprecisão contida na regra da atipicidade dos meios de prova (art. 369 do CPC/2015).

Verifica-se, assim, que tanto a regra processual, quanto o ato regulamentar, instituem um rol meramente exemplificativo de atividades cooperadas, que podem ser implementadas por meio de técnicas processuais adequadas, idôneas e legítimas, que se façam necessárias à consecução de resultados ótimos, solucionando o conflito (GONÇALVES, 2012, p. 16)<sup>28</sup>.

---

24. Acerca do assunto, importante a leitura de LUNARDI, 2018.

25. Sobre o tema, recomenda-se a leitura de SILVA, 2019.

26. Sobre os meios de cooperação, oportuna a leitura de MEIRELES, 2015 e MEIRELES, 2018.

27. Em material inédito, Fredie Didier Jr. sustenta que “O ato concertado é indicado para disciplinar uma cooperação permanente ou duradoura entre os juízes cooperantes. Por isso, o ato cooperativo regerá a prática de uma série de atos indeterminados, assumindo a natureza de fonte de normas processuais gerais, consensuais e anteriores à prática dos atos de cooperação” (Material inédito gentilmente cedido pelo autor em 17 abr. 2019).

28. Aroldo Plínio Gonçalves define a técnica como sendo o “conjunto de meios adequados para a consecução dos resultados desejados, de procedimentos idôneos para a realização de finalidades” (GONÇALVES, 2012, p. 16).

José Roberto dos Santos Bedaque, adverte, inclusive, sobre a possibilidade da utilização de técnicas que conferem tratamento diferenciado a institutos específicos, em outras situações sujeitas a regime jurídico ontologicamente diverso (BEDAQUE, 2010, p. 112), caso se mostre adequado à resolução do conflito.

Thaís Amoroso Paschoal Lunardi destaca, de outro modo, que o dever de cooperação abrange uma dimensão de colaboração interna, que se refere às condutas de sujeitos processuais na prática dos atos processuais; e externa, que consiste na conjugação de esforços entre órgãos jurisdicionais e não estatais, na resolução de diversos casos (LUNARDI, 2017, p. 372), dentro de distintos critérios de competência.

Na oportunidade, convém registrar que apesar de o texto normativo não exigir forma específica para a prática dos atos de cooperação, nos termos do Enunciado 687 do Fórum Permanente de Processualistas Civis, é possível depreender que “a dispensa legal de forma específica para os atos de cooperação não afasta o dever de sua documentação nos autos do processo”.

A dimensão *interna* abrange todos os sujeitos diretamente envolvidos, a exemplo das partes, juízes e auxiliares da justiça, que, de alguma forma, atuam para solucionar a questão litigiosa veiculada em um processo. Já em seu aspecto *externo*, visa tutelar interesses coletivamente considerados, envolvendo a gestão de processos de massa.

É certo que, seja para solucionar um conflito individualmente considerado ou resolver questões de massa, a Recomendação nº 38/2011 do CNJ, em seu art. 6º, determina a criação de uma rede nacional de atuação judiciária, com a nomeação de magistrados (de primeiro e segundo graus) para atuarem como juízes de cooperação, a fim de auxiliarem na prática dos atos de cooperação e promoverem a integração da rede.

O art. 9º da mencionada recomendação, prevê, ainda, a possibilidade da criação de núcleos de cooperação judiciária, que terão a atribuição de sugerir diretrizes de ação coletiva, harmonizar rotinas

e procedimentos e atuar na gestão coletiva de conflitos, bem como na elaboração de diagnósticos de política judiciária.

Percebe-se, assim, que os juízes de cooperação atuam diretamente na facilitação e prática dos atos cooperados, promovendo a ação colaborativa e integrando, nacionalmente, todos os órgãos jurisdicionais e não estatais, para que possam alcançar uma maior sinergia na busca da pacificação social.

Os núcleos de cooperação judiciária, por sua vez, têm por atribuição precípua a coleta de dados, o tratamento de informações e a elaboração de pareceres regulares, com o diagnóstico das políticas judiciárias implementadas, cabendo-lhes, ainda, propor novas rotinas de atuação e novos procedimentos, caso se façam necessários para uma melhor estratégia de atuação e integração de rotinas e práticas a serem desenvolvidas pelos agentes cooperantes, promovendo, desse modo, uma maior fluidez e agilidade comunicativa entre eles.

Constata-se, assim, a necessidade de se lançar um novo olhar sobre o sistema jurisdicional brasileiro, mais integrado, dinâmico e proativo, ciente da importância do diálogo e da cooperação na resolução adequada dos conflitos que emergem em uma sociedade de massa, plural, tecnológica e dinâmica.

## **6. CONCLUSÕES**

---

Inicialmente fez-se necessário tecer uma breve digressão sobre a teoria da razão comunicativa de Jürgen Habermas, a fim de demonstrar a sua importância na promoção da integração entre os indivíduos da comunidade, por tratar-se de uma importante técnica de negociação autônoma de interpretações comuns sobre situações conflituosas, na busca da harmonização de interesses e, consequentemente, da estabilização social.

Ficou claro que o agir tem que ser orientado pelo entendimento e não pelo simples sucesso, na medida em que a aceitabilidade das normas se faz mais intensa quando construída por uma via dialógica e democrática, na busca de encontrar um denominador comum, capaz de agregar, na melhor medida possível, razões plurais que permeiam o tecido social.

Daí a importância de assegurar espaços democráticos de fala, onde os conflitos possam ser debatidos em condições de liberdade e igualdade, para que, mesmo não havendo um consenso, capaz de debelar autonomamente a situação de crise, esta seja adequadamente resolvida de forma justa, eficiente e eficaz.

Para tanto, deve-se procurar a atuação substitutiva da função jurisdicional, a qual, conforme demonstrado, transformou-se sensivelmente ao longo dos anos, tendo como marco inicial uma fase sincrética que evoluiu para conferir ao direito processual o *status* de ramo autônomo da ciência jurídica e, posteriormente, adotou um movimento de reaproximação do direito substantivo (fase instrumental).

Atualmente, já sob os auspícios do pós-positivismo, que deu margem ao fenômeno da constitucionalização do processo, fala-se no direito processual do formalismo-valorativo ou neoprocessualismo, que prima pela adequação, tempestividade e efetividade no acesso individual e coletivo à tutela jurisdicional.

Na busca da construção consensual de um acordo racional e inspirado nos princípios da cooperação e da eficiência, instituiu-se o sistema de cooperação judiciária nacional, a fim de assegurar aos sujeitos do processo a possibilidade de cooperarem entre si, para que produzam, em tempo razoável, com maior eficiência e o menor custo possível, uma decisão de mérito justa e efetiva.

Esse modelo cooperativo brasileiro é aplicado em meio ao sistema de justiça multiportas instituído pelo CPC/2105, fomentando uma maior sinergia entre os diversos órgãos jurisdicionais ou não estatais, com o intuito de prestar uma tutela diferenciada, adequada ao objeto litigioso.

Como visto, o sistema de cooperação judiciária nacional, implementado no CPC/2015, pelos arts. 67, 68 e 69, e regulamentado pela Recomendação nº 38/2011 do CNJ, veio para alterar sobremaneira a função jurisdicional, enquanto exercício do poder estatal, para ampliar os espaços de fala, onde os próprios interessados, no uso da razão comunicativa, busquem, racional e dialogicamente, harmonizar os interesses em conflitos.

Permitiu também que outros agentes, não estatais, realizem o direito de forma criativa, em substituição à vontade das partes – função esta, até então relegada, com exclusividade, aos órgãos jurisdicionais.

Ao instituir essa nova sinergia entre todos os entes cooperantes, abriu-se margem para a criação de novas técnicas de atuação coordenada, na prestação de uma tutela adequada, célere, eficiente, efetiva e justa, com o intuito de alcançar os melhores resultados na pacificação dos conflitos de interesses (individuais ou coletivos) que permeiam a sociedade brasileira.

Emerge daí a necessidade premente de repensar a jurisdição brasileira à luz da razão comunicativa e pautada no sistema de cooperação judiciária.

## 7. BIBLIOGRAFIA

---

- ALMEIDA, Diogo Assumpção Rezende de. O princípio da adequação e os métodos de solução de conflitos. In: *Revista de Processo*, ano 36, v. 195, mai. 2011.
- ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. – 19. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- AVELINO, Murilo Teixeira. Breves comentários à cooperação nacional no Código de Processo Civil. *Revista Jurídica da Seção Judiciária de Pernambuco*, n. 8, p. 187-196. 2015. Disponível em: <<https://revista.jfpe.jus.br/index.php/RJSJPE/article/view/132/125>> Acesso em: 27 mai. 2019.
- AZEVEDO NETO, João Luiz Lessa de. *Arbitragem e poder judiciário: a definição da competência do árbitro*. Coordenador Fredie Didier Jr. Salvador: JusPodivm, 2016. (Coleção Eduardo Espínola).
- BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do processo e técnica processual*. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- \_\_\_\_\_. *Direito e processo: influência do direito material sobre o processo*. 6. ed. rev. e ampl. – São Paulo: Malheiros Editores, 2011.
- CABRAL, Antonio do Passo. *Juiz natural e eficiência processual: flexibilização, delegação e coordenação de competência no processo civil*. Tese (Provisamento do cargo de professor titular de Direito Processual Civil) Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2017.

- CALMON FILHO, Petrônio. O conflito e os meios de sua solução. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira e DIDIER JUNIOR (Orgs) *Teoria do processo: panorama doutrinário mundial*. Salvador: JusPodivm, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética: direito, moral e religião no mundo moderno*. 3. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- DIDIER JR., Fredie. *Teoria geral do processo, essa desconhecida*. 3. ed. atual. Salvador: JusPodivm, 2016.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Processual Civil: introdução do direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. v. 1. 19. ed. rev., atual e ampl. Salvador: JusPodivm, 2017.
- \_\_\_\_\_. *Cooperação judiciária nacional*. Material inédito, gentilmente cedido pelo autor, 2019.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- DINAMARCO, Cândido Rangel; LOPES, Bruno Vasconcelos Carrilho. *Teoria geral do novo Processo Civil*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2017.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*; tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.
- FARALLI, Carla. *A filosofia contemporânea do direito: temas e desafios*; tradução Candice Premaor Gullo; revisão da tradução Silvana Cobucci Leite. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2006. (Justiça e direito).
- FERREIRA, Maria Gabriela Silva Campos. *O compartilhamento de competências e os atos processuais concertados entre juízes*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2019.
- HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição – contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 36-37.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*, v. I; tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LUNARDI, Thaís Amoroso Paschoal. *Coletivização da prova: técnicas de produção coletiva da prova e seus reflexos na esfera individual*. Tese (Doutorado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2018.

- \_\_\_\_\_. Atos concertados entre juízes cooperantes como ferramenta adequada de gestão processual: uma possibilidade para a aplicação do *multidistrict litigation* no sistema brasileiro. In: ARENHART, Sérgio Cruz e MITIDIERO, Daniel (orgs). *O processo civil entre a técnica processual e a tutela dos direitos*: estudos em homenagem a Luiz Guilherme Marinoni. Organização Rogéria Dotti. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.
- MADUREIRA, Claudio. *Fundamentos do novo processo civil brasileiro: o processo civil do formalismo-valorativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.
- MAIA, Renata C. Vieira. A identidade física do juiz como princípio consuetudinário do processo cooperativo. In: MARX NETO, Edgard Audomar *et al* (Orgs). *Processo civil contemporâneo*: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- MARINONI, Luiz Guilherme. Da teoria da relação jurídica processual ao processo civil do Estado constitucional. In: JORDÃO, Eduardo Ferreira e DI-DIER JUNIOR, Fredie Souza (Orgs). *Teoria do processo*: panorama doutrinário mundial. Salvador: JusPodivm, 2007.
- \_\_\_\_\_. *Técnica processual e tutela dos direitos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MAZZEI, Rodrigo; CHAGAS, Bárbara Seccato Ruis. Métodos ou tratamentos adequados de conflitos? *Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR*, Edição especial, a. 3, n. 1, mai, 2018.
- MAZZOLA, Marcelo. *É possível a realização de "atos concertados" entre o judiciário e o juízo arbitral?* Disponível em:  
<<https://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI293183,61044-+possivel+a+realizacao+de+atos+concertados+entre+o+judiciario+e+o>> Acesso em: 27 mai. 2019.
- MEIRELES, Edilton. Cooperação Judiciária Nacional. *Revista de Processo*, a. 40, n. 249, p. 59-80. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, nov., 2015.
- \_\_\_\_\_. Cooperação judicial e poderes do juiz na execução conforme o CPC de 2015. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, a. 4, n. 1, p. 455-507. Publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (CIDP): Lisboa, 2018.
- MITIDIERO, Daniel. A justiça civil no Brasil entre a Constituição de 1988 e o código reformado. In: MARX NETO, Edgard Audomar *et all* (Org). *Processo civil contemporâneo*: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- NEVES, Marcelo. Luhmann, Habermas e o Estado de Direito. Comunicação apresentada ao V Congresso Brasileiro de Filosofia, São Paulo, Setembro

- de 1995. In: *Lua Nova*, n. 37. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/document/92420323/NEVES-Marcelo-Luhmann-Habermas-e-o-Estado-de-Direito>> Acesso em: 27 mai. 2019.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. O formalismo-valorativo no confronto do formalismo excessivo. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 26, p. 59-88, 2006.
- PASSOS, J. J. Calmon de. *Da jurisdição*. Publicações da Universidade da Bahia, 1957. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/151811179/jurisdiacao-Calmon-de-Passos>> Acesso em 28 jun. 2019.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de; MAZZOLA, Marcelo. A cooperação como elemento estruturante da interface entre o poder judiciário e o juízo arbitral. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, a. 11, v. 18, n. 3, p. 198-218, set/dez. 2017.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*; 7. ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*; Tradução Denise Bottmann e Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Processo e ideologia. *Revista de Processo*, a. 28, n. 110, p. 19-36. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Abr./jun., 2013.
- SILVA, Ricardo Menezes da. *Tratamento adequado de demandas repetitivas no primeiro grau: uma análise a partir do novo código de processo civil*. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. *Elementos de teoria geral do direito*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- ZANETI JR., Hermes. O princípio da cooperação e o Código de Processo Civil: cooperação para o processo. In: MARX NETO, Edgard Audomar *et all* (Orgs). *Processo civil contemporâneo: homenagem aos 80 anos do professor Humberto Theodoro Júnior* Rio de Janeiro: Forense, 2018.



# The criminal response to the terrorist phenomenon. Critical paradigms for the Rule of Law<sup>1</sup>

*Diego Di Giuseppe\**  
*Francescadiletta Bortone\*\**

**Summary:** 1. Terrorism in the first decades of the XXI century – 2. Distinctive traits of a Rule of law – 3. War on terror – 4. State of exception – 5. The criminal law of the enemy – 6. Conclusions – 7. References.

## 1. TERRORISM IN THE FIRST DECADES OF THE XXI CENTURY

---

Terrorism is not a modern issue. If we define terrorism in general terms, as the recurring and organized use of violence designed to produce widespread fear among subjects and/or dismay for the object<sup>2</sup>, then terrorism is a very ancient practice indeed.

---

(\*) PhD.; Lawyer; Researcher at Ratio Legis Center; Universidade Autónoma de Lisboa; Faculty of Law; Portugal. Contact: diegodigiuseppe@protonmail.com

(\*\*) PhD.; Lawyer; Researcher at Study Center on Risks; Università del Salento; Faculty of Law; Italy. Contact: francescadiletta.bortone@gmail.com

1. The source publications used for writing this article are mainly in Italian. For this reason and especially as an aid for the reader's better understanding, all citations (both in the text and in the notes) have been translated into English. For further information, please refer to the publication actually consulted.
2. For a clear understanding of the terms involved in the discussion, it is useful to clarify from the outset what we mean when we use the words *target*, *subject* and *object*. The *target* is the direct, material asset that the act of violence hits or aims to hit. The *subject* is the individual (or the group of individuals) directly struck by the terrorist attack. The *object* is the (indirect) purpose that the criminal action aims to achieve. In the case of an incendiary attack against the headquarters of a Party seat during a meeting, for example, the seat is the target, those who are present in

Terrorist events and terrorist groups, both politically and religiously motivated, have been present throughout history, albeit in a great variety of forms and modalities, within every kind of political regimes<sup>3</sup>.

Then, during the modern era and up until the end of the last century, terrorist organizations and terrorist acts developed a rough uniformity of organizational structures, aims and execution procedures.

Considering the most recently active terrorist groups of the last decades we could mention, for example, Tupamaros in Uruguay, Brigade Rosse and Nuclei Armati Rivoluzionari in Italy, Forças Populares 25 de Abril in Portugal, Euskadi Ta Askatasuna in Spain, Baader e Meinhof's Rote Armée Fraction in Germany, etc.

As said, this kind of terrorism developed a deeply centralized and territorial-based structure, and acted according to rather specific and uniform standards, such as: carefully considering the

---

the meeting are the subjects and the (democratic) Constitutional State, which is being attacked in its fundamental principle of freedom of political expression, is the objective.

3. For instance we could mention the Sicarii Jewish sect (1st century B.C.), which was the extremist political faction of the Zealots; this nationalist and religious fundamentalist group fought against the Roman occupation of the Land of Israel and all the Jews who were willing to tolerate it. Sicarii treated submissive Jews the same way they treated the enemy invaders. In order to pursue their political and religious agenda they systematically resorted to the strategy of terror: murder, pillage and arson. « *At that time the Sicarii engaged in a conspiracy against those who were willing to accept the submission to the Romans and they fought them in every way, as enemies, robbing their belongings, stealing their cattle and burning their houses.*”; “*They claim that there was no difference between them and the enemies, as they had dishonourably renounced their freedom for which the Jews had fought so hard and they would rather be slaves under the Romans.*” Cfr. FLAVIO, Giuseppe - *La guerra giudaica*. 6th Ed. Milan: Mondadori, 2000, Book VII, Ch. 8.1., pp. 254-255. Other precedents we could cite are the political conspiracies in the Roman Empire (see SIRAGO, Vito A. - *Trecentomila croci. Banditi e terroristi nell'Impero romano*. Como: New press, 2017) or in Renaissance Principalities; the various plots against all kind of despots throughout history are yet another example. The rise of the Modern State itself was accompanied by terrorist groups and acts. For a historical analysis of the evolution of terrorism, see CHALIAND, Gérard, BLIN, Arnaud - *Storia del terrorismo. Dall'antichità ad Al Qaeda*. 1st. Turin: UTET, 2007.

choice of targets, selecting subjects with highly symbolic value, aiming to subvert the constitutional apparatus of the State.

Nevertheless, starting from the September 11 attacks, we have witnessed a decisive paradigm shift.

As a matter of fact, in the last two decades terrorism has undoubtedly evolved<sup>4</sup>, transitioning from what we could define as its 'classic' form to a new, much more complex<sup>5</sup> and articulated one. Such evolution can be better understood through the analysis of a few crucial steps.

Among these there's the '*evanescence of the targets and subjects involved with terrorist attacks*', which is characterized by a high level of social perceptibility.

Of course contemporary terrorist groups still have preferential targets and subjects that they would rather hit, even only in order to ensure a stronger media resonance. We are not trying to question the fact that a terrorist action would try to explicitly undermine its object, whatever that is, by directly hitting them. Instead, the term *evanescence* is meant to highlight the fact that we have witnessed a critical evolution: terrorists used to attack their object by choosing specific and highly symbolic targets and/or subjects (e.g. attacking the State by hitting an institution, the figure

---

4. Here the term *evolution* doesn't refer to a causal and linear development process which is implemented in order to meet specific goals, but rather to a random process of transformation, which is driven by purely accidental factors. For further details, see LUHMANN, Niklas, DE GIORGI, Raffaele – *Teoria della società*. 11th Ed. Milan: Franco Angeli, 2007, pp. 169 et seq.

5. The word *complexity* is not intended as a synonym for complicated or difficult to understand, but is defined in Luhmann's terms, as the compound set of possibilities which produce meaning through communication. Therefore complexity as an excess of possibilities as compared to those which actualize. In this perspective the concept of meaning is closely connected to that of selection, which is the fundamental process needed to reduce complexity and to find your bearings in the endless range of possibilities. In order to attain meaning it is necessary to select some possibilities from the infinite set of those available. Once selected, possibilities can actualize. The concept of complexity is also tightly related to that of contingency, which refers to the possibility to choose differently among the endless array of possibilities.

of the sovereign, the ruling party's historical seat or its leaders; attacking the Church by hitting its representatives or the most important places of worship), while nowadays they opt for targets and subjects whose profile is much more indefinite and evanescent. In other words, considering the functional link between criminal behavior and destabilizing intents, there has been a transition from attacks on targets and objects which were somehow linked to the subversive purposes, to attacks on unpredictable targets, against common people and against qualitatively and quantitatively undetermined subjects.

Therefore targets and subjects no longer play the key role that they used to hold until the end of the last century as they have taken on the connotation of mere moving or sitting targets.

Another crucial aspect in the evolution of terrorism involves the '*transformation and extension of the object*'.

As pointed out above, the main goal of the terrorist organized groups of the XX century was political subversion. Namely, the State with its apparatus, in all its facets, was the object of all their efforts. However the wave of jihadist terrorist attacks, from New York in 2001, to London in 2017<sup>6</sup>, has made very clear to anyone that terrorism has assumed a new international dimension<sup>7</sup>; that is the metamorphosis of the State object into a supranational object. As a matter of fact, current terrorism is no longer containable within the

---

6. Including those of Madrid, London, Istanbul, Paris, Nice, Bruxelles, Manchester, Barcelona, etc.

7. It is possible to trace the evolution of terrorism by looking at its official definitions. In 1937 the League of Nations defined terrorism as all the "*criminal acts directed against a State and intended or calculated to create a state of terror in the minds of particular persons, or a group of persons or the general public*"; but it should be noted that later, in its Common Position of 2001 (931/PESC), the Council of the European Union defined terrorist acts as "*intentional acts, which, given their nature or their context, may seriously damage a country or an international organization, as defined as an offence under national law, where committed with the aim of: seriously intimidating a population, or unduly compelling a Government or an international organization to perform or abstain from performing any act, or seriously destabilising or destroying the fundamental political, constitutional, economic or social structures of a country or an international organization*".

boundaries of a defined national or territorial frame of reference, but it has identified his new, more general object with the western World as a whole.

A further element in this evolution of terrorism is the '*admixture between religious ideology and political purpose*'.

The success of jihadist terrorism has shown the indivisible contiguity and the interdependence between religious ideology and political purpose in fundamentalist organizations<sup>8</sup>. The classic and rigid differentiation between the two is simply no longer a useful key of interpretation for current terrorism. The rise of ISIS and the establishment of the Caliphate (June 2014), have brought fundamentalists closer to the objective of realizing an Islamic State based on the model of Mohammed and his successors, sclerotizing and unifying religious ideology and political purpose. In fact the aim of ISIS is to "*bring back Islam to its imaginary ideal of original purity*" and to "*establish a worldwide Caliphate, eliminating all those who disagree with its ideology*"<sup>9</sup>.

The evolution of terrorism is also characterized by the '*morphological mutation of terrorist organizations*'.

In fact, traditional rigidly centralized and hierarchically organized structures have given way to a new, decentralized, light, and horizontal kind of structure; flexible formations that proselytize and exchange information through the web. The terrorist organizations went from a unicellular structural dimension to a pluri-cellular dimension. In this kind of structure small groups and individuals (foreign fighters or lone wolves) play a key role.

However this new fugitive and globalized version of terrorism poses a serious threat to the legal and political apparatus as a whole.

- 
8. The different terrorist groups linked to the Jihad have many points of contention, but they all agree on the objective to reinstate an Islamic Caliphate, which should serve as a reference point for the whole Ummah. Their disagreements are mainly about modalities and timescales of implementation of said project.
  9. STERN, Jessica, BERGER, J. M. - *Estado Islámico. Estado de Terror*. 1st Ed. Amadora: Vogais, 2015, p. 269.

If, in fact, as has been pointed out, a conflict between the need for social defence and the safeguard of the rights of individuals arises even when facing common criminal activity, that same conflict approaches a breaking point when terrorism is involved<sup>10</sup>. More specifically, on the one hand a State threatened by terrorism has the obligation to punish and prevent crimes which undermine its basic principles and the security of innocent citizens. On the other hand it is aware that the fight against terrorism cannot justify the repression of those rights, Civil Liberties, values and principles which it is its own duty to protect (not only against terrorism) and which are the very foundation of its own existence.

Nevertheless, the high dangerousness and the absolute unpredictability of the current terrorist threat amplify the need for social defence to such an extent that new counter-measures, disguised as simple changes of law models related to the transformation of the phenomenon, may be introduced and undermine the principles underpinning the liberal model of the Rule of law.

## 2. DISTINCTIVE TRAITS OF A RULE OF LAW

---

Many manuals on the history of law and constitutional theory maintain that the establishment of the Rule of law coincides with the French Revolution, even though in contemporary documents, as well as on the doctrinal and political front, there is no evidence of such term<sup>11</sup>.

Apart from some doubts and fleeting prior use, this term emerges at the beginning of the nineteenth century along with the

---

10. BARTOLI. Roberto – « Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale? ». In *Diritto penale contemporaneo*. Milan. ISSN 2039-1676. 30 March 2017, p. 2. Accessible in: <https://www.penale-contemporaneo.it/d/5312-legislazione-e-prassi-in-tema-di-contrasto-al-terrorismo-internazionale-un-nuovo-paradigma-emergenz>

11. See, for example, CARRÉ DE MALBERG, Raymond – *Contribution à la Théorie générale de l'État*. 1st Ed. Paris: Sirey, 1920, p. 489 (in the notes) and BURDEAU, Georges – *Traité de science politique*. 1st Ed. Paris: L.G.D.J. 1964, IV, p. 88. Both trace back the introduction of the Rule of law to the theory of the constitution adopted by the National Constituent Assembly of 1789.

literature of early German liberalism<sup>12</sup>. More precisely, the first use of this term is attributed to the jurist Robert von Mohl, who, with a work published in 1832, coined the expression *Rechtsstaat*<sup>13</sup>, later incorporated into European statutory laws with the formulas: *Rule of law*, *Estado de derecho*, *État de droit*, *Stato di diritto*.

In this regard, from a general point of view, Pietro Costa's approach heralds a distinction between history and prehistory of the Rule of law which is more faithful and respectful of the historical data.

In his view, history starts from the moment this lexical term becomes known. In contrast, prehistory refers to contexts and times in which "*even if it does not yet have a name, it already exists*"<sup>14</sup>, namely, the time periods and spaces in which the basic outlines of a principle that will be later defined arise, are consolidated and made more explicit throughout Europe in the process which will lead the model known as the Rule of law. In other words, in keeping with this approach, there is the need to temporally place the French revolution (and even earlier the English one) within the prehistory period of the Rule of law model, in finding in the French revolution only its point of origin and not that of arrival.

As noted above, the term Rule of law seems rather vague and devoid of content and it reveals nothing, or almost nothing, to us about this model and the traits that distinguish it.

In fact, it only sketches a "*direction*" and, at most, a "*value*". This direction is opposite to that of the *Machtsstaat* and the *Polizeistaat*, and results "*in the reversal of the relationship between power and law*"<sup>15</sup>. The value, instead, consists in the suppression of all arbitrary activities attributable to the State and capable of affecting citizens.

---

12. BIN, Roberto – *Stato di diritto*. In *Enciclopedia del diritto*, Annali. Milan: Giuffrè, Vol. 4, 2011, pp. 1149-1162.

13. The original title of R. VON MOHL's work is: *Die Polizei-Wissenschaften nach den Grundsätzen des Rechtsstaats*.

14. COSTA, Pietro, ZOLO, Danilo – *Lo stato di diritto, storia, teoria, critica*. 1st Ed. Milan: Feltrinelli, 2002, p. 91.

15. ZAGREBELSKY, Gustavo – *Il diritto mite*. 1st Ed. Turin: Einaudi, 1992, p. 20.

These are the only indications that such term allows us to derive. If we want to find out more, we need to seamlessly look at the prehistory and history of the Rule of law.

*Sovereignty, individual rights, principle of equality*, are the traits that characterize such model and that political philosophy and jurists of the time considered and regarded as 'held together' by the concept of *state law*. The latter, in fact, becomes at the same time expression of sovereignty (no longer *rex facit legem*, but *lex facit regem*) and guarantee of equality towards recognition and access to rights. In effect, by breaking the traditional model, the French revolution "*frees the two fundamental sides*" of the new juridical-political model, i.e., sovereign law, on the one hand, and individual rights<sup>16</sup> on the other hand.

The first, replaces the multiplicity of powers typical of the *ancien régime*, while the second, equal for all people, opposes the historically privileges related to the condition and social class to which the citizens belong.

Thus, if on the one hand, the Declaration of Human Rights and Citizens of 1789 states in its Article 1 that "*men are born and remain free and equal in rights*", on the other hand, in full harmony with the enlightenment philosophy, the law establishes itself as an indispensable instrument for freedom and, progressively more, for rights.

Article 1 sets out what already exists and for which, a few decades later, a name would be found: Rule of law. It is from here that this model takes on its regulatory role. Starting from it, the law in a positivized form becomes the distinctive character of such model. Thus, a positive law that finds its starting point in individual freedom and (natural) rights.

Indeed, against all rules, the law is reworked in the enlightenment political philosophy in close relation with the freedom that Montesquieu defines as the "*...the right to do all that the laws permit*;

---

16. FIORAVANTI, Maurizio – *Lo stato moderno in Europa*. 1st Ed. Rome: Editori Laterza, 2002, p. 18.

*and if a citizen were allowed to do what they forbid, he would no longer have any liberty, because the others would all have the same power*<sup>17</sup>. The individual is free because he is being guided by law within the space that the same law reserves to him. To this effect, freedom is not the absence of boundaries, but the pursuit of one's happiness in the best way possible, in the awareness that limits to our freedom are set by the boundaries of *the freedom of others*. Through the (natural) law, the individual is an entity capable of natural rights and, first of all, of a right to *freedom*. Precisely for this dominant philosophical view, in the 18th century the law began to be perceived as a means of safeguarding and consolidating the natural rights of freedom, equality and property. The promotion and strengthening of those rights, that with the Declaration of Human Rights and Citizens of 1789 are positivized, ensure that during the 19th and 20th centuries they are recognized in the various European constitutions.

Therefore, the revolutionary climate does not affect the perception of law in the enlightenment sense, but it endorses it. In fact, with the Declaration mentioned above, the law definitively abandons the key logic of revelation, based on the idea of a harmonious complex of facts, rules and principles existing before the legislator and from which the prince/ruler/lord is released and mere depositary, to embrace the logic of creation. Indeed, from then on, medieval law is superseded by the concept and image of law in the modern sense, i.e., law conceived as an act of sovereign will, aimed at the implementation of individual (natural) rights and to which the State sovereignty is submitted.

This modern concept of law allows to better substantiate the "*direction*" and "*value*" referred to above and which the term 'Rule of law' suggests, and that this model proposes to pursue and guarantee. The direction, diametrically opposed to the *Machtsstaat* and the *Polizeistaat*, consists in the principle that sovereignty is not an end in itself but finds its existence and purpose solely in the function of creating a law capable of guaranteeing rights to the individuals on terms

---

17. MONTESQUIEU, Charles Luis – *Lo spirito delle leggi*, 1st Ed. Milan: Biblioteca Universale Rizzoli, 1989, Vol. I, Book XI, p. 308.

of complete equality. It is therefore obvious that this represent an inversion of the power-right relationship with regard to past forms of State. The centrality of sovereign power is now replaced by the centrality of individual rights recognized by the State through the law.

As to the value of the abolition of the State's arbitrariness on citizens, this is made possible by submitting sovereignty to the law itself through the *principle of legality*. To this effect, the principle of legality expresses a concept of law as "*supreme irresistible regulatory act*" against which no other stronger right can be invoked, whatever the form and foundation. Namely, it expresses a concept of law understood as supreme regulatory act which cannot be prevailed "*neither by the power of exception of the King and his administration, even if justified by higher reasons of State, or by the disapplication by the courts or the opposition by individuals in the name of a higher right or special rights*"<sup>18</sup>.

Today, the Rule of law, in its current formulation, is called to face the terrorist emergency, or rather to write a new page of its history. The answer to this threat can be adequate if and only if it respects the paradigms peculiar to this model, briefly outlined above.

On this basis, it is clear that if the emergency response to terrorism, justified as a result of changes to paradigms due to the evolution of the phenomenon, is too pervasive in terms of sovereignty<sup>19</sup> (hence in terms of law and principle of legality) and above all restrictive of individual rights and principle of equality, not only does it distort the original Rule of law model by corrupting the direction and value mentioned above, but it puts at risk the entire system.

### **3. WAR ON TERROR**

---

In 1748 about the conditions where political freedom realizes Montesquieu, upheld that it "*consists in the security, or at least in the*

---

18. ZAGREBLESKY, Gustavo – *Op cit.*, p. 24.

19. In being possible in extreme cases to recognize the legal sovereignty of the security policies.

*opinion that everyone has got of his/her security*"<sup>20</sup>. And as the threats to security come from public and private charges, citizen's freedom depends on the quality of the penal laws<sup>21</sup>.

Many years later, in 1789, The Declaration of Rights recognizes the right of security among the natural inalienable rights. In 2000, The European Union rules the Union citizenship in the Charter of Fundamental Rights, emphasizing the individual as the centre of its action and building up around him/her a space of freedom, security and justice.

Therefore, security has deeply marked the analysis and drawn jurists's attention on western juridical progress, until on September 11th 2001, this big structure of guarantees and freedom rights (at security level) collapses, likewise The Twin Towers in New York. On September 11th the West enters a new historical-political modern phase. From that date onwards, you can assume easily the beginning of what some authors call "*the century of insecurity*"<sup>22</sup>. And if insecurity becomes an intrinsic element of our society, all what we have theorized until now about law and about state, will falter. The fear of the present and the total impossibility to build a 'safe' future refer to extant juridical categories of uncertainty in a pre-state phase and they falter the firm foundations of the rule and of the fundamental rights, that, up to now, had stood for both a not to be ignored juridical horizon to build up a Rule of law and the only prospect to which political power was linked in order to limit the consequences.

Thus, the cornerstone principles of Constitutional State and of pluralist and representative democracy are called upon a new challenge: to go over and to make relevant again the general theory of law and of state.

On September 11th 2001, the global disaster comes to life in a spectacular and sensational way that nobody would have ever been

---

20. MONTESQUIEU, Charles Luis – *Op.Cit.* Vol. II, Book XII, Ch. II, p.5.

21. *Ibidem*

22. BALDASSARRE, Antonio – *Diritti Umani, Biopolitica e Globalizzazione*, 1st Ed. Milan: Giuffrè Editore, 2006, p. 7 et seq.

able to imagine. It's hard to remember an image of the same incivility and immediacy to point out an epochal change of the world history. In a few seconds one of the tallest buildings built by man, a giant with a height of over one hundred floors collapses, submerging the streets with a mound of rubble and clouds of dust.

The collapse of The World Trade Center denounces to Americans and to the whole world a clear reality: nobody is out of danger in the world society of risks.

Nothing real or symbolic could have been more sensational than what they have planned that evil day. Two civilian airplanes were turned into weapons of mass destruction and weapons of symbolic one: the pulverization of The Twin Towers kills thousands of lives, brings the nation to its knees and sticks the whole world on television.

That terrorist attack was the beginning of a new page of history, whose first lines tell us about the collapse of the capitalism icons and, more generally, of the hard and fast cultural and juridical basis until then unquestioned on which U.S.A. and the whole western world was based. The strongest military power of the world had been hurt and slumped into a deep distressed on its own ruins. Since that moment, a new feeling is born: the expectation of terrorism.

After that attack, the Congress of The United States of America authorizes the President Bush to use: "*all necessary and appropriate force against those nations, organizations, or persons he determines planned, authorized, committed, or aided the terrorist attacks that occurred on September 11, 2001, or harbored such organizations or persons, in order to prevent any future acts of international terrorism against the United States by such nations, organizations or persons*"<sup>23</sup>.

### **War on terrorism** began.

With a deep sense of insecurity and fear for the future, already present in modern society and sharpened by terrorist attacks of new generation, war re-emerges as a possibility of acting daily at social and political level. And it's a war that involves everybody

---

23. Authorization for Use of Military Force, Pub. L. N. 107-40, 115 Stat. 224, 2001.

both because it has been promoted by U.S.A. that is at the head of a coalition made up by NATO state members or not Nato ones and also because this war has got undetermined borders and actions not planned beforehand; so, it involves all of us because everyone could be under attack. You can fight war on terrorism on a global front that affects and orients choices, attitudes, personal and social behaviours and it reintroduces in everyday speech the distinction between *we* and *they*; all this stokes up suspicions and feeds wariness of what is different from our own religion and culture.

The globalization of terrorist danger is the globalization of the expectation of terror, of the attack everywhere you are. This expectation affects the relationship both of the individual and of the community with law and brings forward the stability of the public order and destroys the guarantees of security, freedom and justice on which Constitutional State is built up.

War on terrorism is the answer that this century of insecurity offers in order to isolate or to eliminate the expectation of terror and the danger of terrorist attacks. It is an answer that is full of the features of emergency and of 'despair'; it is an attempt to check both the danger of new terrorist wounds, and also the danger of a drift of the west juridical-political cornerstones.

But what kind of war is war on terrorism?

Since the Second World War, war has made up part of everyone's lives either because people experienced it or because people spoke of it. Thus, it has become part of everyday life and you can live it as a probable possibility that marks the changes of the world. By this time it is common to listen to people speaking about 'war on poverty', 'war to hunger', 'war on criminality'. The substantive war, therefore, with an adjective that defines the scope, reveals not only an occasional political choice of action, but also a real model of government. Therefore, war becomes the means that governors of different States use to justify and legitimate their *governance*<sup>24</sup>.

---

24. SIMON, Jonathan – *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*. 1st Ed. Milan: Raffaello Cortina Editore, 2008, p. 343 et seq

So after The Twin Towers attack, terrorism and war on terrorism are included in the emergency issues, and politics and its choices of governance justify their actions on the base of 'security question' to face. And the government actions are authorized in order to limit the consequences of the expectations of terror.

Now let's try to understand better what are the characteristics and the limits of this war.

The terrible massacre gave rise to this 'new war'; first, the American Administration and then the Member States of the coalition take sides against the Islamic State (ISIS) in order to defeat terrorism. The result so far has been the death of tens of thousands civilians and the beginning of a never-ending escalation of terrorist attacks causing as a consequence the increase of hate, suspicion, violence and fanaticism.

But has it been the clearest and the most far-seeing move or has it been a sign of weakness from the West? Or has it been a sign of surrender as regards the values of rationality and civilization on which its juridical-political tradition is based and that should have been safeguarded from terrorist barbarism?

In fact, the war on terror no longer sees a state-centric security paradigm in which country threatens country, we have today taken a different step towards a post-state security paradigm, leaving behind the once typical belligerent state centric intimidations which we were once accustomed to.

The terrorist catastrophes are neither locatable nor they can be ascribed to a specific person that acts.

They are neither predictable or manageable temporally nor at spatial level and they can't entail a determined and planned action of a targeted attack. The terrorist danger is indirect and uncertain as well as the response that the fight against terrorism will use to seek its achievements. In fact, fear and anxiety caused by the terrorist attack of 2001 is based on its absolute spatial and temporal unforeseeability and on the sensation that your neighbour could be your enemy. From that moment, the presence of many muslim migrants

in our cities has been considered as 'a home threat'. Since then war originated from this indeterminable situation shows no borders both because it doesn't recognize state sovereignties to fight and because you can fight everywhere inside or outside the State without any distinction. The new war on terror is therefore different from those of the first modernity because it is accepted by the lack of knowledge. Nowadays, in the century of insecurity, that is called the second modernity<sup>25</sup> by some critics, war on terrorism sees the idea of security losing its ontological meaning and it has forced to look for new ways to restore the lost order. This order can't have classic patterns of attack and defence because it is threatened by the expectancy of terror and it moves in a limbo of uncertainty<sup>26</sup>.

So, the massacre of September 11th 2001 and its worldwide consequences, has caused a strong shock to the strongholds of the west classic thought, letting the weakness of security emerge as it has been stated until that moment.

The first result of the reactive war on terrorism and the limit of this perspective has been the decline of the international relations that has produced three substantial changes linked each other inside the birth and the evolution of the war on terrorism: 1. Failure to comply with the international law and its denial, as well as sanctioned by the ONU Charter (come into force on October 24th 1945), where the prohibition of war gathers prominence of fundamental rule; 2. The reconsideration of war as a means to solve international controversies in order to guarantee and defend the order of the world security; 3. The boundless feature and the terrorist connotations of the new wars<sup>27</sup>.

According to the first bullet point, war on terrorism becomes the only practical way. It legitimates itself as lawful and just in contrast

---

25. BECK, Ulrich – *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*. 1st Ed. Bari: Editori Laterza, 2008.

26. *Ibidem*

27. FERRAJOLI, Luigi – « *Guerra e terrorismo internazionale. Un'analisi del linguaggio politico* ». In *Potere e Violenza. Guerra, terrorismo e diritti*. Edited by RUGGERI, Fedele e RUGGIERO, Vincenzo. Milan: Franco Angeli, 2009, p. 78 et seq.

with a kind of utopian vision of the international juridical text that, on the contrary, considers war as a kind of *extrema ratio* to use only in self-defence cases.

In the second point, war becomes a means of law and of guarantee of order above the same law and of its uncritical implementation. Then, war should overcome the juridical form and should stand with strength for the substance of security.

In the third point war should aim at contrasting the terrorist act, but, assuming itself the boundless and never-ending feature of violence, as well as the terrorist act that should aim at destroying it.

These three characteristics of the war on terrorism show the limits of the choice made by the states in order to solve 'the expectancy of terror'.

On these terms, war on terrorism denounces its failure, because it seems the right answer terrorism was waiting for. It increases the problems it claims to solve, because every war act will foment hatred of the terrorist organizations that will exploit those attacks to recruit new followers ready to fight the west.

Abu Bakr al Baghdali the new leader of ISIS, considered died in a raid of 2016, in a recent audio file broadcasted worldwide, incites his followers to "*destroy every tyrant*" that is "*inside and outside the territories of the Islamic State*", because "*the blood of the killed militiamen in Siria and in Iraq couldn't have been shed in vain*"<sup>28</sup>.

Thus, the *new war* is neither a war of conquest any more nor of defence; it is neither oriented to the invasion or to the colonization of new territories, nor to a real prevention of enemies' attacks. It seems to have only one aim: to justify the existing power even overcoming the rule. In fact, it gets profits from the consolidation of inequality. Under this aspect you can consider it as a preventive war or as a preventive strategy of political and economic self-determination

---

28. Website: - *Isis diffonde nuovo audio di Al Baghdadi: "Parla anche di Corea del Nord"*. [Consulted on date 28.09.2017]. Accessible in: [http://www.repubblica.it/esteri/2017/09/28/news/isis\\_nuovo\\_audio\\_al\\_baghdadi\\_corea\\_nord-176773197/](http://www.repubblica.it/esteri/2017/09/28/news/isis_nuovo_audio_al_baghdadi_corea_nord-176773197/)

that could bring forward the supremacy of the West Powers. The criterion that it follows seems to be the protection of reality that considers the West Power above every other power; and this protection is realized using violence, the *bellum omnium*, retaliations and the overcoming of any normative text which is respectful to the foundations of Constitutional State.

War on terrorism, so, legitimizing and expressing of its own as just has taken on some particular features, that are very similar to those that characterized the war against criminality in America in the sixties. It seems as if criminality, politics and governance are intertwined giving rise to the skeleton of the new war. Based its legitimation on fear and uncertainty, it proceeds towards undiscovered routes by law, which becomes an instrument at the service of fight action and loses the force of the principle and of the fundamental rule that leads the activities of State Administrations.

We are talking about a war that besides having the characteristics of what we have inferred so far, has a deep feature of emergency and exception.

In other words, on behalf of emergency and exceptional situations, State Administrations are called to take decisions beyond law, or rather, they are called to write a new chapter of Law : 'the law of emergency', applicable in the state of exception.

In this contest of alert and panic, any decision that answers the supposed criterion of effectiveness with regard to the fight against terrorism, is presented as a necessary thing, beyond the fact that it is juridical legitim and, as such, law conforms with the conflict.

From this viewpoint, arrests, detentions, the dead, retaliations, sweeps and the violations of the fundamental human rights are justified in the name of security and justice.

Military missions and the Al Qaeda chase and the war against ISIS are the deepest representations of a war which is not fought using airplanes and weapons any more by now, but it uses new punishment instruments and fight ones to divert the juridical rule for specific scopes; law is called to force itself in response to the State's needs. Consequently, there is not a Rule of law but the law of State.

A lot of these straining and juridical modifications caused by war on terrorism undoubtedly are making our society less democratic and less safe. Probably after the terrorist attacks, it would have been better take the opportunity to do a global police operation in collaboration with the police of different countries and world secret services in order to find out the culprits, arrest them, define a map of terrorist organizations and cut themselves off. Nevertheless, they have chosen another method, that overlooks the limits and the risks that a drift of law and order should protect.

#### 4. STATE OF EXCEPTION

---

A saying goes: 'too many times the urgent doesn't leave time to the important'.

So 'the urgent called terrorism' justifies and keeps on justifying the decisions of the Administrations that outclass the importance of positive law.

At the time when governments, by virtue of severe and serious contingencies, take political decisions without any support by a principle or a existing legal system, we face a particular nuance of political power known as state of exception.

It allows 'to rise up' above the law and to act to overcome the emergency. But a governor should be allowed to act in the best interest of the country even if this had to constitute a breach or infringement of rights laid down specifically.

Carl Schmitt (1888 – 1985), a jurist and German political philosopher, was among the first that examined state of exception<sup>29</sup> and pointed out a clear distinction between legality and legitimacy; this distinction is strictly connected to the sovereign's political decisional autonomy, concerning the possibility to declare it.

---

29. SCHMITT, Carl – « *Teologia politica* ». In *Le categorie del 'politico'*, edited by G. Miglio e P. Schiera, 1st Ed. Bologna: Il Mulino, 1972. Italian translation of the book « *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* ». München-Leipzig: Duncker & Humblot, 1934.

In fact, state of exception represents a kind of possible parallel reality as to the Constitutional State; according to Schmitt<sup>30</sup>, it is a miraculous evidence that could reside in a space between natural law and positive law, acquiring a connotation which is not juridical but pre-juridical. In this perspective, Schmitt even denies the syntagm 'rule of law', because it should be an obstacle to the complete realization of the "*miracle of exception*" by means of the sovereign power/will.

But at this point, having regard to the recognised prevalence of state of exception on law, whenever the existence of an emergency to solve occurs, it is questionable whether it can substitute its character of exception with that of normality, proper of positive law. That is, if state of exception can substitute the rule of law in a certain way. According to Schmitt this possibility could happen. It could happen that exception became normality and as a consequence, rule.

Thus, state of exception recognizes full powers to the Sovereign (or to the governor) who can state the existence of itself and carry out all the acts he thinks right to overcome it. So, he has got full decisional margin. In fact, the sovereign choices can't be obstructed either at political level (because they are the expression of the highest political organ), or at juridical level. So, there is an interval of law suspension, a kind of *vacuum* that, having the character of exception and, consequently, beyond the scheme of order and predictable and foreseen law, enables the Sovereign a very extended margin of discretion to the point that he can decide what will be suspended and what will be saved in the given order; and he can do this because the same law recognises this power.

Therefore, emergency and exception speak out the possibility of an excessive political power compared to the juridical one. For this reason, as already stated, exception brings the State back to a pre-juridical dimension, where law doesn't determine the social order but the sovereign's power and authority, that acts in order to preserve and maintain itself and its people.

---

30. *Ivi*, p. 61 et seq.

Thus, exception creates the paradox according to which “*authority shows it doesn't need law to create law*”<sup>31</sup>; moreover, it can't be obstructed in its acting, because it is independent and falling in the political sphere which is different from the juridical one; and finally, because its power is always legitimized and recognized by law. For this reason, exception is lawlessness which is after all law.

Santi Romano (1875 – 1947), a jurist, magistrate and Italian politician, questioning on the application of the military Criminal Code in cases of sieges and recognizing them as a condition of necessity, so of exception and emergency, stated that necessity: “*acts precisely at this point: changing the regular order of competencies, giving governmental powers that didn't fall under its authority otherwise. There will be a governmental competence of its own, which is extraordinary and exceptional, but it is always given by a source of law, and as a consequence, it is not an actually unlawful invention of others' competences*”<sup>32</sup>.

Today, emergency, of which state of exception is the result, is often one of the most common practices used by political power to justify its control and its authority at decisional level.

Giorgio Agamben, an Italian philosopher, declares that we have got to the ultimate expression of state of exception on a global scale. This determines that law and, in the specific, juridical norm can be contradicted through the (violent) practice of the governmental power, which is always represented as an advocate for law even if it fails internationally, externally, and it maintains a state of permanent exception, internally<sup>33</sup>.

Nowadays state of exception is a dominant political instrument that governments attempt to address the emergencies that they have

---

31. *Ivi*, p. 40.

32. ROMANO, Santi – « *Sui decreti legge e lo stato d'assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria (1909)* ». In *Id.*, *Scritti minori*, 1st Ed., Vol.I. Milan: Giuffrè, 1990, p. 367.

33. AGAMBEN, Giorgio – *Stato d'eccezione*. 1st Ed. Turin: Bollati Borngieri, 2003, p. 111.

to face. From this point of view it is an exemplary example the enactment of the Patriot Act on November 13th 2001 after the Twin Towers attack by the President of The United States of America George W. Bush. In it it is applied the infinite detention and the submit to a trial by military commissions of suspects of terrorist actions. Guantanamo, a prison built up in the military base, is still the effect of the exceptional 'juridical' consequences of the *military order*. Inside the prison there are in detention alleged terrorists, the so-called 'the fighting enemies', in total encroachment of International Law, who have never been brought to regular and fair trial.

Judith Butler, an American philosopher, examines this aberrant reality and the new methods of control and detention that spread out from Guantanamo<sup>34</sup>. According to Butler, this kind of models of detention and control reproduce the developing of power strategies at a global scale. So, they, are the celebration of the exercise of official authority through the total control, management and submission of individuals or people, considered dangerous on the basis of criteria of presumption and prevention, as well as on economic and ethnic considerations. It would be a new form of totalitarianism, which the western countries would be inclined to and it is manifested through preventive criminalisation of any individual or ethnic groups considered potential and alleged advocates of social disorder. In this regard, Bauman, a Polish sociologist and philosopher, develops the concept of "totalitarian solutions" in cases where some human beings are classified in redundancy or unnecessary<sup>35</sup>. The first example that comes to mind are the policies of treatment and containment of migration flows, where the exceptions applied to individuals to whom is recognised the status of not-citizen, become rules that are accepted and shared.

In Italy, the Identification and Expulsion Centers (CIE), established by Turco Napolitano Act on immigration in 1998 are centers

---

34. BUTLER, Judith – *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*, 1st Ed. Rome: Meltemi, 2004, p. 73 et seq.

35. BAUMAN Zygmunt – *I campi: Oriente, Occidente, Modernità*, Edited by FLORES Marcello, *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*. 1st Ed. Milan: Bruno Mondadori, 1998, pp. 15- 35.

of detention where subjects without residence permits live. When they were established (at first called CPT), they were considered a 'novelty', an innovation in political and legislative scene. In fact, any form of detention hadn't ever been previously covered towards individuals till after they have committed a crime. In the centers CIE, instead, subjects are actual prisoners, even though legal obligations that fall likewise within the emergency and security polices for the treatment of migration flows, classify them as guests.

In France, just over a year ago, former president François Hollande proposed to introduce into the French Constitution state of emergency and the possibility to revoke the citizenship to people condemned for terrorism. On the one hand, such a proposal – subsequently withdrawn following a no consensus and numerous differences in the House – aimed at developing government powers as regards state of emergency and as a result an increase in the powers of police in case of 'strong threat' for national security; on the other hand, it aimed at revoking the French citizenship to whoever had been convicted for crime constituting a serious attack against the life of nation.

Thus, the new security measures about terrorism, and the urgent decreeing on immigration and more generally, the policies of dealing with emergency determine new forms of power and control and new procedures for exemptions and exceptions of the positive law, in particular, of criminal law. Then, in some cases as Guantanamo, they have accepted that prisoners were judged by military commissions, making completely inconsistent the role of the ordinary judiciary.

The preventive and presumptive decision on the danger of some subjects or ethnic groups primarily from police loses its provisional measure to become rule. Moreover, the powers of police are proceeding with a recognised autonomy that let them circumvent the intervention of the body in charge that is responsible for those statements and the following measures to apply: the judiciary. The *longa manus* of the executive power of the govern, that's the police strengthens while jurisdiction and law weaken.

Emergency makes its own way; it becomes law.

So, in the contemporary world, governmental power frequently issues laws of 'emergency' legitimizing and immunizing itself, through the instrument of exception. Such an instrument let the administrations confine themselves in a space of autonomy that enables the political sphere to act without considering what has been established by legal obligations. In addition, as government power is the expression of legal recognition, state of exception seems to be a paradox: it is law that is not law.

Schmitt, for his part, as seen, solves this paradox and this coexistence, treating the coexistence law/exception inside the same juridical ambit, considering the exception an integral part of rules, where the rule is called to govern the predictability of events while exception the unexpectedness of the same ones.

But this analysis finds some opponents who think emergency, through state of exception, can be transformed in the decision-making excessive power of the governments at the expense of legislative power and defense of fundamental rights, namely that state of exception can suffocate the rule of law, breaching its guarantees. War on terrorism has introduced and justified stricter criminal measures against 'enemies'. Several exceptional practices of control outside the law have stabilized as a rule, "*the opportunity and the means, through which the extralegal exercise of the state power justifies itself indefinitely, setting itself as a more or less permanent factor in the political life [...]*"<sup>36</sup>.

It seems that in emergency, guarantees and fundamental rights have been suspended in the name of a sovereign and authoritative authority that punishes any person who may oppose it. Thus, more and more oppressive criminal measures and the limitation of civil rights are the combination on which state of emergency is based. In the insecurity century, they cling on the miracle of exception.

The emergency policy, in response to widespread sense of fear and uncertainty for future, strengthens the powers of governmental administrations.

---

36. BUTLER, Judith, *Op. cit.*, p. 90.

They ask for protection, certainty that specifically don't seem even to come through the application of punitive and securitarian regimes. Constitutional state will be replaced with punitive state that through the means of punishment refers to *extra legem* authoritative legitimations. But now the result doesn't seem to be that hoped. The level of distrust in the political action and fear towards any threats to the order both inside and outside don't seem to derive benefit from this new governmental set-up, which however, doesn't seem to be able to guarantee the institutional order. Fear asks for security, but fear policies, instead of activating right means of answer, denounce their crisis, they look like destabilized by a short circuit triggered off between legislative power and executive one, between rule of law and state of exception. In that way, fear amplifies as well as mistrust and violence; it becomes widespread common fear which has lost the role to unify people and address the State towards forms of rational order and opportunities of freedom inside law (guarantor of security). Nowadays, common fear becomes the herald of passions, tensions, feelings which haven't anything to do with the enlightenment reason that is the base of the modern rule of law. They are feelings that 'they can be tricked easier' and for this reason they can deal with them not so much through the legitimation of order as originally conceived but through new policy needs of democracies. After all, not to soothe this fear is useful to political power in order to get much more authority and exercise an unlimited control.

Maybe it would be necessary a reconsideration of these forms of government. Politics of today establishes itself through the instrument of exception which becomes repression, but any punitive rush failed to demonstrate the invulnerability of institutions, the first and fundamental element to build a social stability again.

## **5. THE CRIMINAL LAW OF THE ENEMY**

---

In times of crisis, where the terrorist threat is in ambush, everyone is called to prevention. The bigger the threat is the more anyone is called to react and the action has a preventive and presumptive character (as above-said). On the basis of this reasoning, governments

work to increase the approval of a majority so that everybody accepts the restrictions of personal freedoms and in some cases, the clear breaches of international law, on behalf of a higher interest of protecting the country. The infinite and indefinite expectancy of a terrorist attack supports the *governance* of the 'state of prevention', apparently addressed to protect the foundations of the Rule of law. Prevention means anticipating at the present the possibility that something will happen in future without having the certainty of it. Preventively the powers of police increase out of all proportion. Controls, searches, interceptions, the mapping of web researches, security cameras and detentions in cases of alleged affiliation with terrorist organizations increase; the gap friend/enemy foments suspect again. With the expression *Racial profiling* they mean that some subjects of the same ethnic group or religion are highly suspected and, therefore, a greater control is required for them. The necessity of a greater attention pushes exception beyond the limits of law and justifies the restriction of freedom on the basis of the presumption of guilt whose research is sometimes prejudicial and indiscriminate.

But it often happened that the terrorist profile didn't correspond to what one could have expected after the distorted mass media communication. He wasn't an irregular immigrant, without residence permit, he wasn't a refugee in need or a poor needy person. Most of times these individuals have citizenship and regular residence permits of the country where they live (their families are sometimes settled down from generations).

Then, it was a neighbour, in some cases as it would say 'of good family'. All this increases on the one hand, mistrust and on the other, it strengthens the necessity to be all controlled<sup>37</sup>. In a kind of a modern Big Brother, everyone accepts to be watched because among all people a threat could hide. And everyone accepts that the guarantees of law, first of all the presumption of innocence, as defined in Article 11 of the Universal Declaration of Human Rights of 1948, as the right to be given a fair trial (think of juridical and human aberrations

---

37. BECK, Ulrich – *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale. Op. Cit.*, p.170 et seq.

committed in Guantanamo) change into the direct opposite, that is, into the presumption of innocence and into the restrictions of fundamental freedoms and into trials without any guarantees for the accused person, waiting for the indefinite frantic searches can support or rebut the presumption itself.

Perhaps in the end, in the society of 'could be' it's only necessary to demonstrate the possibility of a terrorist attack – whatever this would mean – to justify a conviction<sup>38</sup>.

So, in times of emergency as repeatedly stressed, Rule of law denounces its legal incapacity for managing terrorist threats and it is forced to draw back distributing its powers in different fields, as politics, accepting they are almost completely subverted as well as enforced in exploiting modality and highly repressive one. In the new political economic emergency dimension Constitutional State<sup>39</sup> plays the role which constitutes more an obstacle than an incentive, that's the reason why its powers are subjected to a fast and continuous erosion.

In fact, the insecurity society reconsiders and weakens the old sovereignty: international, transnational, intermediate, supranational bodies wear away and hoard the spaces of traditional governmental institutions, foreshadowing the image of a State that becomes a simple institutional order of security<sup>40</sup>.

Then, administrative-governmental structures are born; they are in power. It seems to die, instead, the State-identity incapable of keeping step with a completely different world that isn't built on the rational-economic-juridical-political scheme any more.

Forms of social 'counter-power' are established and the primary form of political-juridical organization plays the role of mere complementarity and subsidy of administrations.

---

38. *Ivi*, p.173.

39. In this regard, the Constitutional State is to be understood as the highest expression, as well as the modern evolution, of the Rule of Law.

40. PAYE, Jean Claude – *La fine dello stato di diritto*. 1st Ed. Rome: Manifestolibri, 2005, p. 42 et seq.

Constitution state that is State-identity changes into State of exception that is State-function, promoting the decline and the crisis of the old form of social regulation, making still more problematic both the democratic national self-government and the protection of the fundamental rights as well as they were defined at the dawn of modern society.

Thus global changes cause a decline of the old Constitutional State seen as the set of state machinery and institutions that guarantee order, control and protection of rights of those people who are new modern free rational independent citizens. Nowadays, the rights guaranteed are emptied and reduced as a mere legacy of the past.

In this scene, State is powerless to a frantic reversal of roles and the right, which it exercised and which constituted its power and control instrument, loses its function of guarantee. State right moves towards new juridical forms, mainly case-law, administrative or private ones that reflect the decay of State. Constitutional State that is depersonalized, delocalized and shattered, now changes into internal administration then international body. It is a fact that it sees the increase of power of technical bodies for managing and monitoring inside, *authorities*, and the increase of judicial and parajudicial powers which represent new forms of neo corporate control of global society.

The old combination of Constitutional State and law with which it was in power and it administered the law, goes down; so, a new phase of managing the order through Administrations is born.

The supremacy of law that is the expression of the abstract general will isn't enough to answer to emergencies of modernity. In fact, it is important that the normative abstractness has an 'operating arm' that supports and satisfies citizens 'needs.

In fact, the new challenges of the globalized world and the new tasks to which the State is called to act, need a functional and organizational system that characterizes its 'activities on the ground'.

The governmental Administration therefore, becomes the State itself whose operativeness and decision-making ability substitute

law and they become necessary in order to suddenly cover up the breaches of a system which can't respond to the ongoing changes any more. Thus, it becomes a direct projection of what in the past was the sovereignty force.

There is more. State-function, by virtue of the key role that governments recognize it and reckoning that the best answer to threats is repression, is tending to become criminal State.

Loic Wacquant, a French sociologist, as regards security policies, observes that through them punishment policies are taken into account. They are fomented by: "*an alarmist speech unless catastrophist about insecurity, fostered by war images and broadcasted until the saturation of commercial media of big political parties and by professionals of maintaining order*"<sup>41</sup>.

To this end, war on terrorism is the slogan that anticipates the governmental choices of exception and opens its way to criminal State and to that form of right known as *criminal law of the enemy*.

Günther Jakobs, a German jurist, has been the first who theorized this specific branch in 1985. According to Jakobs, the entire criminal justice system is subdivided into rules referring to the "*traditional*" criminal law, that is, that one enforceable to offenders and the "*not-traditional*" system where there are dispositions that should be legitimized only in case of "*legal necessity*"<sup>42</sup>. From his point of view, two different forms of criminal law should coexist, on the one hand, the *Bürgerstrafrecht*, the criminal law of the citizen, on the other hand, the *Feindstrafrecht*, the criminal law of the enemy; they provide for two different sanction levels because they are addressed to two different subjects: the citizen and the not citizen, lumped

---

41. WACQUANT, Loic – *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*. 1st Ed. Rome: DeriveApprodi, 2006, p. 18. Original book title: *Punir les pauvres. Le nouveau gouvernement de l'insécurité sociale*. Marseille: Agone, 2004.

42. JAKOBS, Günther – *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in "ZstW", 97, 1985, p. 751 et seq. See GAMBERINI, Alessandro, ORLANDI Renzo « *Diritto penale del nemico? Una analisi sulle condizioni della giuridicità* ». In *Introduzione a Diritto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*. 1st Ed. Bologna: Monduzzi, 2007, pp. 109-129.

together only because they have broken the rules of criminal law. The first one is guilty of having breaking the rules of criminal law but without disowning the state power which is the source and as a consequence, without intentions of subversion of the established order; the second one is guilty not only of having breaking the criminal law but also not to recognize the sovereignty of the state order and so, he 'deserves' to be 'pilloried' in order that he can't undermine the State any more.

The repressive system should be different in this last case as regards the 'ordinary' cases, because it hasn't the function to restore the broken order with crime commission, but to protect the social order and the internal security of State. For this reason, it can be an element of prevention. Therefore, the State could act against its 'enemies' through repressive preventive instruments in order to wipe out those who are not only 'traditional offenders' but also some 'subverters of order', some 'enemies', precisely.

Then, Jakobs keeps on his analysis through a clear distinction between what is inside and outside the established order and consequently between citizen and not citizen. The last assumes the shape of an *alien*, outside the order, and as such, he should be pursued as an enemy<sup>43</sup>.

By virtue of this opposition, a new figure emerges; this is recognised and not recognised by law at the same time. It is recognised because it can be the target of repression forms that can get to also to war actions; it is not recognised because the subject is considered 'something else' from the recognition of the principle that whoever, in virtue of the intrinsic quality of human being, is a bearer of fundamental and inalienable rights.

The distinction is not only about legal status but also about punishments inflicted. For the citizen, they will inflict punishments that are in proportion to the crime itself, as a reintegration for the damage suffered by society and its consociates. For the enemy, punishment will have a preventive exemplary function that

---

43. *Ibidem*.

protects the state order; for this reason, they will be able to inflict it even before the real crime was committed in order to guarantee the established order.

Protective custody, deprivation of freedom and whatever is necessary to prevent and punish subversive endeavours will be instruments which the penal system can use in order to eradicate any terrorist and subversive attempt<sup>44</sup>.

In the condition of a state of necessity at legal level, the State will be able to enact all the appropriate security measures in order to protect its internal order and beat the enemy threat. Before the State there is a subject, an offender to whom no forms of protection and no rights will be recognized. The reason of an unlimited punitive action is recognized not only in the necessity to neutralize the enemy but also to prevent the national legislation falters as regards its stability and sovereignty<sup>45</sup>.

Although Jakobs theorized the penal law of the enemy much earlier than the outbreak of the war on terrorism, his analysis is now taken in great consideration and it is at the root of the continued self-legitimization of repressive policies that are peculiar of the penal State.

In fact, one of the most characteristic elements of this war is the strengthening of the repressive and punitive methods. In the aftermath of the massacre of the Twin Towers and under the excessive power recognized against terrorism, the President of the United States of America, George W. Bush was given the opportunity to jail any subjects suspected to be an *enemy combatant*.

According to Jakobs's theory, here is one of the cases where the respect for the rights guaranteed can be evaded during a trial. The prime concern to defend the legal system and its social order oversteps the right. The government claims its autonomy and puts into

---

44. *Ivi*, p.123.

45. CAPUTO Angelo - « *Introduzione, Verso un diritto penale del nemico?* ». In *Questione Giustizia*, Fascicolo Quarto. Milan: Franco Angeli Editore, 2006, pp. 623 et seq.

operation a set of strategies for their implementation. Public prosecutors see their role extended by virtue of emergency and not by rule, despite the application of criminal law doesn't cover the allocation of the emergency powers to a person who is called upon to implement it.

The showmanship of violence, crisis, emotivity, emergency become a single body throughout the exception that allows the issuing of acts by government bodies which replace the law in force.

*The Declaration of National Emergency by Reason of Certain Terroristic Attacks* is the result of emergency that allows G.W. Bush to issue the *Patriot Act* on November 11th 2001 and the *President Issues Military Order*, Order and Instructions for the military Commissions asked to judge the suspects of terrorist activities or of activities that are against national order. So, emergency becomes law.

From that moment on, the extraordinary production of instruments to prevent, block, punish the enemies, *the foreign fighters*, the terrorists or whoever threatens the order has multiplied worldwide. The governments have pushed for a legal production of emergency that felt outside the criteria of judicial production, which are the holders and the guarantors of the absolute principles to protect human beings<sup>46</sup>.

Therefore, they try to legitimise the war as a model of production of order and the criminal law of the enemy, as a necessary instrument to face up the threat that comes from 'criminal enemies' whose crimes or presumptions of crime have to call the governments to a severe answer, regardless of the rules of national and international law. War and war criminal justice replace the Constitutional State and they wear new forms where the political power substantiates. We are witnessing the new political system that through external pressures which don't come from the established order, takes on

---

46. For example, the new Italian antimafia code equalizes mafia men, stalkers, swindlers to terrorists. It has a vast discretionary and preventive character, giving to Prosecutors the possibility of actions not on the basis of an unappealable judgement but on the basis of preliminary measures for the protection of goods of Public Administrations.

itself the possibility to delete the legal status of the individual and to act by virtue of its authority. The result is a deep vacuum, a black-out of the establishment plan of the allocations of power inside the State that determines a deep crisis of the Constitutional State and the blind rise of a State of exception that has not solved the emergencies for which it has been imposed.

## 6. CONCLUSIONS

---

In this chapter we have tried to analyze various aspects relating to the topic of terrorism. We started by exploring the old form of terrorism up to its modern form, transition within which some issues of particular relevance were highlighted:

1. the current 'evanescence' of the subjects and targets involved with terrorist attacks, with consequent little interest on the part of the bodies responsible for responding to the emergency, compared to those who will commit the terrorist act, and the impossibility of knowing where the attack will take place; in the 'first-generation' terrorism both the subjects and targets held symbolic and strategic importance;
2. the transformation and extension of the object of interest to terrorism: it goes from a national, delimited, governmental form of terrorism, to an object that takes the forms of undefined, supranational territory, not containable within the boundaries of a State, but excessive with respect to them; a terrorism that, just like the society within which it develops, assumes global and all-encompassing connotations from both the spatio-temporal and cultural point of view;
3. the admixture between the political and religious nature of the terrorist attacks represents a 'novelty' in today's terrorism, which involves an overlapping of these two purposes of claim that did not exist in the past;
4. the terrorist organization goes from a verticality of power and execution, generally unicellular, to a mainly horizontal, flexible and multi-cellular organization, within which is no

longer important the role of the organization considered in its entirety, but that of the individuals, of the fighters, of those who, after having been trained for the purpose, spread all over the world, disseminating terror;

In the light of this summary, it is worth underlining:

5. the existence of two emerging needs in relation to the evident social insecurity: on the one hand, the need to defend the individual and his fundamental rights, even though he himself may be regarded a terrorist, and, on the other hand, the need to protect the established order. In fact, the terrorist emergency pushes the request for resolution as far as justifying some paradigms of order which strain the principles underpinning the Rule of law;
6. we have thus analyzed the evolution of the Rule of law and the elements upon which it is founded: sovereignty, individual rights and principle of equality, held together by the concept of State law. The issue that arose next was to understand that the response to terrorism can be valid only if conducted within the bounds of these paradigms, so as not to risk the collapse of the Rule of law;
7. finally, we focused on the possible collapse of the Rule of law which, with the justification to wage a war on terror and respond to the new security emergencies, turns into a State of Exception and Penal State, punitive and repressive, with no regard for the guaranteed legal and inalienable rights of each human being.

At the end of this work, we would like to emphasize the risks that can be expected if the emergency response continues to be implemented as it has been up to now.

Following the attack on the Twin Towers (11/09/2001), the terrorist emergency reappeared, highlighting the incapacity of government administrations to permanently and radically deal with it.

In this 'managerial confusion', law becomes the experimentation field for politics, and the expectations placed in it that were once

certainties, have now become instability certainties that elicit fear responses.

Politics thus directs its attention towards the indefinite and contingencies, shedding its image of instrument of order through the application of statutory rights, which survive time and guarantee inalienable spaces for the protection of the individual. Politics, like the uncertainties that it is called upon to manage, seems unstable and produces and uses legal–not legal instruments where what was originally lawful can become unlawful in the temporal space of a future open to every possibility.

In the world society, namely, that in which the law loses its role as protector of the rights and liberties of citizens, politics becomes the place where any decision can be made at any time with global repercussions. Moreover, it becomes the ground for applying the administrative powers for handling emergencies.

The politics system, therefore, develops security projects and mandates to the law, or rather, to the law enforcement agencies, the application of these projects.

The demands for treating fear are addressed at politics, which in an act of prevarication and in order to overcome the paradigms of the Rule of law, mandates the tasks of preventive policing and order maintenance to the functional areas of its governing bodies. These tasks are achieved through the use of the law, which has thus become the legal arm of the exercising-State. The old idea of sovereignty now survives in the governmentality technique<sup>47</sup>, no longer in the hands of the sovereign State, of the law-State, but of governors, bureaucrats and police. However, the law, even though in the hands of the new policing arbiters takes on a violent and repressive role against social disorder, is nonetheless unable to respond to the renewed stability requirements of the new global community and

---

47. Governmentality is the name given by Michel Foucault to the form that power assumes when it begins to be largely involved in activities of social control. On this point, see FOUCAULT, Michel – *Poteri e strategie. L'assoggettamento dei corpi e l'elemento sfuggente*, edited by DALLA VIGNA, Pierre. 1st Ed. Milan: Mimesis, 1994, p. 75 et seq.

generates a regulatory chaos unable to subdue the feelings of fear, precariousness and insecurity.

The law, therefore, is replaced by politics which in turn is strengthened through the police; a stage that reveals the final collapse of sovereignty as we know it and its definitive fall into the hands of the new 'security managers'. The old concept of Rule of law is thus renewed through police practices that are often violent practices applied without a clear legal agenda, for the sole (infective) purpose of pulling the wool over the eyes of the new global individual hungry for security.

Consequently, the community's fear of terrorism is being used to justify the purposely orchestrated 'technique of repression' and the administration of the emergency. The State-entity, which has already become exercising-State, now becomes, in a society of insecurity, State of exception and the exception turns into forms of administration of human existence which violate the absolute human rights.

The violence generated in this shift does not create security, but merely reports the failure of the premises of modernity.

In fact, the ideas for dealing with the emergency do nothing more than show the semantic emptiness of the concept of security. The security policies that then arise from this illusion are nothing more than 'unfeasible' policies and generate 'the new enemy'.

In the light of this final stage, we will now try to understand what is the impending 'emergency risk'.

In the name of security are construed events and situations represented as *emergency*. Politics then determines what is to be considered an emergency, urgent, extraordinary, exceptional, and which is not. Once established what 'is not part of the order', emergency measures to avert the threat will be issued and legitimized and the law will be called to legally manage the emergency.

Deciding on an event and construe it as an emergency becomes a dangerous instrument of power for new administrations.

Representing a situation as an emergency outlines the emergency itself and justifies decisions and emergency measures; but the decision is political.

In this way, a circular relationship is established between decision and event (safe, unsafe, exceptional, ordinary, etc.), legitimizing policy measures and practices to channel the event.

The risk of the emergency is that the law loses its hold, becoming in turn a mere emergency executive of political decisions.

The security policy introduces the enemy, outlines his features, draws the emergency, construes the exception and uses the law as an instrument to deal with it. In this way, the law loses its role of guarantor and sees thwarted, nullified and dismissed all the principles of public policy, State sovereignty and individual freedom.

Consequently, the law risks turning into security law, or the law of the enemy, namely, a law that directly takes on the political task of the emergency defence against the threat, the enemy. A law that becomes political, a policy that becomes police force.

But the emergency decided outside the law is politics. In this way, the law becomes an instrument (of power) for organizing and legitimizing a new order. A security order that imposes violence, repression and prevention on blind basis.

Social complexity is filtered through the easy, hasty, dichotomous distinction of safe/unsafe, friend/enemy, inside/outside the order, citizen/immigrant, Christian/non-Christian. This excludes the possibility of a useful and radical political construction of problems, leading to a drastic and barbaric reduction of the legal and cultural complexity, thus reducing the chances to act, choose, and social development.

In the background remain the human rights, which become a mixture of fear, precariousness and instability.

The fight against terrorism becomes itself terrorism, in contempt of the basic principles of the Rule of law and of the basic principles ensuring individual fundamental rights.

Arundhati Roy, a female Indian author, declares:

*"I know perfectly well that on 11 September 2001 something terrible happened, which changes the definition of war, development, wealth, and happiness. Something of which all countries in the world are hostages. But we must try to understand why this happened. I see that there is an increasingly scary gap between the first and the third world. I see that there is greater resentment. I also see that from this gulf between the two worlds and from this planetary injustice, the Taliban and people like them [...] draw their strength. But if Bush says that 'if you're not with us, you are with the terrorists' it does not solve anything [...]. And all the beauty of human civilization lies between these two fundamentalisms. And yes, I think they are two forms of terrorism<sup>48</sup>".*

It would perhaps be the case of rereading recent history, not on the basis of emotional response, which all too often is at the root of new forms of political policing, but on the basis of rationality that would perhaps lead us not to deny absolute and essential rights which are the ID of human civilization.

## 7. REFERENCES

---

### **Books**

- Agamben, Giorgio. *Stato d'eccezione*. Bollati Borngieri, 2003.
- Baldassarre, Antonio. *Diritti Umani, Biopolitica e Globalizzazione*. Giuffrè Editore, 2006.
- Bauman, Zygmunt, et al. *Nazismo, fascismo, comunismo. Totalitarismi a confronto*. Bruno Mondadori, 1998.
- Bauman, Zygmunt. *Paura Liquida*. Laterza, 2008.
- Beck, Ulrich. *Conditio Humana. Il rischio nell'età globale*. Editori Laterza, 2008.
- Beck, Ulrich. *Società del rischio. Verso una seconda modernità*. Carocci Editore, 2000.
- Burdeau, Georges. *Traité de science politique*. L.G.D.J, 1964.
- Butler, Judith. *Vite precarie. Contro l'uso della violenza in risposta al lutto collettivo*. Meltemi, 2004.

---

48. MONCADA DI MONFORTE, Mario – (extract from) *Guerra al terrorismo? Dalle utopie umanistiche al razionalismo tecnologico*. 1st Ed. Rome: Armando Editore, 2003, p. 202.

- Calabrò, Gian Pietro. *Diritto alla sicurezza e crisi dello stato costituzionale. Saggio di teoria e filosofia del diritto*. Giappichelli Editore, 2003.
- Carré De Malberg, Raimond. *Contribution à la Théorie générale de l'État*. Sirey, 1920.
- Chaliand, Gérard, and Arnaud Blin. *Storia del terrorismo. Dall'antichità ad Al Qaeda*. UTET, 2007.
- Cohen, Stanley, et al. *Potere e Violenza. Guerra, terrorismo e diritti*. Franco Angeli, 2009.
- Cornelli, Roberto. *Paura e ordine nella modernità*. Giuffré Editore, 2008.
- Costa, Pietro and Danilo Zolo. *Lo stato di diritto, storia, teoria, critica*. Feltrinelli, 2002.
- Fioravanti, Maurizio. *Lo stato moderno in Europa*. Editori Laterza, 2002.
- Flavio, Giuseppe. *La guerra giudaica*. Mondadori, 2000.
- Foucault, Michel. *Poteri e strategie. L'assoggettamento dei corpi e l'elemento sfuggente*. Mimesis, 1994.
- Gamberini, Alessandro and Renzo Orlandi. *Introduzione a Delitto politico e diritto penale del nemico. Nuovo revisionismo penale*. Monduzzi, 2007.
- Jakobs, Günther. *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutverletzung*, in "ZstW", 97, 1985.
- Luhmann, Niklas, and Raffaele De Giorgi. *Teoria della società*. Franco Angeli, 2007.
- Mondaca Di Monforte, Mario. *Guerra al terrorismo? Dalle utopie umanistiche al razionalismo tecnologico*. Armando Editore, 2003.
- Montesquieu, Charles Luis. *Lo spirito delle leggi*. Biblioteca Universale Rizzoli, 1989.
- Nuzzo, Luciano. *Le anticamere del diritto. Ordine politico ed eclissi della forma giuridica*. Pensa Multimedia, 2008.
- Paye, Jean Claude. *La fine dello stato di diritto*. Manifestolibri, 2005.
- Romano, Santi. *Scritti minori*. Giuffrè, 1990.
- Schmitt, Carl. *Le categorie del 'politico'*. Il Mulino, 1972.
- Simon, Jonathan. *Il governo della paura. Guerra alla criminalità e democrazia in America*. Raffaello Cortina Editore, 2008.
- Sirago, Vito A. *Trecentomila croci. Banditi e terroristi nell'Impero romano*. New press, 2017.

Stern, Jessica, and J. M. Berger. *Estado Islâmico. Estado de Terror*. Vogais, 2015.

Waquant, Loic. *Punire i poveri. Il nuovo governo dell'insicurezza sociale*. Derive-Approdi, 2006.

Zagrebelsky, Gustavo. *Il diritto mite*. Einaudi, 1992.

### **Encyclopedias**

Bin, Roberto. "Stato di diritto." *Enciclopedia del diritto, Annali*. Milano: Giuffrè, 2011. pp. 1149-1162. Print.

### **Scientific magazines online**

Bartoli, Roberto. "Legislazione e prassi in tema di contrasto al terrorismo internazionale: un nuovo paradigma emergenziale?". *Diritto penale contemporaneo* 30 Marzo 2017. [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it) 28.07.2017 <https://www.penalecontemporaneo.it/d/5312-legislazione-e-prassi-in-tema-di-contrasto-al-terrorismo-internazionale-un-nuovo-paradigma-emergenza>

### **Scientific magazines**

Caputo, Angelo. "Introduzione, Verso un diritto penale del nemico." *Questione Giustizia*, Fascicolo Quarto. Franco Angeli Editore (2006) : (623 e ss.). Print.

### **Website**

"Isis diffonde nuovo audio di Al Baghdadi: Parla anche di Corea del Nord". [www.repubblica.it](http://www.repubblica.it). Gedi gruppo editoriale s.p.a., 28 Sept. 2017. Web. 28 Sept. 2017. <[http://www.repubblica.it/esteri/2017/09/28/news/isis\\_nuovo\\_audio\\_al\\_baghdadi\\_corea\\_nord-176773197/](http://www.repubblica.it/esteri/2017/09/28/news/isis_nuovo_audio_al_baghdadi_corea_nord-176773197/)>.

### **Laws**

Authorization for Use of Military Force, Pub. L. N. 107-40, 115 Stat. 224, 2001.

Council Common Position 2001/931/PESC.

Declaration of Human Rights 1948 Declaration of the Rights of Man and of the Citizen 1789.



## Capítulo VIII

# A inconstitucionalidade da exigência de comprovação da incapacidade financeira como critério para a concessão de tratamento pelo SUS

*Érica Baptista Vieira de Meneses\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Dimensão constitucional do direito à saúde e sua definição jurídica; 3. Análise econômica do direito; 4. A constitucionalidade da definição de critérios para a concessão de medicamentos à luz da dimensão constitucional do direito à saúde; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

A saúde, como direito público subjetivo constitucionalmente tutelado, deve ser efetivado pelo poder público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência aos serviços e ações de promoção, proteção e recuperação da saúde.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 erigiu o direito à saúde à condição de direito fundamental social, que demanda prestações positivas do Estado para sua efetivação, através de um sistema regionalizado e hierarquizado de serviços, colocados à disposição da população seguindo aos princípios da universalidade e igualdade.

Após a promulgação da Constituição e regulamentação do Sistema Único de Saúde através das Leis Federais 8.080/90 e 8.142/90, o tema da assim chamada judicialização da saúde, que encontrou suas

---

(\*) Advogada, Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal da Bahia e em Direito Médico pela Universidade Católica do Salvador.

primeiras importantes (mas na ocasião ainda isoladas) expressões em meados dos anos 1990, desde então não deixou de ocupar a agenda da academia, da governança e do meio judiciário brasileiras, alcançando cada vez maior repercussão, seja no que diz com o número de demandas judiciais propostas, seja no concernente ao impacto de tais ações sobre o sistemas público e privado de saúde e as políticas e finanças públicas em geral.

Não houve, contudo, ao longo dos anos, a discussão doutrinária e jurisprudencial acerca da extensão do que vem a ser o direito à saúde, considerando suas reais limitações orçamentárias, assim consideradas como a capacidade máxima do Estado em dar efetividade à necessidade (infinita) de um *completo bem-estar físico, psíquico e social* a todo o corpo de cidadãos da nação.

Assim, estabeleceu-se tacitamente na jurisprudência brasileira a máxima de que colocados em contraponto o direito à saúde – como uma vertente do direito à vida e dignidade da pessoa humana – e o princípio da reserva do possível – pouco desenvolvido do ponto de vista da análise econômica do direito – não seria possível deixar de determinar ao poder público (União, Estado, Distrito Federal ou Municípios), o dever de prover tanto quanto fosse necessário ao bem estar de cada indivíduo.

O relatório Justiça em Números, publicado anualmente pelo CNJ, deu visibilidade à crescente das demandas em saúde: tramitavam 1.346.931 demandas judiciais de natureza diversa envolvendo o direito à saúde até 31.12.2016. Além disso, os gastos da União com ações judiciais envolvendo prestações de saúde cresceu na ordem de 727% entre 2010 e final de 2016, quando alcançou a cifra de R\$ 3,9 bilhões, isso segundo estudo do Observatório de Análise de Políticas em Saúde (OAPS).

Com a crescente, o conselho Nacional de Justiça e o Supremo Tribunal Federal passaram a debruçar-se sobre o dilema da custo-efetividade dos direitos, e a necessidade do estabelecimento de parâmetros para a concessão de pedidos judiciais – o primeiro tratando de requisitos procedimentais voltados à redução da judicialização e o segundo voltado ao mérito das decisões – observando-se a

necessidade de manutenção das políticas públicas estabelecidas pelo gestor, nos três níveis de governo, para a própria sobrevivência do sistema.

Em 2009, portanto, em julgamento na Suspensão de Tutela antecipada nº 175, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu bases a serem observadas pelos magistrados, que agora no Recurso Especial com Repercussão Geral nº 566.471 contém novos e ampliados contornos de exigências para a interferência do Poder Judiciário na competência legislativa e administrativa do Poder Executivo.

## 2. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE E SUA DEFINIÇÃO JURÍDICA

O Direito à Saúde está previsto como *direito de todos e dever do estado* no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Federal de 1988<sup>1</sup>, que no artigo 6º definiu como integrantes do rol de direitos sociais “a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.<sup>2</sup>

Tais direitos têm a mesma hierarquia e importância quanto à definição de políticas públicas estatais voltadas à sua implementação, contudo, apesar de estarem previstos topograficamente no mesmo

1. SILVA, Leny Pereira. Direito à saúde e o princípio da reserva do possível. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 10 dezembro 2018, p.15: “As Constituições brasileiras do passado não foram totalmente omissas quanto à questão da saúde já que todas elas apresentavam normas tratando dessa temática, geralmente com o intuito de fixar competências legislativas e administrativas. Entretanto, a Constituição de 1988 foi a primeira a conferir a devida importância à saúde, tratando-a como direito social-fundamental, demonstrando com isso uma estreita sintonia entre o texto constitucional e as principais declarações internacionais de direitos humanos.”
2. Redação original do artigo 6º publicado em 1988, alterado pelas Emendas Constitucionais 26/2000, 64/2010 e com redação atual definido pela Emenda Constitucional 90/2015: “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”.

artigo e possuem status constitucionalmente idênticos, o direito à saúde tem tido ao longo dos últimos 30 anos tratamento judicial diverso dos demais direitos sociais quanto à sua extensão e quanto às exigências em face do Estado para sua efetivação.

Isso porque o direito social à saúde confunde-se com o direito à vida, direito fundamental, elencado no artigo 5º da Constituição Federal. Por isso é que, em relação à realização do direito à moradia e ao trabalho, por exemplo, as ações judiciais não obrigam aos entes públicos a criação de mecanismos político-econômicos suficientes para o estabelecimento de casa e emprego/renda a todos os cidadãos indistintamente e individualmente, tal qual acontece com o direito à saúde.

Esta diferença de exigência social e jurídica em relação aos deveres positivos do estado quanto realização da saúde para todos decorre, no Brasil, também, do estabelecimento de uma sessão própria no capítulo da seguridade social na Constituição Federal que instituiu um sistema universal e igualitário aos serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

O art. 196 e seguintes da Carta Magna estabelecem, portanto, a obrigatoriedade de criação de uma rede regionalizada e hierarquizada de ações e serviços públicos de saúde, que constituem um sistema único e tem como uma de suas diretrizes o atendimento integral à saúde, a ser realizado através do Sistema Único de Saúde, público e universal, com a participação suplementar de serviços privados, realizados através de pessoas jurídicas ou físicas.

A regulamentação desta rede foi realizada em 1990 através das Leis 8.142 e 8.080, consideradas as leis orgânicas do SUS, que estabeleceram a forma de financiamento e de organização das ações e serviços de saúde pela União, Estados, Municípios e Distrito Federal, com participação social através dos Conselhos de Saúde e Comitês Intergestores.

A dimensão do direito à saúde, sua amplitude e limitações, contudo, não foi objeto de delimitação legal, motivo pelo qual desde meados dos anos 1990 (SARLET, 2018) iniciou-se no judiciário

brasileiro debates acerca da efetivação deste direito, a amplitude do dever do Estado quanto à realização deste direito e, ainda de forma insipiente, o impacto das ações judiciais sobre o sistemas público e privado de saúde, bem como sobre as políticas e finanças públicas em geral, dentro do fenômeno judicial que convencionou-se chamar judicialização da saúde.

O Ministro Gilmar Mendes, durante o exercício da presidência do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido em pedido de Suspensão de Liminar oriundo do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, afirmou (STF, 2018) que “a doutrina constitucional brasileira há muito se dedica à interpretação do artigo 196 da Constituição. Teses, muitas vezes antagônicas, proliferaram-se em todas as instâncias do Poder Judiciário e na seara acadêmica. Tais teses buscam definir se, como e em que medida o direito constitucional à saúde se traduz em um direito subjetivo público a prestações positivas do Estado, passível de garantia pela via judicial”, destacando que:

O fato é que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os operadores do Direito, mas também os gestores públicos, os profissionais da área de saúde e a sociedade civil como um todo. Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito à saúde, por outro as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão entre os elaboradores e os executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias.

Isso porque a definição jurídica de “saúde” adotada no Brasil é oriunda da Constituição da Organização Mundial da Saúde, assinada em Nova Iorque, em 1946, que conceitua saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, que não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade” (WHO, 1946).

Para discorrer sobre a matéria direito à saúde há que se conceituar o que é ela. Neste passo, encontra-se a primeira dificuldade. Muito já se escreveu a respeito da conceituação da saúde durante a história da humanidade. [...] A intervenção de fatores

políticos foi, contudo, aparentemente o marco final de tal debate. A experiência de uma Grande Guerra apenas 20 anos após a anterior, provocada pelas mesmas causas que haviam originado a predecessora e, especialmente, com capacidade de destruição várias vezes multiplicada, forjou um consenso. Carente de recursos econômicos, destruída sua crença na forma de organização social, alijada de seus líderes, a sociedade que sobreviveu a 1944 sentiu a necessidade ineludível de promover um novo pacto. Tal pacto, personificado na Organização das Nações Unidas, fomentou a Declaração Universal dos Direitos do Homem, ao mesmo tempo em que incentivou a criação de órgãos especiais dedicados a garantir alguns desses direitos considerados essenciais aos homens. (SILVA, 2009).

Utilizando-se deste conteúdo normativo para definir a extensão do direito à saúde no Brasil, a jurisprudência majoritária, inclusive dos tribunais superiores, tem autorizado a concessão de medicamentos, órteses e próteses, tratamentos, internação e procedimentos sem levar em conta as políticas públicas definidas pelo poder executivo, a viabilidade econômica para o deferimento daquele pedido, o impacto financeiro sobre o orçamento do ente público e a estabilidade econômica do próprio sistema de saúde.

A saúde, definida como direito subjetivo, contem inevitavelmente aspectos sociais e individuais. Observado como direito individual, o direito à saúde privilegia a liberdade de cada indivíduo para decidir suas condições ambientais de vivência e construção da saúde (meio ambiente natural, do trabalho, recursos médico-sanitários, tratamentos a que pretendem se submeter, por exemplo). A liberdade implica ainda na possibilidade do profissional de saúde para estabelecer, entre todas as alternativas existentes, o tratamento que, em seu entender, é o mais adequado.

Examinado, por outro lado, em seus aspectos sociais, o direito à saúde privilegia a igualdade: para preservar-se a saúde de todos é necessário estabelecer regras para que ninguém possa impedir outrem de procurar seu bem-estar ou induzi-lo a adoecer. Essa é a razão das normas jurídicas que obrigam à vacinação, à notificação, ao tratamento, e mesmo ao isolamento de certas doenças, à destruição de alimentos deteriorados e, também, ao controle do meio ambiente,

das condições de trabalho. A garantia de oferta de cuidados de saúde do mesmo nível a todos que deles necessitam também responde à exigência da igualdade.

A efetivação deste duplo aspecto do direito à saúde, enquanto direito subjetivo, contudo, depende do grau de desenvolvimento do Estado. Somente no estado desenvolvido socioeconômico e culturalmente o indivíduo pode ser livre para procurar um completo bem-estar físico, mental e social e para, adoecendo, participar do estabelecimento do tratamento, bem como pode ser colocado à disposição de todas as normas de proteção, prevenção e recuperação da saúde (SILVA, 2009).

Em sua maioria, as demandas judiciais tratam a questão da judicialização da saúde como um conflito entre, de um lado, o direito fundamental social à saúde e o princípio da dignidade da pessoa humana, e do outro lado, o princípio da reserva do possível, esbarrando na escassez de recursos, compreendido como, nas palavras da Subprocuradora Geral da República Leny Silva (2009), "a regulação da possibilidade e a extensão de atuação estatal no que se refere à efetivação de alguns direitos sociais e fundamentais, tais como o direito à saúde, condicionando a prestação do Estado à existência de recursos públicos disponíveis".

Em relação à disponibilidade de recursos para a efetivação do direito à saúde, refere o Ministro Gilmar Mendes (2000):

"Observa-se que, embora tais decisões estejam vinculadas juridicamente, é certo que a sua efetivação está submetida, dentre outras condicionantes, à reserva do financeiramente possível ("Vorbehalt des finanziell Möglichen"). Nesse sentido, reconheceu a Corte Constitucional alemã, na famosa decisão sobre "*numerus clausus*" de vagas nas Universidades ("*numerus-clausus Entscheidung*"), que pretensões destinadas a criar os pressupostos fáticos necessários para o exercício de determinado direito estão submetidas à "reserva do possível".

Nesse sentido, o Supremo Tribunal federal nos últimos 10 anos tem sido demandado para decidir acerca de situações emblemáticas, tendo julgado o Suspensão de Tutela Antecipada STA 175, cujo Relator foi o Ministro Gilmar Mendes, e que de forma inovadora fixou

parâmetros judiciais a serem seguidos em ações do gênero, chanceados pelo tribunal. Duas outras ações tramitam ainda no STF, com Repercussão Geral reconhecida, que pretendem aprofundar tais parâmetros, que serão tratados mais adiante: RE – RG 566.471 e RE – RG 657.718.

Observa-se que apesar das decisões mencionadas terem por objeto o fornecimento de medicamentos, os critérios estabelecidos dizem respeito a todo o sistema de concessão judicial de pleitos relativos ao direito à saúde em sentido amplo, especialmente no caso da STA 175, julgada em 2010, que, no contexto específico dos medicamentos assumem uma dimensão particular e atraem questões específicas (SARLET, 2018).

Diversas decisões, como as listadas, defendem que a regra inscrita no artigo 196 tem caráter programático, cujos destinatários são todos os entes políticos que constituem no plano institucional a organização federativa do Estado Brasileiro – União, Estados, Municípios e Distrito Federal. É um direito que não pode ser convertido numa promessa institucional, implicando no descumprimento do preceito constitucional (SILVA, 2009).

Se, “nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde”<sup>3</sup>, em prol de conceder a todos os autores de ações judiciais contra o poder público o acesso individual ao *completo bem-estar físico, mental e social*, não raro as decisões em processos dessa natureza ignoram o custo de efetivação desses direitos e o impacto direto e indireto na própria

---

3. José Cretella Júnior, na obra "Comentários à Constituição de 1988", vol. III, pág. 4331, citando Zanobini: "nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo, a saúde é pressuposto e condução indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também apresenta perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político".

garantia de uma igualitária e universal prestação dos serviços de saúde a toda a população brasileira:

### 3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

---

A realização do direito à saúde depende de medidas positivas do Estado para que o direito se efetive. A Constituição de 1988 destina esforços significativos para a aplicação da saúde como um direito fundamental de todos, mediante a execução do então dever do Estado, de competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do artigo 23, inciso II da Constituição Federal.

Apesar do quanto já narrado, há, porém, limites ao direito oponível ao Estado de realização de políticas sociais e econômicas voltadas à efetivação do direito à saúde, pois em uma democracia não há direitos absolutos. A dificuldade da delimitação da extensão do direito à saúde reside exatamente em como extrair da norma constitucional sua eficácia jurídica sem ultrapassar os limites que lhes são impostos. Esses limites são basicamente três, que se interagem e se completam: a reserva de consistência, a reserva do possível e o princípio da proporcionalidade. Existe uma corrente, integrada por juristas e juris-filósofos, que defende a tese que o Estado deve garantir o "mínimo existencial", ou seja, os direitos básicos das pessoas, sem intervenção para além desse piso. Dizem, ainda, que esse mínimo depende da avaliação do binômio necessidade/capacidade, não apenas do provedor, mas, também, daqueles a quem se prometeu a implementação da satisfação daquelas necessidades. Além disso, como vem sendo reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência de diversos países, por força do princípio da dignidade humana, todo ser humano possui um direito ao mínimo existencial, o que significa um direito aos meios que possibilitem a satisfação das necessidades básicas, entre as quais a necessidade de ter saúde. Opõe-se ao atendimento do "mínimo existencial" a insuficiência dos recursos financeiros do Estado para sua concretização. Essa insuficiência vem sendo aferida pela doutrina e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, na esfera daquilo que se convencionou designar "reserva do financeiramente possível" (KRAMER, 2006).

O Ministro Gilmar Mendes, citando Claus-Wilhelm Canaris em julgamento da STA 175, assevera que:

Como tenho analisado em estudos doutrinários, os direitos fundamentais não contêm apenas uma proibição de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição de excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de proteção insuficiente (Untermassverbot).

Nessa perspectiva, são relevantes as contribuições de Stephen Holmes e Cass Sunstein para o reconhecimento de que todas as dimensões dos direitos fundamentais têm custos públicos, dando significativo relevo ao tema da “reserva do possível”, especialmente ao evidenciar a “escassez dos recursos” e a necessidade de se fazerem escolhas alocativas, concluindo, a partir da perspectiva das finanças públicas, que “levar a sério os direitos significa levar a sério a escassez” (HOLMES, 1999).

Holmes e Sunstein defendem que todo direito tem custos para a sua efetivação, sejam direitos que exigem prestações positivas ou negativas do Estado. Contudo, em relação aos direitos sociais, o investimento estatal varia de acordo com as necessidades peculiares de cada cidadão. Assim, enquanto para a garantia da liberdade dos cidadãos universal e coletivamente, o Estado dispõe de um valor pré-determinado, no caso dos direitos sociais como a saúde, por outro lado, é necessário dispor de quantias variáveis, moldadas em função das necessidades particulares de cada indivíduo.

Gastar mais recursos com uns do que com outros envolve, portanto, a adoção de critérios distributivos para esses recursos. Dessa forma, em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais, a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas à implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas. (MENDES, 2009)

Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas” pautadas por critérios de macro justiça. É dizer, a escolha da destinação

de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc. Nessa linha de análise, argumenta-se que o Poder Judiciário, o qual estaria vocacionado a concretizar justiça do caso concreto (microjustiça), muitas vezes não teria condições de, ao examinar determinada pretensão à prestação de um direito social, analisar as consequências globais da destinação de recursos públicos em benefício da parte, com invariável prejuízo para o todo (AMARAL, 2001).

Dentro do contexto de micro e macrojustiça, “tem-se uma ‘exclusão de benefício incompatível com o princípio da igualdade’ se a norma afronta ao princípio da isonomia, concedendo vantagens ou benefícios a determinados segmentos ou grupos sem contemplar outros que se encontram em condições idênticas” (MENDES, 1999). Com base nesse entendimento, em 15 de dezembro de 2018, o Juiz Plantonista Rafael José de Menezes, do Tribunal de Justiça de Pernambuco, assim consignou em decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada para internação em UTI, em uma lauda<sup>4</sup>:

Trata-se de liminar de saúde ajuizada por Maria de Lourdes de Deus, sob patrocínio da Defensoria Pública, contra o Estado de PE, ambos qualificados, afirmando autora que é idosa e está internada no hospital da Restauração, precisa de transferência para UTI mas não tem vaga, pelo que pede providências judiciais.

Defiro a justiça gratuita, mas indefiro a liminar.

Não se discute direito de todo cidadão à saúde ampla, regra controvertida da nossa CF, pois o estado brasileiro depende dos recursos do pagador de impostos, que não produz riqueza suficiente para garantir saúde a todo cidadão com essa amplitude constitucional.

Assim, não adianta a lei contemplar um direito sem atentar para as exigências econômicas da sua implementação; a matemática é divina, está na natureza, pelo que é romântico, mas

---

4. Ação protocolizada no plantão judicial e posteriormente distribuída para a 8ª Vara da Fazenda Pública da Capital, tombada sob o nº 0134988-91.2018.8.17.2001.

impossível, conceder por leis direitos sem condições econômicas de efetivação. Por isso este Juízo não vai decidir além do que pode controlar.

Ressalto ainda que as políticas públicas são de formulação e execução pelo Executivo, não pelo Judiciário, de modo que falta legitimidade a este Juízo para mandar o Governo internar a autora, fornecer remédio, escola, saneamento, segurança, habitação, mobilidade, etc., a todo e qualquer cidadão.

Tem mais, as UTIs disponíveis já estão ocupadas, pelo que na verdade autora não busca o direito à saúde, mas o privilégio de se internar na UTI com a chancela judicial, correndo o risco do Estado remover quem não tem advogado, para cumprir uma liminar, em desrespeito aos que já estão internados.

Pede também a autora que seja internada em rede privada, o que independe de ordem judicial, pois os hospitais particulares atendem sob pagamento.

Isto posto, indefiro a liminar.

Alexy (2008), ao constatar a necessidade de um modelo que leve em conta os argumentos favoráveis e contrários aos direitos sociais<sup>5</sup>, afirma que “a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios”:

Considerando os argumentos contrários e favoráveis aos direitos fundamentais sociais, fica claro que ambos os lados dispõem de argumentos de peso. A solução consiste em um modelo que leve em consideração tanto os argumentos a favor quanto os argumentos contrários. Esse modelo é a expressão da ideia-guia formal apresentada anteriormente, segundo a qual os direitos fundamentais da Constituição alemã são posições que, do ponto de vista do direito constitucional, são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar.(...) De acordo com essa fórmula, a questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o prin-

---

5. No Brasil, discute-se a extensão e amplitude dos direitos fundamentais sociais, enquanto em outros países, a exemplo da Alemanha, debate-se a constitucionalidade da existência de tais direitos.

cípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

O Poder Judiciário, portanto, interfere na formulação de políticas públicas, resultado das escolhas trágicas alocativas, por meio de decisões que obrigam o Poder Executivo. “Em geral, o magistrado não se preocupa com os impactos orçamentários de sua decisão, muito menos com a existência de meios materiais disponíveis para o seu cumprimento. Esquece-se, porém, que os recursos são finitos” (SILVA, 2009).

#### **4. A CONSTITUCIONALIDADE DA DEFINIÇÃO DE CRITÉRIOS PARA A CONCESSÃO DE MEDICAMENTOS À LUZ DA DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À SAÚDE**

O contexto da crescente judicialização da saúde no Brasil (Relatório Justiça em Números) mobilizou o Conselho Nacional de Justiça à instituição de parâmetros para a redução das demandas judiciais em face dos entes públicos, estabelecendo 1) procedimentos de conciliação e mediação para resolução extrajudicial da demanda realizados através de Câmaras de Conciliação em Saúde; 2) obrigatoriedade de criação de varas especializadas pelos tribunais; 3) obrigatoriedade de criação dos Núcleos de Apoio Técnico nos tribunais, formada por profissionais de saúde, aptos a avaliar tecnicamente a necessidade dos pedidos formulados.

A nova estrutura administrativo-procedimental instituída pelo CNJ cresceu acompanhada da mudança de paradigma no mérito das decisões proferidas pelos Tribunais Superiores, notadamente no Supremo Tribunal Federal, especialmente na forma de análise da extensão e limites do exercício do direito à saúde e a adoção de critérios para a concessão de medicamentos e procedimentos de alto custo<sup>6</sup>.

---

6. Vide decisão monocrática na Suspensão de Liminar nº 319, oriundo da Bahia, publicada em 05/11/2009, na qual o Ministro Relator assim conclui: “Ressalte-se, ainda,

Hoje, a jurisprudência do STF tem sido construída no sentido de que é economicamente impossível tutelar direitos sociais absolutos, ainda que guardem relação, como é o caso do direito à saúde, com a manutenção da vida e a dignidade da pessoa humana, sob pena de desfiguração do próprio sistema de saúde constitucionalmente instituído.

Assim, na STA 175 estabeleceu-se critérios a serem avaliados pelos magistrados em demandas que envolvem assistência farmacêutica, observando a necessidade de estabilidade e segurança do sistema, firmados a partir de “experiências e dados colhidos na Audiência Pública – Saúde, realizada no Tribunal nos dias 27, 28 e 29 de abril e 4, 6 e 7 de maio de 2009”, nas quais “após ouvir os depoimentos prestados pelos representantes dos diversos setores envolvidos, ficou constatada a necessidade de se redimensionar a questão da judicialização do direito à saúde no Brasil”.

Como primeiro aspecto a ser considerado “é a existência, ou não, de política estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte”. Ao discutir uma prestação de saúde que já está incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), com base na discricionariedade do Poder Executivo, o Judiciário não está criando ou modificando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento naquele caso concreto, no qual a existência de um direito subjetivo público parece ser evidente. Ainda, segundo a decisão, “se a prestação de saúde pleiteada não estiver entre as políticas do SUS, é imprescindível distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal a sua dispensação”.

Com vistas a promover a assistência farmacêutica de forma universal, o Ministério da Saúde estabelece um rol de medicamentos de dispensação obrigatória pela União, Estado e Municípios,

---

que o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo para o seu não fornecimento, visto que a Política de Dispensação de Medicamentos excepcionais visa a contemplar justamente o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis”.

denominados Relação Nacional, Estadual ou Municipal de Medicamentos Essenciais, conhecidas pelas siglas RENAME, RESME e REMUME. A formulação e atualização periódica desta listagem é ditada expressamente pela política nacional de medicamentos, instituída pela Portaria MS 3916/98, que, a partir de análise de epidemiologia e impacto financeiro da incorporação, define a mais eficiente alocação de recursos em saúde para acolher ao máximo de cidadãos. Há, neste aspecto, uma decisão administrativa de não fornecimento de determinados fármacos.

Nem sempre a assistência farmacêutica implementada pelo Poder Público atende às necessidades do paciente, ora porque as peculiaridades da moléstia exigem medicamentos especiais e/ou tornaram ineficazes os medicamentos constantes da listagem, ora porque houve falha na atualização da RENAME. Não raro, a assistência farmacêutica também falha por questões administrativas, tal como entraves no procedimento de aquisição ou distribuição do medicamento. O inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. A falta ou deficiência dos serviços de saúde prestados pelo Estado – incluídos nessa prestação a assistência farmacêutica e o fornecimento de insumos terapêuticos, conforme visto alhures – sem dúvida nenhuma ameaça o direito à vida e, em muitos casos, é capaz de produzir lesão irreparável a esse direito (SILVA, 2009, p. 40).

Em determinadas situações, contudo, busca-se no Poder Judiciário a condenação do Estado ao fornecimento de prestação de saúde não registrada na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Nesse caso, há uma vedação legal ao fornecimento do medicamento, haja vista que a Lei Federal n.º 6.360/76, ao dispor sobre a vigilância sanitária a que ficam sujeitos os medicamentos, as drogas, os insumos farmacêuticos e correlatos, determina, em seu artigo 12, que “nenhum dos produtos de que trata esta Lei, inclusive os importados, poderá ser industrializado, exposto à venda ou entregue ao consumo antes de registrado no Ministério da Saúde”, sendo este requisito uma garantia à saúde pública<sup>7</sup>.

---

7. Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei n.º 9.782/99, que criou a Agência Nacional de

A segunda circunstância a ser analisada, conforme constante na STA 175, é “a existência de motivação para o não fornecimento de determinada ação de saúde pelo SUS. Há casos em que se ajuíza ação com o objetivo de garantir prestação de saúde que o SUS decidiu não custear por entender que inexistem evidências científicas suficientes para autorizar sua inclusão”.

A motivação do não fornecimento de um medicamento, portanto pode decorrer da existência de tratamento que não seja suficiente para o cidadão autora da demanda, ou da inexistência de qualquer tratamento nas listagens do SUS para aquela enfermidade. Assim, entende o Ministro Relator que:

A princípio, pode-se inferir que a obrigação do Estado, à luz do disposto no artigo 196 da Constituição, restringe-se ao fornecimento das políticas sociais e econômicas por ele formuladas para a promoção, proteção e recuperação da saúde. Isso porque o Sistema Único de Saúde filiou-se à corrente da “Medicina com base em evidências”. Com isso, adotaram-se os “Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas”, que consistem num conjunto de critérios que permitem determinar o diagnóstico de doenças e o tratamento correspondente com os medicamentos disponíveis e as respectivas doses.

Neste aspecto cinge-se a maioria das controversas jurídicas e tema acalorado nas audiências públicas: Pode o poder executivo limitar por decisões administrativas de alocação de recursos limitar a extensão do direito à saúde, considerada como o completo bem-estar físico, psíquico e social? Por outro lado, considerando a escassez de recursos a reserva do possível e a análise econômica feita pelo gestor através do estabelecimento de protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas, é legítimo que o Poder Judiciário amplie o conteúdo material do direito à saúde para determinados indivíduos, impactando no financiamento do sistema? E, recentemente, a controvérsia em torno das decisões proferidas pelo STF que mobilizam a sociedade civil, é

---

Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de “registro” medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde.

possível que o Poder Judiciário estabeleça critérios jurisprudenciais para a concessão de medicamentos através de ações judiciais?

Nos casos de tratamentos experimentais, não há dúvidas de que o Estado não possa ser compelido a custeá-los, notadamente pela ausência de segurança para a saúde do indivíduo e da população. Os tratamentos novos, que ainda não foram incorporados aos protocolos do SUS ou ainda nos casos de pacientes cujos tratamentos previstos não surtem efeitos, as decisões do STF, de forma adequada, tem entendido que cabe análise do caso concreto pelo Poder Judiciário para, em relação àquela circunstância comprovadamente necessária, se autorizar a ampliação da política pública, considerando ainda que os protocolos não são estanques, devendo ser constantemente atualizados.

O Recurso Extraordinário RE 566471, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio Melo, por sua vez, traz duas situações inovadoras em matéria de fornecimento de medicamentos de alto custo. À luz dos artigos 2º; 5º; 6º; 196; e 198, §§ 1º e 2º, da Constituição Federal, analisa a obrigatoriedade (ou não) de o Estado fornecer medicamento de alto custo a portador de doença grave que não possui condições financeiras para comprá-lo, desenvolvendo portanto os critérios já estabelecidos pela STA 175 mencionada, mas ampliando a controvérsia para debater a necessidade econômica do cidadão-autor para que lhe seja conferido o direito a determinado tratamento. Subsidiariamente, o voto do Relator no RE propõe que a decisão de concessão do medicamento seja encaminhada ao Ministério da Saúde para análise da viabilidade de incorporação *erga omnes*.

O RE 566471 tem julgamento marcado para 22 de maio de 2019, e “à vista do que até agora foi (sumariamente) exposto, é possível arriscar a afirmação de que tanto no caso da decisão do STJ quanto no caso dos votos já proferidos no STF, que se está buscando o aperfeiçoamento dos critérios para justificar a imposição – pela via judicial – ao poder público de prestações de saúde em matéria de medicamentos, com o escopo de estabelecer uma pauta de diretrizes mais seguras e racionais a orientar as instâncias judiciais ordinárias, mas também de modo a permitir aos demais atores estatais, em

especial ao Poder Executivo, um adequado planejamento e formulação de ajustes no sistema de saúde” (SARLET, 2018).

A instituição de parâmetros mais definidos para a concessão de procedimentos e medicamentos pelo Sistema Único de Saúde, portanto, tem a finalidade de respeitar a separação dos poderes, permitir ao gestor em nível nacional, estadual e municipal a elaboração de uma política eficiente e efetiva de gestão dos recursos em saúde, bem como tutelar a universalidade e igualdade, princípios basilares do sistema. A efetivação do direito à saúde depende da delimitação do alcance deste mesmo direito.

Destarte, a tese apresentada no RE 566.471 pode modificar completamente as bases e os princípios do Sistema Único de Saúde, atribuindo critério não previsto em lei ou na Constituição para o exercício do direito à saúde, qual seja, a capacidade financeira do autor.

Isto porque, em diversos casos, como o debatido na STA 175, o valor global do medicamento alcança cifras milionárias, sendo mais facilmente aferível a incapacidade financeira do cidadão. Ocorre que, na grande maioria das demandas judiciais, a aferição do quanto cada cidadão pode investir em medicamentos de alto custo, de uso contínuo, em prol da sua saúde “viola princípios do SUS e deforma o conceito do direito à saúde quanto à garantia de acesso universal e igualitário” (SANTOS, 2018).

## 5. CONCLUSÃO

---

A partir das discussões travadas no Supremo Tribunal de Federal que acenderam a discussão, no Brasil, acerca da necessidade de se utilizar de forma ponderada os escassos recursos estatais na efetivação do direito à saúde, tendo-se como premissa que todo e qualquer direito, para sua realização, exige um investimento (maior ou menor) do Estado, através da criação de procedimentos próprios para a otimização dos gastos, é possível concluir de forma sucinta, que:

A escassez de recursos materiais e humanos obriga à escolha trágica alocativa, a ser realizada pela administração pública na instituição de políticas públicas, sociais e econômicas, voltadas ao

bem-estar a e saúde de toda a população, sendo uma impossibilidade real o atendimento à universalidade.

O estado de completo bem-estar físico, psíquico e social é irrealizável, por isso a saúde deve ser entendida como uma busca constante, uma finalidade utópica, impossível de ser suportada na integralidade pelo Estado, portanto, haja vista que as demandas em saúde serão sempre crescentes.

A gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só se torna viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada.

Desse modo, é necessário o estabelecimento de critérios mínimos para a concessão de pedidos judiciais de acesso a medicamentos e procedimentos através do SUS, devendo-se respeitar, minimamente, a cautela quanto à saúde pública e do indivíduo, a ser aferida pela aprovação e registro na Anvisa; a existência de política pública que, no caso concreto, apresentou-se insuficiente ou ineficiente, situação a ser comprovada nos autos; a inexistência de vedação legal àquele pleito; a efetiva necessidade daquele tratamento, em detrimento de outros colocados à disposição do cidadão, verificada pelos laudos e relatórios médicos.

Não parece oportuno, contudo, trazer para a demanda a discussão acerca da capacidade ou incapacidade financeira do demandante para a solicitação, uma vez que se estaria criando um critério não previsto em lei ou na constituição, para obstar o acesso aos serviços de saúde, ainda que haja necessidade, ainda que os protocolos previstos pela administração não sejam suficientes, e sem respaldo na análise econômica do direito. Estaria-se estabelecendo uma violação ao princípio da universalidade, de forma desigual entre os usuários do sistema, desconsiderando, por exemplo, a existência de vínculo com atores da saúde suplementar.

## 6. REFERÊNCIAS

---

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha*. Renovar: Rio de Janeiro, 2001.
- Conselho Nacional de Justiça. *Relatório Justiça em Números 2018 (ano-base 2017)*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justicaemnumeros/2016-10-21-13-13-04/pj-justica-em-numeros>>. Acesso em 10 de dezembro de 2018.
- CRETELLA JÚNIOR, JOSÉ. *Comentários à Constituição de 1988*. vol. III.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. W. W. Norton & Company: Nova Iorque, 1999.
- KRAMER, Ana Cristina. *O Poder Judiciário e as ações na área de saúde*. Disponível em: < [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana\\_Kramer.htm](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao015/Ana_Kramer.htm) >. Publicado em 22.11.2006. Acesso em 10 dezembro 2018.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional*. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em < <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/viewFile/1011/995>>. Acesso em
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais: STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-abr-27/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Publicado em 28 de abril de 2018. Acesso em 10 de dezembro de 2018.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: STJ, STF e os critérios para fornecimento de medicamentos (parte 1)*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-11/direitos-fundamentais-stj-stf-criterios-fornecimento-medicamentos-parte>>. Publicado em 11 de maio de 2018. Acesso em 10 de dezembro de 2018.
- SANTOS, Lenir. *Decisão do STJ sobre medicamento de alto custo deforma conceito do direito à saúde*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-mai-05/lenir-santos-decisao-stj-medicamento-alto-custo>>. Publicado em 5 de maio de 2018. Acesso em 10 de dezembro de 2018.
- SILVA, Leny Pereira. *Direito à saúde e o princípio da reserva do possível*. Disponível em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO\\_A\\_SAUDE\\_por\\_Leny.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/DIREITO_A_SAUDE_por_Leny.pdf). Acesso em: 10 dezembro 2018.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Suspensão de Liminar 319-BA*. Decisão Monocrática publicada em 28 de outubro de 2009

\_\_\_\_. *Recurso Especial com Repercussão Geral 566.471*.

\_\_\_\_. *Recurso Especial com Repercussão Geral 657.718*.

World Health Organization. *Constitution of the World Health Organization: Principles*. Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity



# Os Direitos Humanos como limite ético ao exercício da plenitude de defesa no tribunal do júri: um estudo sobre o uso da tese da legítima defesa da honra pela Defensoria Pública em casos de feminicídio

*Érika Costa da Silva\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. O precedente do caso do campo algodoeiro: um alerta para o uso de teses violadoras de Direitos Humanos; 3. O reconhecimento dos direitos humanos das mulheres; 4. A violência contra a mulher e os mecanismos de proteção previstos no ordenamento jurídico brasileiro; 5. Considerações sobre o sujeito passivo do feminicídio; 6. O tribunal do júri e a plenitude de defesa; 7. A tese da legítima defesa da honra; 8. A Defensoria Pública e o uso de teses violadoras de direitos; 9. Considerações finais; 10. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

O presente artigo apresenta como objetivo central promover a discussão e reflexão acerca do dilema ético que perpassa os objetivos e funções da Defensoria Pública, quais sejam, fundamentalmente, a promoção, difusão e conscientização dos direitos humanos, versus a atuação dos defensores ao sustentarem teses violadoras dos direitos humanos, especificamente a tese da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio.

O feminicídio, ao tratar da morte de mulheres levada a efeito pelo fato de pertencerem ao gênero<sup>1</sup> feminino, denota o contexto

---

(\*) Aluna do Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia. Artigo apresentado como avaliação da disciplina Paradigmas Atuais do Conhecimento Jurídico (DIRA02), sob a orientação do Professor Pós-Doutor Ricardo Maurício Freire Soares.

específico em que esses crimes ocorrem, tendo em vista que, em razão da discriminação e opressão ainda existentes, as mulheres são postas em situação de vulnerabilidade.

Segundo dados do Atlas da Violência de 2018, o Brasil ocupa atualmente a 5<sup>o</sup> posição no número de homicídios praticados contra as mulheres. Com uma taxa de 4,8 assassinatos por 100 mil mulheres, a violência de gênero com resultado morte se mostra como problema dos mais complexos, reclamando medidas de contenção por parte do poder público.

A Lei Maria da Penha (lei nº 11.340 de 2006), constituiu um avanço importante no combate à violência doméstica e familiar contra a mulher, no entanto, não teve reflexos significativos no número de mortes de mulheres.

Seguindo o caminho trilhado pela Lei 11.340/06, em 09 de março de 2015, foi sancionada a Lei 13.104, que alterou o artigo 121 do Código Penal, para prever, em seu §2<sup>o</sup>, inciso VI, uma nova modalidade de homicídio qualificado: o feminicídio. Este último consistiria, segundo o mencionado dispositivo, em um homicídio praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”.

No entanto, apesar dos avanços, a inovação legislativa merece ponderações, especialmente em relação a figura da mulher que se propõe a proteger. Afinal, ao optar pela utilização dos termos “mulher por razões da condição de sexo feminino”, a lei negou proteção a uma parcela das vítimas da violência de gênero, especialmente as mulheres transgênero.

- 
1. Segundo as *Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres* (ONU Mulheres, 2016), gênero se refere a construções sociais dos atributos femininos e masculinos definidos como papéis percebidos como inerentes à “feminilidade” ou à “masculinidade”. Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes\\_para\\_investigar\\_processar\\_e\\_julgar\\_com\\_perspectiva\\_de\\_genero\\_as\\_mortes\\_violentas\\_de\\_mulheres.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf). Acesso em: 03 de maio de 2019.

Para Marília Costa e Isadora Machado, citando Scoot (1995, p. 86): em sua definição de gênero, aponta que um dos elementos constitutivos de tal conceito é a dimensão subjetiva, que diz respeito aos elementos da identidade subjetiva dos sujeitos e suas, que interagem com as relações sociais. In: COSTA, Marília Ferruzi. MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*, p. 03, 2017.

Ainda, muito embora todas as mulheres estejam sujeitas a esse tipo de violência, os dados sociais apontam que as mulheres negras constituem o grupo mais atingido e vitimado pelo feminicídio. O Atlas da Violência 2018, denuncia que a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras do que entre as não negras, sendo que essa diferença alcança o percentual de 71%.

Desse modo, o presente trabalho se propõe a possibilitar a discussão sobre esta modalidade de homicídio qualificado incluída no Código Penal brasileiro pela Lei nº: 13.104/2015, sob a ótica indissociável das questões que permeiam os números da violência e traduzem não apenas um gênero, mas uma estatística que possui cor.

Diante desse olhar lançado para as vítimas e para o funcionamento do sistema, considerando as questões de gênero e raça que lhe dão sustentação, questiona-se o papel da Defensoria Pública, instituição com o dever constitucional de promoção dos direitos humanos, conforme previsão contida no artigo 134, que dispõe que a Defensoria é “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos”.

Assim, diante objetivos e das funções institucionais atribuídas a Defensoria Pública, é possível afirmar que sua atuação consiste numa obrigação positiva, ou seja, de assegurar a efetiva promoção e proteção dos direitos humanos, bem como uma prestação negativa, qual seja, a de abster-se de determinadas teses que perpetrem a violação destes direitos?

## **2. O PRECEDENTE DO CASO DO CAMPO ALGODOEIRO: UM ALERTA PARA O USO DE TESES VIOLADORAS DE DIREITOS HUMANOS**

---

O caso do “Campo Algodoeiro”, no qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Doutrina do Estado de Coisas Inconstitucionais da Corte Constitucional Colombiana foram instadas a se manifestar sobre a morte de três jovens mexicanas na Cidade Juarez, serve bem para ilustrar a discussão sobre a cultura de violência e de

inferiorização contra as mulheres, alertando para o uso de teses violadoras de direitos humanos, notadamente, dos direitos humanos das mulheres.

No caso específico, as três famílias procuraram a unidade policial para comunicar o desaparecimento de três mulheres, oportunidade em que os familiares das desaparecidas foram tratados com desrespeito, tendo a força policial, no primeiro momento, sustentado a tese de que as jovens teriam fugido com os namorados. Dias após os desaparecimentos, os corpos das jovens foram encontrados numa plantação de algodão com sinais de violência sexual e tortura.

Renata Tavares (2015) alerta que fatos e comportamentos como estes deveriam ser combatidos por toda a sociedade civil, sobretudo pelas autoridades estatais, sendo incoerente, nessa linha de raciocínio, a legitimação de teses de defesa que difundam comportamentos de violência de gênero.

Nesse sentido, Caio Paiva (2016) questiona se o defensor público, ao patrocinar um assistido, pronunciado e submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri por ter matado a sua mulher, alega que praticou o crime para defender a própria honra, pois teria encontrado a vítima lhe traindo, poderia sustentar a tese de legítima defesa da honra, objetivando a defesa deste. Entende o autor que “a defensoria deve ser responsável por sua história, necessitando escolher se continuará a reproduzir velhos discursos ou se comprometerá a modificar o velho sistema opressor vigente”.

Maíra Zapater acrescenta que persiste na sociedade brasileira a violência contra a mulher em casos como: o assédio sexual nas ruas, a violência sexual em ambientes universitários e a violência doméstica, casos nos quais não é raro que se tenha agressões físicas e psicológicas, sendo a culpa atribuída ao comportamento “inadequado” das mulheres vitimadas:

Em uma das extremidades da régua tem-se as mulheres de família, de reputação ilibada, boas mães, esposas dedicadas, filhas exemplares, estudiosas, trabalhadoras e, portanto, credoras da tutela cuidadosa do Judiciário. No outro extremo, estão as mulheres que de alguma forma transgridam um padrão de

feminilidade associado à subserviência, que não correspondem às expectativas que nelas são depositadas e que, conseqüentemente, provocaram em alguma medida a violência praticada. Essa visão estereotipada, ainda que nem sempre perfeitamente esculpida, é reforçada pela lógica adversária do tribunal do júri e tem efeitos no desfecho processual. (ZAPATER, 2016).

O emblemático caso do “Campo Algodoeiro”, acendeu a discussão sobre a contribuição da omissão estatal para a cultura da violência e da discriminação contra a mulher. Nesta senda, estima-se que entre os anos de 1993 a 2003, a Ciudad Juarez tenha registrado de 260 a 370 casos de assassinatos de mulheres, razão pela qual, a Corte Interamericana de Direitos Humanos e da Doutrina do Estado de Coisas Inconstitucionais da Corte Constitucional Colombiana sentenciou o Estado do México, condenando – o ao dever de investigar, sob a perspectiva de gênero, as graves violações ocorridas, garantindo direitos e adotando medidas preventivas necessárias de forma a combater a discriminação contra a mulher. (PIOVESAN, 2014).

Assim, frente a esse cenário, considerando a função e os objetivos da Defensoria Pública, questiona-se ao longo deste trabalho a possibilidade de o defensor público poder utilizar na defesa dos seus assistidos, argumentos que sejam contrários aos princípios que buscam a proteção e a garantia dos direitos humanos, especificamente os direitos humanos das mulheres.

Para tanto, o presente estudo se fundamentará em dois principais pilares de argumentação, quais sejam: *i)* ao se admitir o uso de teses violadoras de direitos humanos, estaria o defensor público, de certa forma, sendo contrário aos objetivos da primazia da dignidade da pessoa humana e a garantia da efetividade dos direitos humanos, uma vez que a adoção de teses como a da legítima defesa da honra, acabaria por reproduzir e aprofundar violações a direitos humanos, indo de encontro com a missão institucional da Defensoria Pública; *ii)* ao vedar o uso de teses violadoras de direitos humanos, estaria a Defensoria ferindo o princípio da plenitude de defesa do acusado, ao estabelecer a proibição de adoção de determinadas teses, limitando, assim, a atuação do defensor público, colocando-se em discussão a questão da censura e a liberdade de argumento, o que seria, em tese, algo indissociável da defesa criminal efetiva.

Por óbvio, não se pretende exaurir a discussão em torno da questão que se propõe para estudo, mas se espera, ainda que timidamente, contribuir para o debate ético em torno do exercício da advocacia pública, bem como para o fortalecimento ao combate de práticas no sistema de justiça que acabam por potencializar violações aos direitos humanos, especialmente o direito das mulheres.

### **3. O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS DAS MULHERES**

---

O reconhecimento dos direitos das mulheres perpassa necessariamente pelo reconhecimento dos seus direitos humanos e da violência de gênero como violadora desses direitos.

Nesse sentido, necessário destacar, inicialmente, que a origem do termo “direitos humanos” se deu no período axial, compreendido pelos séculos VIII a II a. C., ou seja, séculos antes da conceituação utilizada na Carta de Independência de Thomas Jefferson, a ideia nasce sob forte influência religiosa, abordando os preceitos de racionalidade e consciência humana, tornando as religiões mais éticas e menos fantasmagóricas (COMPARATO, 2006).

Assim, os direitos humanos surgem como suporte a esse ideal de direito natural já construído durante séculos e que eclodiu na Declaração do Bom Povo da Virgínia, nos Estados Unidos, em 1776 e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1789 (HUNT, 2009).

A ideia de direitos humanos, como amplamente propagado nos dias atuais, só veio a ser introduzida com a Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993. A conceituação contemporânea é produto do movimento denominado “internacionalização” dos direitos humanos, nascido após a Segunda Guerra Mundial, como resposta às atrocidades cometidas durante o Regime Nazista na Alemanha (PIOSEVAN, 2012, p. 71).

A concepção contemporânea de direitos humanos, apresentada pela Declaração Universal de 1948, é caracterizada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos. Universalidade porque se estende

de forma universal, tendo como requisito único para possuir a titularidade desses direitos a condição de pessoa. Indivisibilidade porque “os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais estão umbilicalmente ligados, de forma que a garantia de um é condição de observância do outro”. (CALDAS, 2016).

Ocorre que, aqueles que assumiram a tarefa de reconhecer direitos se recusaram a retirar o direcionamento condicionado, se quer dizer, o conteúdo das Declarações supracitadas era voltado a um público específico e muito bem definido: homem, branco, burguês, de forma que, apesar de tais textos normativos apresentarem grande avanço para a política emancipatória e progressista, restringiram também o público que se beneficia do seu conteúdo.

Nesse sentido, Amartya Sen chama atenção para o caráter generalizador dos direitos humanos, que induz a uma leitura romântica das garantias contidas nessas normas protetivas:

Há algo muito atraente na ideia de que qualquer pessoa, em qualquer lugar no mundo, independentemente de nacionalidade, local de domicílio, cor, classe, casta ou comunidade, possui alguns direitos básicos que os outros devem respeitar. O grande apelo moral dos direitos humanos tem sido usado para várias finalidades, desde a resistência à tortura, à prisão arbitrária e à discriminação racial até a exigência de eliminar a fome, a miséria e a falta de assistência médica em todo o planeta. Ao mesmo tempo, muitos críticos consideram totalmente desprovida de fundamento a ideia básica de que os indivíduos têm direitos humanos simplesmente por ser humanos. As perguntas mais frequentes são: esses direitos existem? De onde eles provêm?

O que se discute não é que a invocação dos direitos humanos possa ser uma crença geral muito atraente e, como retórica, até possa ter eficácia política. Os motivos de dúvida e preocupação estão relacionados com uma suposta “fragilidade” ou “sentimentalismo” da fundamentação conceitual dos direitos humanos. Muitos filósofos e teóricos do direito consideram a retórica dos direitos humanos mero discurso vago – com boas intenções e talvez até louvável, porém incapaz de ter grande força intelectual. (SEN, 2011, p. 390).

O caráter geral e abstrato contido na Declaração Universal se apresentou, ao menos a primeiro momento, como uma tentativa de

estender o alcance da norma para todo o mundo, se mostrando como verdadeiro ato de poder imperialista, discriminador e etnocêntrico, sobretudo ao desconsiderar as especificidades dos sujeitos que se propusera a proteger.

Dessa forma, a Declaração, apesar de fazer referência “explícita à igualdade de direitos entre homens e mulheres, durante muitos anos, a avaliação sobre o cumprimento dos direitos humanos não tratou especificamente das violações aos direitos humanos das mulheres”. (BARSTED, 2001).

Elizabeth Jelin, esclarece que foram as próprias mulheres que lideraram o campo das discussões e alcançaram as pautas das Nações Unidas:

Uma das grandes contribuições do feminismo têm sido a profunda crítica e o desmascaramento dos suportes do paradigma dominante que coloca os homens (ocidentais) como ponto de referência universal e que transforma as mulheres (e outros) em diferentes ou invisíveis. Ao fazê-lo movimenta-se num espaço contraditório, por um lado a reivindicação por direitos iguais aos dos homens e um tratamento igualitário, por outro o direito a um tratamento diferenciado e a valorização das especificidades da mulher. Esse é um segundo conflito inevitável entre o princípio da igualdade e o direito a diferença. É importante reconhecê-lo pois estimula o debate e a criatividade e ajuda a evitar dogmatismos.

É preciso reconhecer que estamos nos referindo as mulheres, a mulher, e não existe uma variedade enorme de experiências e de pontos de vista das mulheres, há diferenças de raça de classe, de nacionalidade entre mulheres. A crítica a universalização demanda incorporar as múltiplas perspectivas e dos diferentes, considerando também a interseção de diferenças e relações de poder intrínsecas as diferenças. (JELIN, 1993, p. 125).

Assim, os direitos humanos das mulheres não se mostram como uma construção linear, ao contrário, traduzem uma marcha de luta, liderada pelo movimento feminista, em busca do fortalecimento e reconhecimento das especificidades contidas na pauta de gênero.

Nesse sentido, Boaventura (2003, p.56), reafirma a necessidade de construção de direitos humanos que reflitam uma igualdade que

considere as diferenças, para que não se reproduza violações e potencialize desigualdades, pois “temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza.”

Considerando as premissas postas até o momento, cabe analisar, ainda que de maneira breve, a formação de atos normativos, no plano internacional, voltados especificamente para a promoção da igualdade de gênero e proteção da mulher.

Em 1979, a Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres constituiu um marco histórico na definição internacional dos Direitos Humanos das mulheres, concretizando um compromisso assumido na I Conferência Mundial da Mulher, realizada no México, em 1975. (BARSTED, 2001).

Na década de 1990, especificamente no ano de 1993, a Declaração e Programa de Ação de Viena, porquanto se trate do primeiro instrumento internacional a especializar a expressão “direitos humanos da mulher” (RIBEIRO, 2013), reconhecendo-os como parte inalienável, integral e indivisível dos direitos humanos universais (parágrafo 18), concepção reiterada pela Plataforma de Ação de Pequim, de 1995 (PIOVESAN, 2012).

Para Piosevan (2012), o legado de Viena é duplo: não apenas endossa a universalidade e a indivisibilidade dos direitos humanos invocada pela Declaração Universal de 1948, mas também confere visibilidade aos direitos humanos das mulheres e das meninas, em expressa alusão ao processo de especificação do sujeito de direito e à justiça enquanto reconhecimento de identidades.

O fato é que em Viena, as Nações Unidas reconheceram que “a promoção e a proteção dos direitos humanos das mulheres devem ser questões prioritárias para a comunidade internacional. Consolidou-se, dessa forma, um longo caminho iniciado em 1948 quando da Declaração Universal dos Direitos Humanos.” (BARSTED, 2001).

O conjunto de normas de proteção à mulher aqui exposto, garante o livre exercício dos seus direitos, com o reconhecimento de

que pertencem à categoria de direitos humanos. As ações tanto dos países como de particulares que os violem, afrontam diretamente a ordem internacional concebida.

Para Caldas (2016), as normas internacionais impõem aos Estados e suas instituições “não apenas o dever de se abster de discriminar e violentar a mulher, mas também de garantir que os indivíduos em particular não o façam, recorrendo, para tanto, a todas as medidas que se fizerem necessárias”.

No Brasil, a Constituição de 1988, constituiu um passo importante para os direitos humanos das mulheres no país, sendo uma referência primordial pois resultou em uma verdadeira mudança de paradigma do direito brasileiro no que se refere à igualdade de gênero. Inaugurou, dessa forma, na história constitucional brasileira, a consagração da igualdade entre homens e mulheres, como um direito fundamental.

Assim, tem-se que o descumprimento dos deveres assumidos pelo Estado brasileiro, quando da assinatura e participação nas Convenções supramencionadas, autoriza a comunicação do fato aos organismos internacionais, para que utilizem os mecanismos apropriados à cessação da violação, bem como configura afronta a direito fundamental constitucionalmente garantido.

#### **4. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER E SUA PROTEÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.**

---

A mulher, vítima de uma sociedade moldada sobre as bases sólidas do patriarcado<sup>2</sup>, foi posta ao longo da história da humanidade em posição de inferioridade, sendo considerada na Antiguidade Clássica

---

2. Segundo Heleieth Saffioti: “O patriarcado refere-se a milênios da história mais próxima, nos quais se implantou uma hierarquia entre homens e mulheres, com primazia masculina. [...] o conceito de gênero carrega uma dose apreciável de ideologia. E qual é esta ideologia? Exatamente a patriarcal, forjada especialmente para dar cobertura a uma estrutura de poder que situa as mulheres muito abaixo dos homens em todas as áreas da convivência humana. É a esta estrutura de poder, e não apenas à ideologia que a acoberta, que o conceito de patriarcado diz respeito”. In: SAFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. Editora: Expressão Popular, p. 128.

mero instrumento de reprodução da espécie, é o que ensina Ricardo Maurício Freire Soares:

A Filosofia tem se ocupado também em focalizar o ser mulher. Em primeiro plano, remonte-se ao filósofo grego, Aristóteles, na Antiguidade Clássica equiparava mulher e escravo. Ainda relacionava a mulher ao fator reprodução da espécie e que só por isto o homem dela precisaria. [...]

A simples leitura [...] da obra *A Política*, de Aristóteles, é capaz de remeter à indignação ou a um acesso de riso. Por quê? Porque ou indigna-se o leitor em constatar um quadro de uma realidade social em que a mulher “gozava” de tal conceito beirando ao absurdo; ou, no outro extremo, pensando nas conquistas femininas ao longo da civilização, não é para menos a provocação de riso que essas afirmações causam.

Nem por isto, Platão, mestre de Aristóteles, formulava tal conceito sobre a figura feminina. Por ventura e por acaso, o filósofo, sem que o imaginasse, estaria ensaiando passos firmes na direção de inspirar o moderno movimento feminista. Considerando o contexto vivenciado pelas mulheres atenienses, à época de Platão (século IV a.C.), pode-se aquilatar a reação do filósofo, até mesmo entre os intelectuais mais representativos de Atenas, pois a mulher era “[...] considerada como incapaz para atos jurídicos completos, estava sempre sob a tutela masculina, primeiro de seu pai e depois, na falta deste, de seus parentes masculinos mais próximos (irmão, tio paterno). (TSURUDA, 2008, p. 1-2). (SOARES, 2016, p. 206-207).

A posição de inferioridade se manteve, sendo que no século XX a mulher era considerada relativamente incapaz para gerir a própria vida, conforme normatizado no Código Civil Brasileiro de 1916, situação que só fora alterada com o advento do chamado Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121), em 1962.

Sobre o tema, leciona Boaventura Santos:

As relações sociais familiares estão dominadas por uma forma de poder, o patriarcado, que está na origem da discriminação sexual de que são vítimas as mulheres. Obviamente, tal discriminação não existe apenas no espaço-tempo doméstico e é aliás visível no espaço-tempo da produção ou no espaço-tempo da cidadania. [...] Mas o patriarcado familiar é em meu entender a matriz das discriminações que as mulheres sofrem mesmo fora

da família, ainda que atue sempre em articulação com outros fatores. (SANTOS, 2003, p. 260).

Tais circunstância servem bem para ilustrar o quanto estantes eram os papéis sociais reservados para cada gênero, “sendo que as mulheres deveriam submeter-se ao que era tido como correto e aceitável na estrutura organizacional da sociedade imposta pela ordem patriarcal de gênero”, sob pena de serem condenadas e colocadas à margem da moral e dos bons costumes da época. (RIBEIRO, 2013).

Segundo Gerda Lerner (1985), “*las mujeres han participado durante milenios en el proceso de su propia subordinación porque se las ha moldeado psicológicamente para que interioricen la idea de su propia inferioridad.*”<sup>3</sup>

Esse cenário foi mudando seus contornos, em razão da luta constante das próprias mulheres pela conquista de direitos, de modo que as pautas das agendas feministas se fortalecerem e suas reivindicações começaram a traçar a sociedade na forma como a conhecemos hoje.

Nesse aspecto, os estudos de gênero serviram “para desmistificar o argumento de que a divisão social de papéis entre homens e mulheres seria imposta por caracteres biológicos de cada um deles, o que naturalizava a opressão feminina”. Dessa forma, passou-se a compreender que a divisão é produto de construções sociais, que carregam características específicas da época e do lugar, tal construção resulta no gênero, dando significado à diferença sexual. (CALDAS, p. 10, 2016).

Baker (2015), credita ao movimento feminista essa importante contribuição consistente na “profunda reflexão a respeito da diferença entre sexo e gênero”. Assim, o gênero refere-se às características construídas socialmente, enquanto o sexo refere-se às diferenças biológicas.

---

3. Tradução livre: As mulheres participaram por milênios no processo de sua própria subordinação porque foram moldadas psicologicamente para internalizar a idéia de sua própria inferioridade.

O papel social construído para o gênero feminino foi ganhando ressignificação, alcançou lugares e funções. Retirando as mulheres do papel adstrito à maternidade e ao lar, a sociedade civil passou a encará-las não apenas como protagonistas dos postos de trabalho no ambiente doméstico, mas também naqueles que eram tidos como “tipicamente” reservados aos homens. As mulheres começaram a avançar para os centros de poder.

Embora a situação da mulher tenha melhorado significativamente nos últimos anos, diversos são os fatores que impedem o pleno gozo das melhorias nessa condição de vida, e a violência de gênero exerce papel decisivo nesse aspecto.

Em outubro de 2001, o Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo realizou uma pesquisa em todo o território brasileiro, que ouviu 2.502 mulheres, cuja ideia era apreender a percepção das mulheres, no novo século, sobre diversos temas ligados à sua condição, como mercado de trabalho, aborto e violência contra a mulher.

Segundo os dados apurados, aproximadamente uma em cada cinco mulheres brasileiras declarou espontaneamente já ter sofrido algum tipo de violência por parte de algum homem. Um terço das mulheres admitiu ter sido vítima de violência física em algum momento de sua vida (33%); a violência psíquica e o assédio sexual alcançaram índices de 27% e 11%, respectivamente.

O Brasil, pressionado no cenário internacional, em um movimento impulsionado por grupos feministas e apoiado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da Organização dos Estados Americanos, avançou no combate à violência de gênero e no melhoramento da produção de dados estatísticos sobre a violência contra a mulher no país.

Com a criação da Lei Maria da Penha, o país, passou a reconhecer que a violência contra a mulher é fenômeno diferenciado e grave, que pode se manifestar de diversas formas, inclusive a sexual, dentro ou fora do ambiente familiar e doméstico<sup>4</sup>.

---

4. Baker salienta que: apesar da violência masculina contra as mulheres ocorrer predominantemente no espaço doméstico, nesse ambiente em que os papéis de gênero

A Lei nº 11.340/2006, trata especificamente da violência doméstica e familiar contra a mulher, cujo conceito, para os efeitos da mencionada legislação, vem expresso em seu art. 5º, inovando, segundo Caldas (2016, p. 17), “ao afirmar que este tipo de violência se configura também em qualquer relação íntima de afeto, em que o agressor conviva ou tenha convivido com a vítima, independentemente de coabitação (Inciso III do art. 5º) ”.

A Lei Maria da Penha criou, de forma inédita, instrumentos para combater a violência doméstica e familiar contra as mulheres, através da previsão de medidas de prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência. (PIOSEVAN, 2012).

No ano de 2011, foi criada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito de Violência contra a Mulher (CPMIVCM) – Requerimento nº 4 de 2011-CN – possuindo a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência.

É de autoria da CPI o Projeto de Lei 292 de 2013, que originou a Lei 13.104/2015, para alterar o Código Penal brasileiro, inserindo o feminicídio no rol de circunstâncias qualificadoras do crime de homicídio.

Sancionada em 9 de março de 2015, a Lei 13.104 alterou o art. 121 do Código Penal brasileiro, que passou a prever, no §2º, inciso VI, a novel qualificadora para o crime de homicídio, denominado feminicídio, para aqueles casos em que o assassinato é cometido contra uma mulher por “razões da condição de sexo feminino”. Ademais, incluiu o feminicídio no rol de crimes hediondos, previsto no o art. 1º da Lei 8.072/1990.

Nesta senda, para que haja a incidência da nova qualificadora do homicídio, é necessário que o assassinato ocorra no âmbito doméstico e familiar e que a violência envolva menosprezo e/ou discri-

---

tradicionais “ocorrem, a violência pode ser alheia à privacidade do lar. In: BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

minação à condição de mulher (art. 121, §2º-A, incisos I e II, do CPB). Portanto, não basta que a vítima do homicídio seja mulher para que o crime figure sob a rubrica do feminicídio, é preciso também que se observe a ocorrência de tais circunstâncias.

No entanto, apesar dos avanços na legislação nacional, o Atlas da Violência de 2018 indica que no ano de 2016, 4.645 mulheres foram assassinadas no Brasil, o que representa uma taxa de 4,5 homicídios para cada 100 mil brasileiras. O Atlas destaca ainda que a base de dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade não fornece informação sobre feminicídio, portanto não é possível identificar a parcela que corresponde às vítimas desse tipo específico de crime. A ausência desses dados só fortalece a subnotificação desses casos<sup>5</sup>.

Dessa forma, frente a esse cenário, questiona-se: quem é a mulher vítima do feminicídio?

## 5. CONSIDERAÇÕES SOBRE O SUJEITO PASSIVO DO FEMINICÍDIO

Realizar uma leitura sobre o feminicídio desassociado das questões que lhe dão sustentação é falho e perigoso. Não se nega o fato que toda mulher pode ser vítima de violência doméstica, no entanto, faz-se necessário destacar as questões que permeiam a ocorrência

- 
5. Sobre as subnotificações de casos de feminicídio, Amom Pires cita o exemplo noticiado via imprensa: “mesmo após mais de dois anos de vigência da Lei do Feminicídio, a Secretaria de Segurança da Bahia informou que no ano de 2017 não teria ocorrido sequer um caso de feminicídio no Estado [sic], o que pode ser explicado pelo desconhecimento dos agentes estatais em traduzir e tipificar adequadamente as mortes das mulheres por razões de gênero, já que inúmeros feminicídios foram noticiados pela imprensa, porém não enquadrados na figura penal pela Polícia Civil baiana. O nível de despreparo fica evidente na fala de um delegado entrevistado que, ao explicar porque não reputava como feminicídios os casos em que os homens não aceitaram o término do relacionamento, declarou: “Vejo como no sentido em que se deu um desequilíbrio por parte do companheiro em não saber lidar com o sentimento de perda, isso não quer dizer que ele odeie mulher”. In: PIRES, Amom Albernaz. *O Feminicídio no Código Penal Brasileiro: da nomeação feminista às práticas jurídicas no plenário do júri?* 2018. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientadora: Profa. Dra. la Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32575>. Acesso em: 05 de maio de 2019.

dessa violência. Felipe Freitas (2017) afirma que “é preciso que as categorias sejam incorporadas na leitura que se faz da realidade, e, ao mesmo tempo, assumir as implicações dos atores da pesquisa na composição das realidades que se pretende analisar”.

Nesse aspecto, o recente e amargo legado da escravidão, associado ao desenvolvimento econômico da sociedade brasileira, baseado na exploração do trabalho escravo e no genocídio da população negra, geram condições de vida desiguais, aumentando o risco de violência fatal.

Sobre o tema, Lélia Gonzales esclarece que:

As condições de existência material da comunidade negra remetem a condicionamentos psicológicos que têm que ser atacados e desmascarados. Os diferentes índices de dominação das diferentes formas de produção econômica existentes no Brasil parecem coincidir num mesmo ponto: a reinterpretação da teoria do “lugar natural” de Aristóteles. Desde a época colonial aos dias de hoje, percebe-se uma evidente separação quanto ao espaço físico ocupado por dominadores e dominados. O lugar natural do grupo branco dominante são moradias saudáveis, situadas nos mais belos recantos da cidade ou do campo e devidamente protegidas por diferentes formas de policiamento que vão desde os feitores, capitães de mato, capangas, etc., até a polícia formalmente constituída. Desde a casa grande ao sobrado até aos belos edifícios e residências atuais, o critério tem sido o mesmo. Já o lugar natural do negro é o oposto, evidentemente: da senzala às favelas, cortiços, invasões, alagados e conjuntos “habitacionais” (...) dos dias de hoje, o critério tem sido simetricamente o mesmo: a divisão racial do espaço. (...). No caso do grupo dominado o que se constata são famílias inteiras amontoadas em cubículos cujas condições de higiene e saúde são as mais precárias. Além disso, aqui também se tem a presença policial; só que não é para proteger, mas para reprimir, violentar e amedrontar. (GONZALES, 1984, p. 232).

Nesse sentido, “a precarização da vida constrói o caminho da morte” (FLAUZINA, 2015). A ausência de políticas e serviços públicos – saúde, educação, habitação, saneamento básico, planejamento familiar e garantia de direitos no âmbito do mercado de trabalho – somados ao racismo e a misoginia, traçam o cotidiano perigoso da mulher, notadamente a mulher negra, todas tentando sobreviver a uma sociedade marcada por discriminações.

Especificamente sobre a condição da mulher negra, Angela Davis aponta as violações sofridas desde o processo de escravização, cujos efeitos são sentidos até os dias atuais:

O sistema escravista definia o povo negro como propriedade. Já que as mulheres eram vistas, não menos do que os homens, como unidades de trabalho lucrativas, para os proprietários de escravos elas poderiam ser desprovidas de gênero. Nas palavras de um acadêmico “a mulher escrava era, antes de tudo, uma trabalhadora em tempo integral para seu proprietário, e apenas ocasionalmente esposa, mãe e dona de casa. A julgar pela crescente ideologia da feminilidade do século XIX, que enfatiza o papel das mulheres como mães protetoras, parceiras e donas de casa amáveis para seus maridos, as mulheres negras eram praticamente anomalias[...]. Mas as mulheres também sofriam de forma diferente, porque eram vítimas de abuso sexual e outros maus-tratos bárbaros que só poderiam ser infligidos a elas. A postura dos senhores em relação às escravas era regida pela conveniência: quando era lucrativo explorá-las como se fossem homens, eram vistas como desprovidas de gênero; mas, quando podiam ser exploradas, punidas e reprimidas de modos cabíveis apenas às mulheres, elas eram reduzidas exclusivamente à sua condição de fêmeas. (DAVIS, 2016, p. 24-25).

Estudos recentes, quando avaliados na perspectiva das mulheres negras, revelam um contexto de desigualdades que potencializam a violência contra os corpos negros femininos. O Mapa da Violência de 2015 afirma que a conclusão retirada dos diversos mapas já produzidos, e que abordaram a incidência da raça/cor em seus dados, evidencia que a população negra é vítima prioritária da violência homicida no Brasil.

Dividindo a população feminina pela variável raça/cor, tem-se que a taxa de homicídios é maior entre as mulheres negras do que entre as não negras, e a diferença alcança o percentual de 71%, sendo que entre 2003 a 2013, o número de homicídios de mulheres não negras apresentou uma queda de 9,8% enquanto que, no mesmo período, os homicídios contra mulheres negras aumentaram 54,2%. (MAPA DA VIOLÊNCIA, 2015).

Se realizada a leitura pós vigência da Lei Maria da Penha, se verifica que o número de vítimas cai 2,1% entre as mulheres não

negras e aumenta 35,0% entre as mulheres negras. O Atlas da Violência 2018 aponta que as categorias de gênero e raça são fundamentais para entender a violência letal contra a mulher, que é, em última instância, resultado da produção e reprodução da iniquidade que permeia a sociedade brasileira.

O cenário desenhado pelos indicadores sociais do país denuncia o racismo como fator determinante para o número elevado de feminicídios no Brasil. Segundo Jurema Werneck (2019), a sociedade brasileira é fincada no racismo patriarcal, que divide as pessoas pela cor da pele e então pelo gênero, assim as mulheres negras estarão sempre “na base da pirâmide das desigualdades sociais no Brasil, o que acaba resultando nessas altas taxas de assassinato”.

Nesse sentido, Ana Flauzina destaca que:

[...] é importante sublinhar que são as mulheres negras as potencialmente mais vitimadas pelas práticas desencadeadas pela violência de gênero nas suas implicações com a violência contra a mulher, e pela ainda incipiente resposta ofertada pelo sistema de justiça aos casos. É também esse segmento o mais afetado pela perspectiva punitivista em torno da legislação que tem no racismo um de seus principais alicerces. Assim sendo, analisar perspectivas de mulheres negras quanto às potencialidades e as limitações dos desdobramentos da Lei Maria da Penha significa tocar no ponto central dos dilemas de um marco jurídico inovador operado a partir de um sistema conformado por padrões históricos discriminatórios. (FLAUZINA, 2015).

Dessa maneira, a mulher é, sem dúvida, o sujeito passivo do crime de feminicídio, e como dito, a mulher negra aparece como a principal vítima do crime. No entanto, necessário tecer algumas considerações acerca do termo “sexo feminino” adotado pela Lei 13.104/2015.

Nesse aspecto, a conceituação do sujeito passivo do crime de feminicídio não é tarefa simples. Há um consenso em torno de que a vítima, para que o crime seja definido como feminicídio seja uma mulher, até mesmo por expressa dicção legal, uma vez que há referência à condição de sexo feminino.

Segundo Marília Costa e Isadora Machado (2017, p. 02), a substituição do termo “gênero feminino”, apresentado no projeto original

da lei de feminicídio, pelo termo “sexo feminino”, “representa uma manobra legislativa para excluir da lei todas as mulheres que, supostamente, não estariam enquadradas no conceito biológico de “mulher”, notadamente as mulheres trans”.

Com efeito, o conceito de mulher para fins de incidência da qualificadora reclama algumas reflexões, especialmente nos casos em que figuram como vítima do crime de homicídio, nas circunstâncias dispostas no §2º-A do art. 121 do Código Penal, as pessoas transexuais<sup>6</sup>.

Para Jaqueline de Jesus:

[...] é fulcral para o debate recordar que a maioria das vítimas desse genocídio trans no Brasil são as travestis e as mulheres transexuais. [...] é possível aditar a esta reflexão que as travestis e mulheres transexuais brasileiras sofrem em um contexto de feminicídio. Está em curso um feminicídio trans, sinalizado por crimes sistemáticos, motivados pelo gênero da pessoa, que são executados na ausência ou com a conivência do Estado. (JESUS, 2017).

Com o objetivo de definir quem pode ser considerada mulher para efeitos da novel qualificadora, parte da doutrina conservadora do país elenca três critérios, quais sejam: o critério psicológico, o biológico e o jurídico.

Segundo Bitencourt (2016), o critério psicológico se refere aos casos em que o indivíduo mesmo sendo do sexo masculino acredita pertencer ao sexo feminino, ou seja, apesar de nascido biologicamente homem acredita psicologicamente ser mulher, a exemplo do que acontece com os transexuais<sup>7</sup>.

---

6. Segundo Jesus (2012): o termo “trans” é uma referência aos integrantes da população denominada transgênero, composta por travestis; homens e mulheres transexuais; e demais pessoas que não se identificam com o gênero que lhes foi atribuído socialmente. In: JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos*. Disponível em: [https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_POPULA%C3%87%C3%83%9A\\_TRANS.pdf?1334065989](https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83%9A_TRANS.pdf?1334065989). Acesso em: 07 de maio de 2019.

7. Pureza alerta que: não se pode confundir o transexual com o homossexual, bissexual, travesti ou mesmo com o intersexual. O transexual é o indivíduo que possui identidade de gênero diversa do sexo físico, ou seja, há uma dicotomia físico-psí-

Pureza (2015) defende a adoção do critério psicológico para fins de aplicação da novel qualificadora, sustentando a possibilidade de a transexual figurar como sujeito passivo do feminicídio, desde que tenha realizado a cirurgia de mudança de sexo e tenha obtido, por meio de provimento jurisdicional, o direito de ser identificada civilmente como do sexo feminino.

Por outro lado, encontram-se doutrinadores que utilizam o critério biológico, afirmando que se identifica uma mulher pela sua concepção genética ou cromossômica (BITENCOURT, 2016). Esse critério é o defendido por Barros (2015), que, por isso, sustenta a impossibilidade de aplicação da qualificadora do feminicídio nos casos em que a vítima se trate de uma transexual.

Há, ainda, o critério jurídico, que identifica como mulher os indivíduos que forem oficialmente registrados como tal, ou seja, que apresentarem documentação civil que as identifiquem como mulher. Essa é a posição adotado por Greco (2015) e Bitencourt (2016), que sustentam a adoção desse critério para que essas pessoas figurem como sujeitos passivos do crime de feminicídio, com amparo na necessidade de segurança jurídica e em respeito ao princípio da legalidade.

Na contramão dessas perspectivas, encontram-se autoras críticas do Direito posto, que defendem a aplicação ampla da lei do feminicídio às pessoas transexuais, a exemplo de Marília Costa e Isadora Machado:

[...] a Lei do Feminicídio surge em um contexto influenciado pela Lei Maria da Penha, a qual expressa a vontade de não excluir

---

quica. Em outras palavras, o transexual, apesar de ter nascido fisicamente com um determinado sexo, possui psicologicamente sexo diverso, manifestando a vontade de viver como sendo do sexo oposto. A manifestação da vontade de viver como sendo do sexo oposto ao físico é comumente exteriorizado através da cirurgia de mudança de sexo, apresentando-se como um instrumento eficaz para a conformação do estado psíquico e físico do transexual. In: PUREZA, Diego Luiz Victório. *O transexual como vítima do feminicídio*. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42981/o-transexual-como-vitima-do-feminicidio>. Acesso em: 08 de maio de 2019.

nenhuma mulher de seu âmbito de aplicação, buscando garantir o direito de que todas as mulheres vivam sem violência de gênero...a partir de uma interpretação lógico-sistemática, é possível se concluir que a Lei do Feminicídio deve expressar uma vontade que esteja de acordo com o sistema de normas a qual ela integra. Afinal, é a Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha) quem oferece o conceito normativo de violência doméstica resgatado pela Lei 13.340/15 (Lei do Feminicídio) e que, ao mesmo tempo, institui uma interpretação normativa do conceito de mulher que se sobressai à lógica descritiva do Direito Penal. (COSTA e MACHADO, 2017, p. 02).

Em resumo, o que se extrai é que as “mulheres trans não têm seus corpos resguardados pela inovação legislativa” (FLAUZINA, 2015), estão a mercê da interpretação da lei no caso concreto, das ilações doutrinárias e do entendimento jurisprudencial, ainda em construção. Nesse aspecto, a Lei 13.104/2015 (Lei do Feminicídio) se mostra como verdadeiro retrocesso, notadamente se comparada a Lei 11.340/06 (Maria da Penha) que adota um conceito amplo de mulher<sup>8</sup>.

## 6. O TRIBUNAL DO JÚRI E A PLENITUDE DE DEFESA

No tocante ao surgimento do Tribunal do Júri, não existe um consenso entre os estudiosos do instituto. Para Filho (2012), a doutrina majoritária entende que o Tribunal popular, na visão moderna, nasce na Inglaterra, no século XIII, no entanto, há estudos que afirmam que o seu surgimento se deu em Roma, por meio do *judices jurati*, outros apontam que o instituto possui como fonte o Código de Alarico do ano 506.

Parentoni (2011), ensina que o Tribunal popular surgiu com a competência para julgar os denominados crimes de bruxaria. O Júri era composto por doze cidadãos que, de maneira presumida, eram

---

8. Avançando ainda mais nessa discussão, a Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Nacional aprovou, em 22 de maio de 2019, o Projeto de Lei do Senado (PLS) 191/2017, que amplia o alcance de proteção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), passando a incluir em seu rol as mulheres transgênero e transexuais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protECAo-da-lei-maria-da-penha-aprova-cj>. Acesso em 03 de jun de 2019.

classificados como puros de consciência e detentores da vontade divina.

Nesse sentido, a primeiro momento o Júri popular nasce com caráter religioso, possuindo referências diretas a justiça divina que, assim como nos escritos bíblicos haviam doze apóstolos, igualmente, no Tribunal popular haviam doze homens incumbidos pelo poder de julgar as condutas praticadas pelos cidadãos.

Nucci (2008) afirma que o Tribunal do Júri é o instituto que possui a aplicação dogmática mais democrática da história da humanidade. No Brasil, o Tribunal foi instituído oficialmente no ano de 1822, era composto por vinte e quatro homens classificados como bons e honrados, cuja competência era o julgamento de crimes de imprensa (PARENTONI, 2011).

O Tribunal do Júri integrou a parte relativa ao poder judiciário na Constituição de 1824 e possuía a competência para julgar ações cíveis e criminais, já na Constituição de 1891, conhecida como a Constituição da República, a instituição ocupou o capítulo referente aos direitos do cidadão, possuindo caráter de direito individual. Em 1934, o Tribunal volta a integrar a parte referente ao poder judiciário. A Constituição de 1937, alterou o número de jurados para sete e excluiu a soberania. A Lei nº 263 incorporou o instituto ao atual Código de Processo Penal e, por fim, a Constituição Federal de 1988 alocou o Tribunal do Júri como direito fundamental, resgatando a soberania, o sigilo das votações, a competência para julgar crimes dolosos contra a vida e a plenitude de defesa. (SOUSA, 2015).

O artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal<sup>9</sup>, dispõe sobre o direito de defesa, lhe dando condição de garantia fundamental. O direito de defesa, também previsto no artigo 261 do Código de Processo Penal, se apresenta como condição de regularidade procedimental, sem a qual não se pode admitir a continuidade do processo criminal.

---

9. Artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988: aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

O Tribunal do Júri é a única instituição do ordenamento jurídico pátrio que possui como garantia constitucional a plenitude de defesa, aos demais procedimentos é assegurado o uso apenas da ampla defesa. Os institutos da plenitude de defesa e ampla defesa, para a doutrina majoritária, apesar de sinalizarem certa semelhança, guardam diferenças essenciais, é o que sustenta Nucci (2008, p. 83), ao afirmar que: “amplo quer dizer vasto, largo, muito grande, rico, abundante, copioso; pleno significa repleto, completo, absoluto, pleno, cabal, perfeito.” Para Sousa (2015), “diferente do que acontece na ampla defesa, na plenitude de defesa poderá o defensor utilizar qualquer tese, mesmo que extrajudicial.”

Nesse aspecto, complementa Guilherme de Souza Nucci (2010):

Vozes poderão surgir para sustentar o seguinte ponto de vista: o legislador constituinte simplesmente repetiu os princípios gerais da instituição do Júri, previstos na Constituição de 1946. Em razão disso, por puro descuido ou somente para ratificar uma ideia, acabou constando a duplicidade. Não nos soa correta a equiparação, até pelo fato de que o estabelecimento da diferença entre ambas as garantias somente é benefício ao acusado, com particular ênfase, em processos criminais no Tribunal Popular. (NUCCI, 2010).

A diferença entre o alcance e a liberdade no uso desses direitos (ampla defesa e plenitude de defesa), estaria guardado no fato de que, no Tribunal do Júri, o poder de julgar está nas mãos de um conselho composto por pessoas leigas, ou seja, os jurados não possuem qualificação técnica que possa ampará-los no momento da decisão, sendo necessário o uso amplo de argumentação pela defesa, para auxiliar na formação do juízo de valor daquele auditório<sup>10</sup> cujo orador quer influenciar com a sua argumentação.

Para Lucas Sá Souza (2013, p. 65), a garantia da plenitude de defesa é dada em razão de ser o julgador do réu um cidadão comum,

---

10. Para Perelman: “o segredo das deliberações, modificando a ideia que o orador tem de seu auditório, pode transformar os termos de seu discurso”. PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 21-22. E complementa: “quando se trata de justificação e, em geral, de argumentação, quando se trata de apresentar razões pró ou contra uma tese, tanto a crítica como

livre do conhecimento técnico-jurídico, dessa forma, “a defesa do réu não poderá estar limitada a argumentos exclusivamente legais, sob pena de as alegações defensivas não serem compreendidas pelos juízes naturais da causa, impossibilitando assim o correto julgamento”.

Ocorre que, concernente a utilização da plenitude de defesa no Tribunal do Júri, denuncia Maíra Zapater (2015), que o seu uso, em casos de feminicídio, tem contribuído para reforçar estereótipos de gêneros e são utilizados por advogados de defesa, promotores e defensores públicos.

Na prática, os advogados de defesa e defensores públicos, na tentativa de alcançar o objetivo de condenar ou absolver o réu (este tido como praticante dos mais variados tipos de violências contra mulher, por exemplo), tendem a se utilizar de argumentos que enfatizam a dicotomia de parâmetros ou estereótipos da mulher enraizados na cultura da sociedade brasileira.

Nesse sentido, segundo Maíra Zapater (2015), as pessoas tendem a ver e encarar a mulher sob dois aspectos antagônicos: a mulher de família (dotada de virtudes sob o ponto de vista do padrão aceito pela sociedade) e, por isso, merecedora de maior cuidado na proteção dada pelo Estado Juiz, e a mulher transgressora destes padrões e, por isso, vista como provocadora da conduta discriminatória da qual é vítima, tornando-a, assim, culpada da sua própria mazela.

O fato é que o julgamento no Tribunal do Júri se dá por pessoas leigas, as quais em tese não têm conhecimento do paradigma de gênero e das violências correspondentes que afetam as mulheres, assim, o Conselho de Sentença é movido, na maioria das vezes,

---

a refutação supõem critérios, valores e normas previamente reconhecidos por aqueles que devem julgar da pertinência da crítica, da legitimidade da refutação. O orador, que procura persuadir seu auditório, ou seja, o conjunto daqueles a que visa seu discurso, só pode fundamentar sua argumentação, sob risco de petição de princípio, naquilo que esse auditório admite no início [...] Para elaborar uma argumentação assim, o filósofo é mesmo obrigado a formar-se uma ideia desse auditório que quer convencer, ideia que pode não coincidir com a realidade. É por isso que as teses do filósofo, para serem aprovadas, devem ser submetidas à aprovação efetiva dos membros desse auditório [...]” Perelman, Chaim. *Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 201-203.

por argumentações que violam o direito da vítima e por íntima convicção, o que torna esse espaço pouco crítico e propício à adesão à perspectiva de gênero na condução dos casos de feminicídio. (PIRES, 2018).

Assim sendo, há de se ressaltar que sob o ponto de vista do processo penal, notadamente no que tange ao Tribunal do Júri, é comum que os operadores do direito se utilizem de aspectos de defesa que ultrapassam o próprio direito de defesa<sup>11</sup>, se valendo daquilo que se chama de amplitude de defesa<sup>12</sup>, que permite o uso de toda e qualquer tese numa defesa criminal (apoiando-se, via de regra, no fundamento da legítima defesa da honra).

Ao agir sob este pilar, não se preocupam com o impacto dessa prática no reforço de discursos que legitimam a conduta violenta discriminatória, a qual o próprio direito penal tenta reprimir, indo, com isso, de encontro a valores inerentes à noção de sistema de justiça democrático, o qual o direito penal não pode perder de vista.

## **7. O USO DA TESE DA LEGÍTIMA DEFESA DA HONRA**

Os preconceitos históricos e culturais que recaem sobre as mulheres e que foram naturalizados pela sociedade civil, alimentam a transferência de culpa para própria vítima nos casos de violência contra a mulher, mesmo quando o resultado é morte. A sociedade brasileira, nesse aspecto, tratou de maneira condescendente as questões da violência de gênero apoiada na chamada “legítima defesa da honra”.

Nesse aspecto, Andréa Borelli (1999) explica que perante a sociedade brasileira, sobretudo até o século XX, a morte de mulheres por seus maridos, namorados e companheiros, era justificada como a prática de um crime passional (cometido por grande emoção), sendo vista como uma maneira de regular o controle das mulheres sobre

---

11. Uso de todos os meios de defesa previstos em lei.

12. Uso de meios de defesa não previstos em lei, desde que não decorrentes de provas ilícitas.

os seus corpos e comportamentos, pois o crime acontecia quando “se rompia com os padrões vigentes da época”.

Assim, a traição feminina, o ciúme e o amor justificavam o ato de matar, bem como a certeza da impunidade que, em outros termos, ratificava a tese da legítima defesa da honra, esta, por sua vez, compreende em uma tese de conteúdos preconceituosos reinantes principalmente até a década de 1970 que, em síntese, transfere a culpa para a vítima, com o intuito de garantir a absolvição do réu ou a diminuição de sua pena.

A tese da legítima defesa da honra é fruto de uma construção dos advogados de defesa, que utilizando-se das ambiguidades do texto jurídico e da inferiorização da mulher em uma sociedade onde predominava a mentalidade de que a honra do homem era garantida pelo corpo e pelo comportamento da mulher, lançavam os argumentos nos embates travados nos tribunais do júri, garantindo a possibilidade de absolvição/atenuação da condenação dos réus acusados da prática do crime, à época, classificado como passional (ELUF, 2007).

Conquanto nunca tenha existido no marco legal brasileiro, ferindo, inclusive, leis nacionais e tratados internacionais que o Brasil é signatário, a tese ainda é utilizada e colabora para a impunidade nos casos de feminicídio, e seus argumentos realçam e estimulam a desigualdade entre os gêneros.

Nesse sentido, Pimentel, Pandjarian e Belloque (2006) afirmam que o Brasil pode ser apontado como um dos países da América Latina que possui a maior tradição no acolhimento da tese da legítima defesa da honra em sua jurisprudência, mesmo com ausência de previsão expressa na legislação penal nacional a esse respeito.

Desse modo, as autoras comprovam, através de pesquisa documental, que a tese da legítima defesa da honra continua a ser utilizada no sistema de justiça brasileiro, ainda que “disfarçada por meio de artifícios argumentativos que procuram transferir a culpa do crime para vítima, com base na sua conduta “desonrosa”, para ao menos diminuir a pena do agressor, quando não conseguem até mesmo a absolvição” (CALDAS, 2016).

A pesquisa avalia o uso da tese da legítima defesa da honra nos casos de feminicídio no Brasil, constatando que nos acórdãos coletados e publicados entre os anos de 1998 e 2003:

[...] foram encontradas três decisões que acolheram explicitamente a tese da “legítima defesa da honra”, duas dos Tribunais do Estado de São Paulo (nos anos de 1995 e 1990, respectivamente) e uma do Tribunal de Justiça do Acre, datada do ano de 2002. [...] mesmo nos casos em que a tese em comento é inadmitida por faltar-lhe os requisitos formais do art. 25 do Código Penal, há uma relutância por parte dos Tribunais de Justiça de todas as regiões do Brasil em afastá-la por completo, os quais não afirmam a sua ilegalidade em abstrato. (PIMENTEL, PANDJIARJIAN E BELLOQUE, 2006).

O uso da tese consolida a reprodução de preconceitos no sistema de justiça, sustentando discursos violadores dos direitos da vítima, invertendo a culpa, reforçando, em consequência, a tolerância social ao assassinato de mulheres. Nesse aspecto, o texto da justificação do projeto de Lei do Senado 292/2013, a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher sintetizou a importância da previsão legal do feminicídio e os efeitos que eram esperados:

A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionnal”. Envia, outros sim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO, 2013).

À época, um dos argumentos mais levantados em defesa da tipificação do feminicídio foi o fato de que tal previsão daria a devida visibilidade ao problema, “trazendo à luz as circunstâncias

peculiares em que esses crimes ocorrem, as quais desnudam as questões de gênero envolvidas” (CALDAS, 2016). Acreditava-se que se abririam possibilidades, a exemplo da formação de dados estatísticos específicos sobre a prática do crime, individualizando e identificando de maneira mais fidedigna os contextos em que ocorrem, possibilitando, em última análise, a formação de políticas públicas mais específicas<sup>13</sup>.

O Instituto Patrícia Galvão, no Dossiê Violência contra as Mulheres (2015), aponta impactos importantes que eram esperados com a previsão do feminicídio no Código Penal, entre eles estava o de ser um instrumento de combate à impunidade, evitando que o feminicídio continuasse a ser minimizado no sistema de justiça ou, ainda, pela imprensa, classificando-o como crime passional ou homicídio privilegiado<sup>14</sup>, refutando, em última análise, o uso de teses que culpabilizam a vítima do feminicídio, à exemplo da tese da legítima defesa da honra.

No entanto, apesar dos avanços legislativos de combate a violência de gênero, até hoje se encontram registros do uso de teses de defesa que violam os direitos das vítimas, notadamente no tribunal de júri em casos de feminicídio. Em recente pesquisa, realizada pelo Ministério da Justiça, no ano de 2015, restou demonstrado que o uso da tese da legítima defesa da honra se mantém, e a visão estereotipada

---

13. Pasinato (2011) assevera que a ausência de dados oficiais é um dos maiores obstáculos para os estudos sobre a morte de mulheres, obstaculizando que se tenha uma visão mais próxima do número de mortes e da conjuntura em que acontecem. Esse é um problema enfrentado tanto no Brasil como nos demais países da América Latina. In: PASINATO, Wânia. “Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil. In.: CADERNOS PAGU. Campinas, n.37, p.219-246, Jul./Dez. 2011. Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wpcontent/uploads/2014/04/PASINATO\_Femicídios 2011.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2019.

14. De acordo com Capez, o legislador, ao notar que determinadas motivações criminais estão compatíveis com a moral do homem médio, categorizou como privilegiadas as situações em que o homicídio é cometido sob o domínio de uma compreensível emoção violenta, paixão, desespero ou motivo de relevante valor social ou moral. In: CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal: legislação especial*. 4. vol. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

é reforçada pela lógica adversarial do tribunal do júri, refletindo diretamente no desfecho processual.

Segundo a pesquisa, colaboram para a construção dessa imagem os advogados de defesa e defensores públicos, que costumam evidenciar o perfil “transgressor da mulher versus o do homem trabalhador violado em sua honra” para justificar a ocorrência do crime, destacando que os argumentos utilizados pela defesa “evocam a outrora difundida e criticada tese da legítima defesa da honra” que, apesar de não ter sido utilizada de modo explícito nos processos analisados para justificar a atitude do agressor, “parece ter alguma repercussão na operação que procura afastar a culpabilidade do réu e legitimar a violência perpetrada, a partir do comportamento da vítima” (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 47-48).

Além da prática da defesa, a pesquisa chama atenção para o comportamento dos juízes, que segundo os pesquisadores possuem papel ativo durante a instrução processual, buscando o acolhimento de versões que culpabilizam o comportamento da vítima, citando que em um dos casos analisados, por exemplo, “diante da suspeita de traição pela vítima, o magistrado se voltou à investigação do comportamento da mulher assassinada”, inquirindo as testemunhas com os seguintes questionamentos: “Ela tinha horário para trabalhar, horários rígidos, de levar os na escola? Ela era uma mulher séria? Tranquila?”. (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, 2015, p. 48-49).

Em resumo, a tese de legítima defesa da honra é empregada como norma discriminadora de direitos e as constatações feitas por Pimentel, Pandjarijan, Belloque (2006) e pelo Ministério da Justiça (2015) e aqui analisadas, revelam a manutenção do seu uso, sendo comumente utilizada pelos advogados de defesa e defensores públicos, que acabam por legitimar discursos e condutas completamente contrárias aos direitos humanos das mulheres, violando, assim, um plexo normativo nacional e internacional de proteção às mesmas, evidenciando, portanto, o quanto as discriminações contra as mulheres estão enraizadas nos diversos âmbitos sociais, inclusive nas instituições encarregadas de combatê-las.

## 8. A DEFENSORIA PÚBLICA E O USO DE TESES VIOLADORAS DE DIREITOS

---

De acordo com o artigo 134, caput, da Constituição Federal<sup>15</sup>, a Defensoria Pública é considerada instrumento e expressão da democracia, sendo responsável pela promoção dos direitos humanos. Com base na referida previsão constitucional, Caio Paiva (2015) questiona se o defensor público, ao assistir um réu pronunciado e submetido a julgamento perante o tribunal do júri pela prática de feminicídio, poderia alegar que o assistido praticou o crime para defender a própria honra, “pois teria encontrado a vítima lhe traindo com um vizinho”, então, poderia um defensor sustentar a tese de legítima defesa da honra em favor do réu?

Neste trabalho, sustenta-se que, sendo a resposta positiva, o defensor público se encontraria submerso em uma verdadeira contradição ética profissional, afinal, estaria sendo contrário aos objetivos da primazia da dignidade da pessoa humana e a garantia da efetividade dos direitos humanos, pilares que compõe a essência do trabalho institucional da Defensoria Pública. Ainda, estaria o defensor a reproduzir condutas preconceituosas, que violam os direitos humanos das vítimas, consolidam a tolerância social à prática da violência de gênero e aprofundam as discriminações contra as mulheres.

Nesse sentido, Ana Barreto (2007) afirma que a Defensoria Pública possui um relevante papel na sociedade, que não se restringe a garantir o acesso à justiça daqueles menos afortunados, mas sobretudo, o defensor público forma opiniões sendo “um conscientizador do papel social das massas e dos excluídos. O defensor público tem o poder-dever de assumir uma postura de efetiva transformação e

---

15. Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 80, de 2014). Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 16 de jun de 2019.

conscientização desse poder popular e o faz por meio de concreta participação na vida da comunidade”.

No entanto, as pesquisas realizadas e aqui analisadas, cujo recorte foi o uso de teses defensivas que violam os direitos da vítima, à exemplo da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, denunciam o distanciamento dos defensores públicos do seu papel institucional de promoção dos direitos humanos, ao fazerem uso recorrente de teses que violam tais direitos. É o que demonstra a pesquisa realizada pelo Ministério da Justiça (2015, p. 52):

Muitas vezes, além de não situar o crime em um contexto de expressão de poder patriarcal, o sistema de justiça, por seus diversos atores, chega a fazer o oposto, reafirmando discursos de culpabilização da vítima e o reconhecimento de papéis sociais que tendem a justificar as agressões, como visto acima. São vários os exemplos que corroboram essa percepção. Em alguns casos a estratégia aparece de forma bastante explícita [...] a defesa alega que o réu, tendo sido traído pela vítima, “teria sido mais vítima que ela”. Na tentativa de retirar uma qualificadora da imputação, o defensor público prossegue: “se o apelante viu a mulher beijando outro homem na boca, o motivo não pode ser fútil”. A culpabilização da vítima também é evidenciada diante de tentativas de defesa de excluir a qualificadora presente no inciso IV: “a vítima tinha fundadas razões para esperar pela agressão”. Como mencionado, não se encontrou menção expressa à legítima defesa da honra, embora a lógica dessa argumentação tenha se feito presente.

Como visto, o uso de teses violadoras de direitos das vítimas é comumente utilizado pelos defensores públicos, ainda que disfarçadas por artifícios de argumentação. A pesquisa produzida pelo Ministério da Justiça (2015, p. 53) destaca ainda que, dos atores que compõem o sistema de justiça criminal – juízes, promotores, defensores públicos e advogados – foram os membros do Ministério Público que apresentaram teses mais situadas ao contexto complexo do problema social que representa a violência de gênero.

Dessa forma, tem-se que, em relação ao combate para o banimento do uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio no tribunal do júri, não é a Defensoria Pública que está à

frente, a despeito de ser ela a instituição que possui a incumbência constitucional expressa de promoção e defesa dos direitos humanos.

Tal circunstância pode ser explicada, em parte, pelo argumento da plenitude da defesa do réu, sobre esse ponto, Caio Paiva (2015) esclarece que o posicionamento é no sentido de que, ao se estabelecer uma proibição na adoção de determinadas teses pelo defensor, “se estaria limitando a atuação deste se mostrando como uma verdadeira censura a liberdade de argumento, sendo este último algo indissociável da defesa criminal efetiva”.

Amom Pires (2017), entretanto, alerta que ao fazer uso, no tribunal do júri, de teses que reforçam estereótipos e reafirmam discursos de culpabilização da vítima, à exemplo da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, a defesa acaba por colaborar para o agravamento do problema social da violência de gênero, pois é, exatamente por sustentar tais discursos perante um corpo de julgadores formado, em tese, por pessoas leigas, desprovidas de conhecimento em relação ao paradigma de gênero e das violências correspondentes que afetam as mulheres, esses jurados acabam sendo movidos por essas argumentações carregadas de conteúdos preconceituosos, bem como por íntima convicção, tornando o espaço do tribunal do júri pouco crítico e propício à adesão de teses violadoras de direitos.

Renata Tavares (2015) aponta a conscientização como instrumento de combate ao uso de teses violadoras de direitos pela defensoria pública, ressaltando que, antes de impor um suposto limite ao direito de defesa, é preciso reafirmar o papel do defensor público como “instrumento e expressão do regime democrático bem como aclarar sua função na promoção dos direitos humanos”. Por sua vez, Franco (2012) esclarece que o “defensorar” é uma luta contra o conservadorismo caracterizado por seu projeto colonialista e aristocrático e por isso mesmo, paternalista e assistencialista:

A defensoria como instrumento de exercício de democracia direta, rompe, ou pelo menos tem a potencialidade para romper, com a lógica hegemônica da subordinação, da desigualdade e da exclusão, primeiramente por se desvincular do conceito de pobreza, não obstante o inclua, mas, principalmente, por não se deixar capturar pelo maniqueísmo incapacitante e subordinante dessa

configuração, desfazendo agenciamentos e prestando-se a dar voz própria, autônoma e consciente, a toda exclusão, opressão, discriminação, precarização e desigualdade.

Assim, Renata Tavares (2015) pontua que o defensor exerce dois importantes papéis na proteção e promoção dos direitos humanos, “uma obrigação positiva de assegurar o exercício e pleno gozo desses direitos e uma obrigação negativa, abster-se de adotar determinadas atitudes discriminatórias” e, especificamente em relação ao uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio, a autora sustenta a necessidade do reconhecimento de que a defesa do assistido pela Defensoria Pública deve ser guiada pela ética, realizada de maneira coerente, atendendo aos parâmetros institucionais previstos na Constituição Federal de 1988, de modo que “o defensor não pode ter a esquizofrênica posição de promover os direitos humanos e, ao mesmo tempo, sustentar teses que sustentem tais violações de direitos”.

Nesse ponto, importante salientar que o defensor possui autonomia em relação ao acusado/assistido, podendo se negar a utilizar teses contrárias aos direitos humanos, é a prerrogativa de deixar de patrocinar a ação, prevista nos artigos 44, XII, 89, XII, e 128, XII, da LC 80/94.

Sobre o tema, Ana Barreto (2007), ensina que a “independência funcional garante aos membros da defensoria a liberdade de exercer suas atividades e de escolher a melhor forma de defender os interesses dos assistidos, ou ainda recusar-se a ingressar com ação ou pedido manifestamente infundado”.

Com efeito, a discussão proposta ao longo desse trabalho, sustenta que a Defensoria Pública, enquanto instituição que possui o dever constitucional de promoção dos direitos humanos deve assumir uma postura responsável e ativa no embate ao uso de teses violadoras de direito, especialmente da tese de legítima defesa da honra nos casos de feminicídio. Afinal, o emprego da referida tese pelos defensores públicos, é, no mínimo, uma contradição de valores éticos institucionais, uma vez que, segundo Luiza Nagib Eluf (2007) “a mera menção à tese de legítima defesa da honra ofende a todas as mulheres, por tratá-las como ‘objeto de uso’ masculino”.

Do mesmo modo, Rodolpho Rodrigues (2016) afirma que a atuação do defensor deve ser orientada dentro dos limites institucionais, seguindo a orientação do tripé jurídico composto pela: ética, a consciência e a lei. Para o autor, “o defensor público cuja prática profissional se afasta do referido tripé jurídico, está sujeito a uma atuação que ao invés de combater a injustiça, a consagra”.

Sustenta-se, pois, a adoção pela Defensoria Pública de teses defensivas que possuam construções jurídicas contemporâneas, que respeitem a memória da vítima do crime e proporcione ao réu uma defesa ampla e eficaz. Nesse sentido, Renata Tavares (2015) destaca que, pode a Defensoria permanecer sendo mais uma instituição inerte, passiva e assim contribuir para a manutenção do status quo, “mas pode, também, representar o novo, abrir o armário das ideias eticamente comprometidas com os direitos humanos e colocar na gaveta tudo aquilo que produziu e que ainda produz discriminação, dor e sofrimento.”

A autora defende a criação de teses conscientes, que se aproximem da realidade, respeitando todas as questões que envolvem o feminicídio, como, por exemplo, a tese da “vítima cultural”, que consiste na “substituição do discurso do homem como vítima da traição ou do abandono da mulher pelo argumento da cultura de discriminação produzida numa série de omissões estatais” que potencializam e fazem do agressor uma espécie de vítima cultural” (COSTA, 2015).

Dessa forma, defende-se que os crimes de ódio devem ser combatidos por toda sociedade, sobretudo pelas autoridades estatais, que possuem o dever institucional de proteção e promoção de direitos, tal como a Defensoria Pública, sendo descabida a legitimação de teses de defesa que difundam comportamentos de violência, discriminação e violação de direitos.

## **9. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

---

Como visto, a discriminação de gênero persiste na cultura brasileira, refletindo na prática constante de atos de violência contra a mulher, evidenciada nos números dos mais diversos estudos sobre violência de gênero tratados neste trabalho. Igualmente, tem-se que

as soluções adotadas quase sempre fazem uso do Direito como via primeira – ou mesmo única – no enfrentamento de tais questões, dos quais decorrem outros problemas, que só reforçam, em detrimento de solucionar, tal violência.

No entanto, embora se reconheça a ineficácia da criminalização para a solução do problema da violência de gênero, defende-se que a positivação da categoria “feminicídio” possui o efeito simbólico de trazer reconhecimento para a questão, bem como possui o potencial de conseguir resultados concretos, na medida que viabiliza, ao menos, a tomada de medidas de enfrentamento mais direcionadas, assim como o melhoramento na construção de políticas públicas para o seu combate.

Desse modo, a visibilidade dada a violência contra a mulher, após o advento da Lei do Feminicídio, reacendeu importantes discussões que permeiam o complexo problema social da violência de gênero, à exemplo da utilização da tese da legítima defesa da honra pelos advogados e defensores públicos, ambos ancorados em uma suposta função institucional/direito de plenitude da defesa do réu no tribunal do júri.

O presente trabalho se propôs a examinar, especificamente, o uso da tese da legítima defesa da honra, pela Defensoria Pública, na condução dos casos de feminicídio e, como visto, restou demonstrado que os membros da instituição fazem uso dos argumentos discriminatórios contidos na tese em estudo, concluindo-se que, os defensores públicos, ao utilizarem de teses violadoras de direitos que deveria, por lei, proteger, acabam por legitimar condutas violentas e discriminatórias, indo, com isso, de encontro a valores inerentes à noção de sistema de justiça democrático, o qual nem a Defensoria Pública nem o Direito Penal poderiam se afastar.

Com efeito, o uso de teses como a da legítima defesa da honra apenas fortalece a imagem antagônica que parte da sociedade civil possui da mulher, legitimando uma prática discriminatória da qual a vítima torna-se culpada da própria morte, de modo que, sustenta-se aqui, a impossibilidade de manutenção do seu uso no sistema de justiça criminal brasileiro.

Acrescenta-se ainda que, a promulgação da Lei do Femicídio levantou discussões em torno das questões centrais do problema da violência contra a mulher: o racismo e o machismo. Nesse aspecto, conforme restou demonstrado nesse estudo, a violência de gênero é resultado de séculos de discriminação, fruto de uma sociedade construída sobre as bases sólidas do patriarcalismo e organizada socialmente e economicamente a partir do recente e doloroso processo de escravização do povo negro.

Assim, evidenciou-se que os efeitos dessa organização social são sentidos até os dias atuais, e seguem estampados nos dados estatísticos do país, que denunciam ser a população negra a mais vitimada pela violência homicida, sendo as mulheres negras as principais vítimas da violência de gênero.

Na outra face, os indicadores sociais apontam o machismo como fator principal para a prática da violência de gênero, alcançando, inclusive, a própria criação da Lei do Femicídio, quando da opção dos legisladores pela utilização do termo “sexo feminino” e não “gênero feminino”, o que acabou por reforçar estereótipos e preconceitos, negando proteção expressa as transexuais vítimas do crime.

Desse modo, posiciona-se pela necessidade de banimento do uso da tese da legítima defesa da honra em casos de feminicídio no tribunal do júri, defende-se, ainda, que a atuação dos atores que compõe o sistema de justiça criminal brasileiro, aqui destacado, em especial, os defensores públicos, no exercício de suas funções, devem se pautar por padrões éticos de comportamento que contraponham a lógica da plenitude de defesa adotada na prática penal, visto que estas tendem a perpetuar violações aos direitos humanos das vítimas, reforçando, em consequência, a tolerância social a violência de gênero.

## 10. REFERÊNCIAS

---

*A violência doméstica fatal: o problema do feminicídio íntimo no Brasil*. Ministério da Justiça, Brasília. Coordenação: Marta Rodriguez de Assis Machado. Brasília: 2015.

*Atlas da Violência 2018*. Coordenadores: Daniel Cerqueira, Renato Sergio de Lima, Samira Bueno, Cristina Neme, Helder Ferreira, Danilo Coelho,

- Paloma Palmieri Alves, Marina Pinheiro, Roberta Astolfi e David Marques. Estagiários: Milena Reis e Filipe Merian. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=33410&Itemid=432](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=33410&Itemid=432). Acesso em: 03 de maio de 2019.
- BARRETO, Ana Cristina Teixeira. *A defensoria pública como instrumento constitucional de defesa dos direitos da mulher em situação de violência doméstica, familiar e intrafamiliar*. 2007. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Fortaleza, Ceará. Orientadora: Profa. Dra. Ana Maria D'Ávila Lopes. Disponível em: [https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/5412/ANA\\_CRISTINA\\_BARRETO\\_-\\_dissertacao\\_1\\_.pdf](https://www.anadep.org.br/wtksite/cms/conteudo/5412/ANA_CRISTINA_BARRETO_-_dissertacao_1_.pdf). Acesso em: 06 de jun de 2019.
- BARROS, Francisco Dirceu. *Feminicídio: polêmicas na identificação de gênero*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 20, n. 4282, 23 mar. 2015a. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/37145>. Acesso em: 08 de maio de 2019.
- BARSTED, Leila Linhares. *Os direitos humanos na perspectiva de gênero*. I Colóquio de Direitos Humanos. São Paulo, Brasil, 2001. Disponível em: [http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod\\_dados=1116](http://www.clam.org.br/bibliotecadigital/detalhes.asp?cod_dados=1116). Acesso em: 06 de jun de 2019.
- BAKER, Milena Gordon. *A tutela da mulher no direito penal brasileiro: a violência física contra o gênero feminino*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: crimes contra a pessoa*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- BORELLI, Andréa. *Matei por amor: as representações do masculino e do feminino nos crimes passionais*. São Paulo, 1999.
- BRASIL. *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: 03 de maio de 2019.
- BRASIL. *Lei Complementar nº 80*, de 12 de janeiro de 1994. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LCP/Lcp80.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp80.htm). Acesso em: 03 de maio de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 11.340*, de 07 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a

- Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Brasília, 2006. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm). Acesso em: 03 de maio de 2019.
- BRASIL. *Lei nº 13.104*, de 9 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. Brasília, 2015. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/lei/L13104.htm). Acesso em: 03 de maio de 2019.
- BRASIL. *Projeto de Lei do Senado (PLS) 191/2017*, aprovado pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ) do Senado Nacional, em 22 de maio de 2019, através do qual amplia o alcance de proteção da Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), passando a incluir em seu rol as mulheres transgênero e transexuais. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/05/22/mulheres-transgenero-e-transexuais-poderao-ter-protECAo-da-lei-maria-da-penha-aprova-ccj>. Acesso em 03 de jun de 2019.
- CALDAS, Thais Santos. *O feminicídio à luz do princípio da igualdade*. 2016. Monografia. (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Bahia. Orientador: Prof. Dr. Fábio Roque da Silva Araújo.
- COMISSÃO PARLAMENTAR MISTA DE INQUÉRITO. “Com a finalidade de investigar a situação da violência contra a mulher no Brasil e apurar denúncias de omissão por parte do poder público com relação à aplicação de instrumentos instituídos em lei para proteger as mulheres em situação de violência”. Relatório Final. Brasília, 2013. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=130748&>. Acesso em: 05 de maio de 2019.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.
- COSTA, Marília Ferruzi. MACHADO, Isadora Vier. *Lei do Feminicídio e mulheres trans: diálogos entre a instabilidade da categoria “mulher” e o discurso jurídico*. 2017.
- COSTA, Renata Tavares. *Os direitos humanos como limite ético na defesa dos acusados de feminicídio no Tribunal do Júri*. In: XII Congresso Nacional de Defensores Públicos. Livro de teses e práticas exitosas. Curitiba, 2015, p. 203.
- DAVIS, Angela. *Mulheres, raça e classe*; tradução Heci Regina Candiani. – 1. Ed. – São Paulo: Boitempo, 2016, p. 24-25.

- Diretrizes Nacionais para Investigar, Processar e Julgar com Perspectiva de Gênero as Mortes Violentas de Mulheres* (ONU Mulheres, 2016). Disponível em: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes\\_para\\_investigar\\_processar\\_e\\_julgar\\_com\\_perspectiva\\_de\\_genero\\_as\\_mortes\\_violentas\\_de\\_mulheres.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/diretrizes_para_investigar_processar_e_julgar_com_perspectiva_de_genero_as_mortes_violentas_de_mulheres.pdf). Acesso em: 03 de maio de 2019.
- ELUF, Luiza Nagib. *A paixão no banco dos réus*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FILHO, Fernando da Costa Tourinho. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.
- FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *O feminicídio e os embates das trincheiras feministas*. DISCURSOS SEDICIOSOS (RIO DE JANEIRO), p. 95-106, 2016.
- Lei Maria da Penha: entre os anseios da resistência e as posturas da militância*. In: Ana Luiza Pinheiro Flauzina; Felipe da Silva Freitas. (Org.). *Discursos negros: legislação penal, política criminal e racismo*. 1ed. Brasília: Brado Negro, 2015, v. 1, p. 115-144.
- FRANCO, Glauce. *Lineamentos Preliminares e Subsídios para Reflexão. I Relatório Nacional de Atuação em prol de Pessoas e/ou Grupos em Condição de Vulnerabilidade*. Org., Glauce Franco, Patrícia Magno- Brasília: Anadep, 2012.
- FREITAS, Felipe da Silva. *Desafios éticos da pesquisa empírica em direito: racismo e sexismo em debate VII Encontro de Pesquisa Empírica em Direito – Pesquisa empírica em direito: porquê? Para quê? Para quem?* Feira de Santana: Academia.edu, 2017. Disponível em: [https://www.academia.edu/35328331/VII\\_Encontro\\_de\\_Pesquisa\\_Empírica\\_em\\_Direito\\_Pesquisa\\_empírica\\_em\\_direito\\_porquê\\_Para\\_quê\\_Para\\_quem](https://www.academia.edu/35328331/VII_Encontro_de_Pesquisa_Empírica_em_Direito_Pesquisa_empírica_em_direito_porquê_Para_quê_Para_quem). Acesso em: 08 de maio de 2019.
- FUNDAÇÃO PERSEU ÁBRAMO. *Mulheres brasileiras e gênero nos espaços público e privado*. [S.l.], 2010. Disponível em: [http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra\\_0.pdf](http://novo.fpabramo.org.br/sites/default/files/pesquisaintegra_0.pdf). Acesso em: 04 de maio de 2019.
- GONZALES, Lélia. *Racismo e Sexismo na Cultura Brasileira*. In: Revista Ciências Sociais Hoje, Anpocs, 1984, p. 232.
- GRECO, Rogério. *Feminicídio: Comentários sobre a Lei nº 13.104, de 9 de março de 2015*. [S.l.], 2015. Disponível em: <http://www.rogeriogreco.com.br/?p=2906>. Acesso em: 07 de maio de 2019.
- HUNT, Lynn. *A invenção dos direitos humanos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.
- INSTITUTO PATRÍCIA GALVÃO. *Dossiê Violência Contra as Mulheres: Feminicídio*. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.agenciapatriciagalvao.org.br/dossie/violencias/feminicidio/>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

- JELIN, Elizabeth. *Mulheres e Direitos Humanos*. 1993. *Estudos Feministas*. N<sup>o</sup> 1/94. Ano 2. 1<sup>o</sup> semestre. Lima, Peru.
- JESUS, Jaqueline Gomes de. *Orientações obre identidade de gênero: conceitos e termos*. Disponível em: [https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES\\_POPULA%C3%87%C3%83\\_TRANS.pdf?1334065989](https://www.sertao.ufg.br/up/16/o/ORIENTA%C3%87%C3%95ES_POPULA%C3%87%C3%83_TRANS.pdf?1334065989). Acesso em: 07 de maio de 2019.
- LERNER, Gerda. *La Creación Del Patriarcado*. Editorial Crítica, 1985, p., 318.
- Mapa da Violência 2015. Coordenação: Julio Jacobo Waiselfisz. Disponível em: <https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/mapaViolencia2015.pdf>. Acesso em 04 de maio de 2019.
- MATO GROSSO DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul. Apelação Criminal n<sup>o</sup> 1999/0011536-8. Segunda Turma Criminal. Julgado em 19 de abr de 1999. Disponível em: <https://esaj.tjms.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>. Acesso em: 10 de maio de 2019.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Direito Penal*. 12<sup>a</sup> edição. 2016. São Paulo: Forense.
- Manual de Processo Penal e Execução Penal*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- Princípios Constitucionais Penais e Processuais Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PAIVA, Caio. *Defensor público pode ser proibido de sustentar alguma tese?*. 2015. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 13 de maio de 2019.
- PANDJIARIJAN, Valeria; BELLOQUE, Juliana. *“Legítima Defesa da Honra” – Illegítima impunidade de assassinos: Um estudo crítico da legislação e jurisprudência da América Latina*. In.: CADERNOS PAGU, Campinas, p. 65-134. 2006. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal\\_legitimadefesadahonra2006.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/07/SILVIAPIMENTELetal_legitimadefesadahonra2006.pdf). Acesso em: 03 jun. 2019.
- PARENTONI, Roberto Bartolomei. Disponível em: <http://www.idecrim.com.br/index.php/artigos/57-tribunal-do-juri>. Acesso em :20 de maio de 2019.
- PASINATO, Wânia. *“Femicídios” e as mortes de mulheres no Brasil*. In.: CADERNOS PAGU. Campinas, n.37, p.219-246, Jul./Dez. 2011. Disponível em: [http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/04/PASINATO\\_Femicidios2011.pdf](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2014/04/PASINATO_Femicidios2011.pdf). Acesso em: 06 de maio de 2019.
- PERELMAN, Chaim. *Tratado da argumentação: A nova retórica*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.p. 21- 22.
- Ética e direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 201-203.

- PIOVESAN, Flávia. *A proteção internacional dos direitos humanos das mulheres*. In.: REVISTA EMERJ, Rio de Janeiro, v. 15, n. 57 (Edição Especial), jan.-p. 70-89, mar. 2012. Disponível em: <http://www.escoladegoverno.org.br/attach>. Acesso em 05 de maio de 2019.
- PIRES, Amom Albernaz. *O Femicídio no Código Penal Brasileiro: da nomeação feminista às práticas jurídicas no plenário do júri?*. 2018. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de Brasília – UNB, Brasília. Orientadora: Profa. Dra. la Wiecko Volkmer de Castilho. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/handle/10482/32575>. Acesso em: 05 maio de 2019.
- PUREZA, Diego Luiz Victório. *O transexual como vítima do feminicídio*. [S.l.], 2015. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/42981/o-transexual-como-vitima-do-femicidio>. Acesso em: 08 de maio de 2019.
- RIBEIRO, Dominique de Paula. *Violência contra a mulher: Aspectos gerais e questões práticas da Lei nº 11.340/2006*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- RODRIGUES, Rodolpho Penna Lima. *A Defensoria Pública e atuação no júri. Limites da ética, consciência e Lei*. Disponível em: <http://conteudojuridico.com.br/artigo,a-defensoria-publica-e-atuacao-no-juri-limites-da-etica-consciencia-e-lei,55709.html>. Acesso em: 06 de jun de 2019.
- SAFFIOTI, Heleieth. *Gênero, patriarcado, violência*. São Paulo: Expressão Popular.
- SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade*. In: Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2003.
- Pela mão de Alice: o social e o político nos pós modernidade*. 9ed. São Paulo: Cortez, 2003
- SEN, Amartya. *A ideia de justiça*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Filosofia do Direito: Teoria da Justiça e Ética do Discurso no Cenário do Feminismo. *Revista A Barriguda*, Campina Grande, maio/ago. 2016, p.194-217.
- SOUSA, Iane Andrade. *A INFLUÊNCIA DA MÍDIA NO TRIBUNAL DO JÚRI: A influência da mídia no tribunal do júri frente à presunção de inocência e à dignidade da pessoa humana*. 2015. Monografia (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe. Orientador: Prof. Rivaldo Salvino do Nascimento Filho.
- SOUZA, Lucas Sá. Tribunal do Júri, plenitude de defesa e a escolha das consciências. *Tribuna Virtual* – Ano 01 – Edição nº 05– Junho de 2013, p. 65-68.

ZAPATER, Maíra. *"Ah, mas ela mereceu!" Vale tudo na defesa do Juri?*. 2015. Disponível em: <http://justificando.com/2015/11/06/ah-mas-ela-mereceu-vale-tudo-na-defesa-no-juri/>. Acesso em: 20 de maio de 2019.

WERNECK, Jurema. *Por que morrem as mulheres*. Disponível em: <https://dossies.agenciapatriciagalvao.org.br/feminicidio/capitulos/como-e-por-que-morrem-as-mulheres/>. Acesso em: 07 de maio de 2019.

## Capítulo X

# Os impactos da Lei de Responsabilidade e os cortes orçamentários no enfrentamento da crise fiscal na perspectiva do sistema autopoietico de Teubner e Luhmann

*Fagner Vasconcelos Fraga\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Dos direitos e garantias fundamentais no que tange às normas orçamentárias descritas na lei de responsabilidade fiscal; 3. O direito ao desenvolvimento social no âmbito internacional; 4. O direito fundamental ao desenvolvimento social no âmbito nacional e sua disposição na Constituição de 1988; 5. Da reflexão sobre o sistema autopoietico e a verificação da Lei de Responsabilidade Fiscal como subsistema; 6. Planejamento de gastos públicos e crise fiscal; 7. Considerações finais; 8. Referências bibliográfica.

## 1. INTRODUÇÃO

---

A partir da década de 1980, o Brasil foi marcado por grandes desequilíbrios financeiro, uma vez que, sem o controle da inflação, eram recorrentes os aumentos das taxas de juros, que consequentemente acarretavam o aumento da dívida externa e a desestabilidade do país. Com isso, foi instituída, em 4 de maio de 2000, a Lei Complementar n. 101, conhecida publicamente como a Lei de Responsabilidade Fiscal.

Neste íterim, o presente artigo acadêmico tem como objetivo geral analisar os impactos da Lei de Responsabilidade Fiscal e dos cortes orçamentários no enfrentamento à crise fiscal na perspectiva

---

(\*) Doutorando pela Universidade Federal da Bahia. Professor de Direito da Ucsal. Pós-graduado em Auditoria Fiscal (UNEB-2008) e Direito Eleitoral (Unibahia-2012). Mestre em Políticas Sociais e Cidadania pela Ucsal.

do sistema autopoietico de Teubner e Luhmann. A escolha pelo olhar da autopoiese, vem da constatação da complexidade do atual estágio evolutivo da sociedade que não mais permite enxergar, como outrora foi possível, o estado gregário de forma unitária e harmoniosa. Porquanto um direito simples e relativamente concreto é algo do passado.

Assim, um sistema autopoietico do jurídico é aquele que, a partir de suas próprias estruturas, se reproduz e se desenvolve, mas jamais poderá suprimir a si próprio (LUHMANN, 1980). Portanto, a implementação da Lei de Responsabilidade Fiscal, apesar de suas peculiaridades surge como um subsistema social próprio, porém não substitui o os direitos e garantias fundamentais instituídos no sistema maior que é Carta Magna de 1988.

Vale frisar, que o constituinte de 1988 ao estabelecer a Dignidade da Pessoa Humana como valor constitucional supremo, reuniu em torno deste princípio os direitos e garantias fundamentais do homem expressos na Constituição da República (CR/88). Envolvendo assim, os direitos individuais, os direitos sociais, os direitos econômicos, os direitos educacionais e todas as formas de liberdades, buscando-se obter justiça social.

Em relação à metodologia o autor se valeu de análise, compreensão e descrição, a partir da doutrina, recorrendo a revisão bibliográfica para a fundamentação da revisão da literatura. Ademais, o trabalho será beneficiado dos pressupostos da pesquisa qualitativa, que pode ser entendida, em linhas gerais, como uma abordagem em que se procura compreender um determinado fenômeno em profundidade. Nesse tipo de pesquisa, não se trabalha com estatísticas e regras rígidas, mas realizando descrições, análises e interpretações de caráter subjetivo. Dessa forma, a pesquisa qualitativa caracteriza-se por ser mais participativa e menos controlável, levando-se em consideração que os elementos participantes podem orientar os caminhos que esta toma mediante suas interações com o pesquisador.

Na investigação qualitativa, trabalha-se com opiniões, representações, posicionamentos, crenças e atitudes, utilizando-se procedimentos de cunho racional e intuitivo para melhor compreender a

complexidade dos fenômenos individuais e coletivos. Dessa maneira, se caracteriza como uma abordagem de alto grau de complexidade, pois aprofunda as interpretações com o intuito de decifrar seus significados.

No que se refere a divisão do trabalho, no primeiro capítulo será analisada os direitos e garantias fundamentais no que tange às normas orçamentárias descritas na Lei de Responsabilidade Fiscal, no segundo capítulo será trazida a reflexão sobre o sistema autopoietico. No terceiro capítulo será analisado o planejamento dos gastos públicos e a crise do sistema orçamentário.

## **2. DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS NO QUE TANGE ÀS NORMAS ORÇAMENTÁRIAS DESCRITAS NA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL**

---

A Lei de Responsabilidade Fiscal, como o próprio nome já diz, baseia-se na responsabilidade com o dinheiro público oriundo dos cidadãos, que cumprem com suas responsabilidades e obrigações em relação às arrecadações obtidas pelos órgãos públicos, que automaticamente passam a compor seus cofres. Com isso, a Lei trouxe uma série de novos desafios aos gestores públicos do Brasil. Dentre os princípios da Lei estão o respeito aos direitos e garantias fundamentais devido a importância da participação da sociedade.

Depreende-se que todo o ordenamento jurídico tenha o princípio da dignidade humana como norteador de todos os ramos do Direito e que tenha o homem como centro, fundamento e o fim das sociedades contemporâneas, reconhecendo que é o Estado que existe em função da pessoa humana. Coadunando com esse entendimento Ingo Sarlet (SARLET, 2010, p. 127) enfatiza que

[...] a concretização do programa normativo do princípio da dignidade humana incube aos órgãos estatais, especialmente, contudo, ao legislador, encarregado de edificar uma ordem jurídica que atenda às exigências do princípio. Em outras palavras – aqui considerando a dignidade como tarefa –, o princípio da dignidade humana impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem

e removam toda sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viverem com dignidade. [...]

Entretanto, Sarlet em outro trabalho enfatiza a importância de esclarecer acerca da diferença existente entre os termos “direitos humanos e “direitos fundamentais”, uma vez que de forma contumaz são utilizados como sinônimos fossem asseverando que

[...] Em que pese os dois termos (“direitos humanos” e “direitos fundamentais”) sejam comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado (como é o caso, dentre tantos, de José Joaquim Gomes Canotilho) ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter internacional (Jorge Miranda). Mas também tal definição não é a única disponível, seja para direitos fundamentais, seja para o caso dos direitos humanos[...].” (SARLET, 2015)

Dessa forma, observa-se entre os doutrinadores a dificuldade de se conceituar precisamente tais direitos devido as suas transformações e ampliações ao longo da história, pois é cediço que o Direito tende a modificar-se conforme os momentos históricos e necessidades de regulamentações das relações intersubjetivas. Portanto, comumente são vistas várias expressões empregadas, tais como: direitos naturais, direitos do homem, direitos individuais etc.

Contudo, José Afonso (ibidem, p. 178) afirma que a expressão direitos fundamentais do homem consiste na expressão mais adequada, pois ela se refere a um princípio que resume uma concepção universal, informando uma ideologia política inerente a cada ordenamento jurídico cuja função é reservada a garantir que todas as pessoas possam viver livres, de forma digna e igualitária. Assim, aduz que

[...] No qualificativo fundamentais acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive;

fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana. Direitos fundamentais do homem significa direitos fundamentais da pessoa humana ou direitos fundamentais. É com esse conteúdo que a expressão direitos fundamental encabeça o Título II da Constituição, que se completa como direitos fundamentais da pessoa humana, expressamente, no art. 17. [...]

Reza o artigo 17 da Constituição: “É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos fundamentais da pessoa humana”. O que se entende ser essa a vontade do legislador ao se referir aos direitos fundamentais.

No que tange aos direitos e garantias fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição cabe aqui atenção especial ao direito ao desenvolvimento, haja vista está previsto em documentos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário, outrossim está previsto em várias passagens na Carta Magna.

Destarte, o Brasil subscrevera a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento da ONU, o qual prevê no seu artigo 1º:

§ 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.

O Brasil também é um dos signatários da Declaração de Viena de 1993, onde ratifica o direito ao desenvolvimento de acordo com o estabelecido na Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, direito universal e inalienável e parte integrante dos Direitos humanos fundamentais.

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 que se evidenciam os avanços no reconhecimento e efetividade dos direitos fundamentais.

O processo de aquisição e positivação dos direitos fundamentais geralmente é relacionado a um desenvolvimento gradativo, cumulativo de direitos, cronológico e linear, representado por diversas “gerações” ou “dimensões” correspondentes à evolução do pensamento político e institucional no âmbito da teoria do Estado e da Constituição. (FUHRMANN, 2013)

Porém mais do que o entendimento dos direitos fundamentais enquanto processo histórico, maior preocupação com a efetividade dos direitos sociais.

Neste interim, eis que Bobbio manifesta o seguinte:

Afirmar, no início, que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los, não basta proclamá-los. Falei até agora somente das várias enunciações, mais ou menos articuladas. O problema real que temos que enfrentar, contudo, é o mais alto é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos. É inútil dizer que nos encontramos aqui numa estrada pela qual trafegam, na maioria dos casos, dois tipos de caminhantes, os que enxergam com clareza mas tem os pés presos, e os que poderiam ter os pés livres mas tem os olhos vendados. Parece-me, antes de mais nada, que é preciso distinguir duas ordens de dificuldades: uma de natureza mais propriamente jurídico-política, outra substancial, ou seja, inerente ao conteúdo dos direitos em pauta (BOBBIO, 2011)

A partir da relação existente entre mercado e Estado, torna-se relevante discutir a efetivação de direitos sociais pelo Estado, responsável pelo provimento de condições materiais, através de políticas públicas, para melhor distribuição através dos benefícios gerados.

Dirley da Cunha Jr. Assevera que o respeito e efetivação destes direitos são termômetros para aferir o estágio de democracia que se encontra um Estado Democrático de Direito, assim manifestado

É inegável que o grau de democracia em um país mede-se precisamente pela expansão dos direitos fundamentais e por sua afirmação em juízo. Desse modo, pode-se dizer que os direitos

humanos fundamentais servem de parâmetro de aferição do grau de democracia de uma sociedade (CUNHA JUNIOR, 2014)

O direito ao desenvolvimento é reconhecido no plano internacional dos direitos fundamentais e também deve ser reconhecido no plano interno de cada Estado, o que merece tratamento no âmbito constitucional.

Sendo assim, a discussão a ser travada envolve os contornos do desenvolvimento e as possibilidades de intervenção do Estado através de políticas públicas para promoção e efetivação dos direitos sociais.

Em virtude desse processo de constante adaptação que deve promover e ao qual deve se submeter, e a partir da noção de que o Estado contemporâneo há de assumir concomitantemente a posição de agente transformador e paciente transformado, revela-se extremamente difícil identificar um modelo estatal específico e unificador de todas as organizações políticas desse início de século (OLIVEIRA, 2013)

De notar, que o Estado do Bem-Estar Social é caracterizado por intervir no âmbito econômico o que traz relação direta com a promoção de desenvolvimento econômico e social.

O desenvolvimento contém em si a ideia de bem-estar social, o que implica reconhecer não só o papel do Estado como principal agente e promotor do desenvolvimento, a ser alcançado por meio de um adequado planejamento, mas também a existência de um caráter ideológico do desenvolvimento e das suas políticas. (ANJOS, p. 27, 2013)

Quanto ao início da inter-relação entre direito e desenvolvimento, a contextualização trazida por Carolina Boher em obra organizada por Dimoulis, remete-nos:

As primeiras tentativas acadêmicas e políticas de relacionar direito e desenvolvimento no Pós-Guerra podem ser identificadas já no fim dos anos 1940, no período de reconstrução e da onda de independências das colônias europeias na África e Ásia. Havia uma presunção de que a ordem jurídica poderia ser usada como mecanismo para mudança, e os processos jurídicos existentes nos PEDs poderiam ser mudados para passarem a promover o desenvolvimento econômico. A teoria da modernização

era inerente a essa visão, e segundo Barral os proponentes desse movimento viam a reforma jurídica como um esforço para acelerar as forças da história. (BOHER, 2011, p. 175)

Cumprе observar, que apesar de não existir previsão expressa quanto terminologia do direito fundamental ao desenvolvimento, a Constituição Federal de 1988 consagra este direito.

Neste sentido, assevera o doutrinador Robério Nunes dos Anjos Filho que além da existência de direitos fundamentais expresso, cumpre salientar que em razão do princípio da não taxatividade do rol constitucional, os direitos e garantias explícitos não excluem garantias e direitos fundamentais implícitos:

[...] nesse ponto, embora a nossa Constituição não o mencione com todas as letras, ao contrário, por exemplo, da constituição portuguesa, é possível afirmar que o direito ao desenvolvimento tem abrigo no direito constitucional brasileiro. Em outras palavras, à luz da atual Constituição da República Federativa do Brasil é possível concluir que o direito ao desenvolvimento é um direito fundamental que integra o nosso ordenamento jurídico-positivo. (p. 267, ANJOS FILHO)

O direito ao desenvolvimento afirmou-se na doutrina internacional enquanto direito fundamental da terceira dimensão, assentado nos objetivos constitucionais. Os tratados internacionais, àqueles que o Brasil é signatário também consideram o direito humano ao desenvolvimento como direito fundamental, sobretudo pela vinculação expressa ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Torna-se, então, necessário recorrer à evolução histórica do direito ao desenvolvimento com objetivo de contextualização acerca do papel do Estado no fomento, promoção e garantia do desenvolvimento entendido como integrante da categoria de direito fundamental.

### **3. O DIREITO AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL**

---

O direito ao desenvolvimento origina-se após a Segunda Guerra Mundial, sobretudo influenciado pela Teoria da Modernização de Walt Whitman Rostow, cuja ideia era de fomentar o desenvolvimento

de países subdesenvolvidos, recorrendo ao mesmo processo de evolução de países desenvolvidos.

Neste contexto, o Direito serviria como instrumento de desenvolvimento e assim nos anos 60 houve aumento de participação de países de terceiro mundo na Assembleia Geral da ONU que resultou na aprovação da Resolução de número 1.514/1960, a Declaração sobre a Concessão da Independência aos Países e Povos Coloniais) e da Resolução de número 1710/1960, o Programa de Cooperação Econômica Internacional.

Nesta mesma década ocorreu a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento que possibilitou uma busca por um conceito de desenvolvimento.

Karel Vasak desenvolve no fim da década dos anos 70 a teoria das gerações dos direitos fundamentais, e no plano da evolução, ou, ao nosso sentir, dos ciclos dos direitos fundamentais, haja vista não existir sobreposição, mas persistir a ideia de complementariedade, compondo e caracterizando os direitos de terceira dimensão, o direito ao desenvolvimento, justamente em decorrência da titularidade difusa e coletiva.

Neste caminho percorrido, sobretudo utilizando os marcos acima citados das Declarações e teorias, o desenvolvimento passa a ganhar contorno de direito pertencente não só a todas as nações, mas sobretudo enquanto direito do indivíduo, associado ao desenvolvimento humano.

Nota-se, portanto, uma nova concepção do direito ao desenvolvimento e não mais restrita à ideia de crescimento econômico e das relações com o mercado.

A internacionalização do direito ao desenvolvimento tem como marco histórico a Segunda Guerra Mundial, mais especificamente em decorrências no pós-guerra decorrente do terrível legado.

Neste cenário os direitos humanos surgem na pauta através da Carta das Nações Unidas em 1945 e posteriormente com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos do Humanos em 1948.

Em sequência no que atine a positivação do direito ao desenvolvimento no cenário internacional, contextualiza, assim, Adriano Oliveira

O primeiro documento a fazer expressa menção ao tema, no âmbito da Organização das Nações Unidas, foi a resolução n. 4, de 21 de fevereiro de 1977, que pela primeira vez, de forma oficial reconheceu da Comissão de Direitos Humanos, em 1979, ratificou esse entendimento com a Resolução n. 5, ao afirmar que o “direito ao desenvolvimento é um direito humano e que a igualdade de oportunidades é uma prerrogativa tanto das nações como dos indivíduos que formem as nações (p. 35, OLIVEIRA, 2014)

Em sequência, o ano de 1982 foi muito relevante no que tange a positivação do direito ao desenvolvimento no âmbito internacional, pois neste ano a resolução de n. 37/199 reconhece na condição de direito humano inalienável em Assembleia Geral da ONU e também a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos vem a dispor sobre desenvolvimento econômico, social e cultural.

O que impulsionou quatro após o surgimento do grande marco do direito ao desenvolvimento, a Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento pela Assembleia Geral das Nações Unidas.

Assim, quanto à sua implementação no plano internacional prevalece que a cooperação “deve ser o meio para se resolverem os problemas internacionais de caráter econômico, social cultural ou humanitário, assim como promover e incentivar o respeito aos direitos humanos e liberdades fundamentais”. (OLIVEIRA, 2014)

A Declaração de Viena de 1993, expressa em seu art. 10º. que o direito ao desenvolvimento é “um direito humano universal e inalienável e parte integrante dos direitos humanos fundamentais”.

No plano nacional “ao Estado incumbe o dever de elaborar políticas nacionais adequadas para o desenvolvimento, assim como eliminar as barreiras existentes para sua efetivação”. (OLIVEIRA, 2014).

#### **4. O DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SOCIAL NO ÂMBITO NACIONAL E SUA DISPOSIÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

---

O Brasil desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 tem avançado no âmbito interno na institucionalização de direitos humanos em seu ordenamento jurídico, sobretudo em comunicação com importantes Tratados Internacionais que versam sobre tutela dos direitos humanos.

Nesta seara, houve ratificação de Tratados Internacionais de direitos humanos que versam sobre o direito ao desenvolvimento.

Os objetivos propostos na atual Constituição Federal são: construir uma sociedade livre, justa e solidária; erradicar a pobreza e a marginalização; reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem-estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor e quaisquer outras formas de discriminação; e, principalmente, garantir o Desenvolvimento nacional.

Assim, o direito fundamental ao desenvolvimento é importante vetor para o avanço da humanidade pois visa redução de desigualdades fundada em uma sociedade livre, justa e solidária.

(...) a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos do Estado Brasileiro, e, dessa forma, deve ser observada e guardada não só no plano jurídico, pela própria Constituição e pelas demais normas do direito positivo, mas, também, na esfera governamental e no agir individual e coletivo de todos aqueles que compõem a dimensão humana do Estado. (p. 271, ANJOS FILHO)

Assim, os objetivos fundamentais estão adstritos à dignidade da pessoa humana, pois esta assegura e lastreia a concepção moderna e constitucional de desenvolvimento.

O preâmbulo da Constituição Federal Brasileira estabelece que o Estado Democrático de Direito possui como finalidade assegurar o desenvolvimento enquanto valor supremo da sociedade.

Adriano Oliveira exorta a exata extensão da categoria direito ao desenvolvimento e sua relação com os demais direitos, assim exposto:

O direito ao desenvolvimento consiste então em uma síntese dos direitos fundamentais, na exata medida que aglutina a possibilidade de o ser humano realizar integralmente suas potencialidades. Nesse sentido, pode-se afirmar que o direito ao desenvolvimento unifica todos os direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais em um conjunto de direitos humanos indivisíveis e interdependentes. (p.44, OLIVEIRA, 2014).

Cumprir registrar a concepção trazida acerca do desenvolvimento de Celso Furtado:

A reflexão sobre desenvolvimento, no período subsequente à Segunda Guerra Mundial, teve como causa principal a tomada de consciência do atraso econômico em que vive a grande maioria da humanidade. Indicadores mais específicos, tais como a mortalidade infantil, a incidência de enfermidades contagiosas, o grau de alfabetização e outros logo foram lembrados, o que contribuiu para amalgamar as ideias de desenvolvimento, bem-estar social, modernização, enfim tudo que sugeria acesso às formas de vida criadas pela civilização industrial. (FURTADO, 1980, p. 20).

Como bem assinalado por Fabio Benfatti, a força normativa do Direito tem maior relevância na influência no encurtamento do ser e do dever ser constitucional, para além de demais elementos não constantes no Ordenamento:

A Constituição Federal é garantista, dirigente, possui força normativa e materialmente detêm os instrumentos necessários à sua efetivação. Contudo, outros elementos extrajurídicos não permitem a efetivação constitucional, como por exemplo, a política de juros praticada pelo Poder Executivo, a própria estrutura social nacional e a modernidade tardia do Brasil com suas promessas irrealizáveis. (BENFATTI, 2014, p. 124).

Nesta esteira, identifica-se o trilhar da categoria desenvolvimento também associada ao atendimento das necessidades humanas e não mais exclusivamente associada à categoria econômica.

Assume, assim, o Direito papel regulador de bens jurídicos protegidos e das formas para o alcance do desenvolvimento, implementação das políticas públicas. Não obstante, não há afastar o papel do Estado de atuar para consecução do desenvolvimento, sem

dissociar-se do desenvolvimento do homem, sendo mecanismo de maximização de liberdades e potencialidades do indivíduo.

Sendo assim, uma vez erigido a direito fundamental pela Constituição Federal de 1988, torna-se cogente a efetivação de direitos sociais, culturais e econômicos previstos, sendo atrelada ao Estado responsabilidade de recorrer às já existentes, bem como novas instituições governamentais para criação e aplicação de políticas públicas direcionadas à concretização do direito ao desenvolvimento.

É possível afirmar, portanto, que há um dever do Estado de atuar no sentido de promoção das medidas voltadas a assegurar o desenvolvimento nacional (...) a atuação do Estado deve se pautar por um planejamento abrangente e o desenvolvimento nacional deve ser considerado a principal política pública, com a qual todas as demais devem se harmonizar e conformar. Ajunta, ainda, que o art. 3 serve como fundamento à reivindicação de um direito à formulação de políticas dirigidas à concretização do programa constitucional (p. 270, ANJOS FILHO)

Ao aludir ao desenvolvimento econômico, não se pode afastar do papel de destaque do princípio redistributivo das riquezas, o que também em uma outra discussão que poderia ser travada em outra oportunidade acerca do federalismo brasileiro e as desigualdades regionais, asseverando desta forma

[...] importante foi a iniciativa do constituinte originário em dotar o texto constitucional de mecanismos de equalização de desigualdades regionais impedindo a manutenção de regiões em flagrante desnível em relação a outras do país e permitindo políticas públicas orientadas para um processo de desisonomia seletiva, isto é, conferindo tratamento diferenciado a determinadas regiões ou determinadas atividades econômicas como meio de promover o desenvolvimento mais equilibrado possível (p. 52, ARAÚJO)

Por fim, cumpre recorrer a concepção de Celso Furtado ao asseverar que “só o desenvolvimento propriamente dito é capaz de fazer do homem um elemento de transformação, passível de agir tanto sobre a sociedade como sobre si mesmo, e de realizar suas potencialidades.

Destarte, o direito fundamental ao desenvolvimento é reconhecido pela CR/88 por meio de várias normas a saber:

- No artigo 3º, II o qual disciplina que é um dos objetivos fundamentais do Brasil garantir o desenvolvimento nacional;
- No artigo 5º, XXIX, que busca assegurar o desenvolvimento econômico e social do país;
- No artigo 21, IX que institui a União como a responsável em promover o desenvolvimento econômico e social da nação.

Ressaltando-se que no seu preâmbulo a CR/88 enuncia que o Estado democrático brasileiro está compromissado, dentre outros fins, a assegurar o desenvolvimento da sociedade brasileira.

As sim, o desenvolvimento social é um direito constitucional de caráter fundamental, de forma que deve nortear toda a interpretação das demais normas constitucionais e legais, principalmente no que tange às normas orçamentárias descritas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/00), que trazem nos seus dispositivos vários entraves que dificultam a repartição de receitas públicas entre os entes da federação, o atendimento das necessidades sociais e a efetividade desse direito por meio dos atos dos gestores públicos.

De notar, que política pública vai além do conteúdo normativo ou mera previsão em lei, demanda a efetiva implementação e Fernando Borges Mânica expressa

No exame da questão acerca da definição de políticas públicas e da escolha das prioridades orçamentárias, a doutrina tende a defender a não discricionária do administrador, tanto no momento da elaboração das leis orçamentárias, cuja iniciativa no Brasil é privativa do Poder Executivo, quanto no momento da execução do orçamento. Por conviver com o confronto e a individualização de interesses variados e concorrentes, a definição das políticas públicas e a previsão e execução orçamentária materializam, por meio da avaliação da conveniência e da oportunidade, escolhas a serem tomadas pelo administrador público. Afinal, trata-se da alocação de recursos escassos ante as diversas necessidades públicas e possibilidades políticas. (MANICA, 2011)

Contemporaneamente, evidente é a priorização da tutela dos direitos humanos, sobretudo diante do modelo atual de Estado Constitucional que enseja como maior forma expressão de preservação do objetivo maior que é a garantia da dignidade da pessoa humana, conjunto de ações governamentais voltadas à proteção dos direitos fundamentais.

A proteção dos referidos direitos e, por via de consequência, sua efetivação, carecem de recursos para que sejam efetivadas. Diante do Estado de Providência, necessária é a intervenção pública de cunho prestacional, eis que positivada na Constituição, ainda que o caráter seja programático.

Dessa forma, como defende o então Ministro Gilmar Mendes (MENDES, 2015, p. ), faz-se necessário se buscar a implementação de ações e medidas de ordem política e jurídica, uma vez que os direitos sociais são direitos fundamentais que dependem para a sua realização de providências estatais com o desiderato à criação e conformação de órgãos e procedimentos que são indispensáveis à sua efetivação. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal (STF) defende que a prioridade do orçamento público é custear os direitos fundamentais.

## **5. DA REFLEXÃO SOBRE O SISTEMA AUTOPOIÉTICO E A VERIFICAÇÃO DA LEI DE RESPONSABILIDADE FISCAL COMO SUBSISTEMA**

---

O direito nasceu com o intuito de resolver conflitos. Apesar de ser esse o seu papel principal, ele não é o único, pois o direito é erguido no conflito e vive do conflito. O direito, além de solucionar esses conflitos, deve ser capaz de prevê-los. Desse modo, o direito não apenas pacifica conflitos como também os cria mediante suas estruturas internas no processo de *autopoiesis*. O direito como sistema autopoietico transforma a realidade ao mesmo tempo que transforma a si mesmo, no labor pré-determinado de suas estruturas internas. Não há nenhuma determinação estrutural que provenha de fora. Somente o direito pode dizer o que é direito (TEUBNER, 1993).

Neste sentido:

A primeira interpretação da história narrada, que salienta o carácter de indeterminação do direito, poder-se-ia assim resumir em que o direito positivo é um direito auto-produzido, não apenas no sentido de que é produto do homem, mas sobretudo no sentido de que é produto do próprio direito.

Uma segunda interpretação salientaria antes a relação entre a auto-referência do Direito e a sua *imprevisibilidade*. O ideal da certeza e segurança jurídica, que repousa no postulado da previsibilidade da aplicação do direito aos casos concretos da vida, seria incompatível com essa sua característica de auto-referência – o mesmo sucedendo com o ideal científico da determinabilidade do direito, independentemente mesmo da questão de saber se tal determinabilidade seria obtida através de amplas análises de causalidade defendidas pela escola sociológica, ou nos estreitos horizontes propostos pela escola do realismo jurídico (TEUBNER, 1993).

Neste sentido, conforme o autor em epígrafe, o Direito dever ser entendido como um sistema de sentido auto-reprodutivo e, atenta a dependência das operações jurídicas dos seus próprios elementos sistêmicos internos, sendo primeiramente, sinteticamente determinado, analiticamente indeterminável, e valendo frisar, que é extremamente dependente do passado. Porém, a indeterminação do direito aparece assim diretamente relacionada com a sua autonomia

Diante desta conceituação, a Lei de Responsabilidade Fiscal não substituiu e nem revogou a Lei nº 4.320/64, vigente no país há mais de 40 anos. Seus objetivos são distintos. A Lei nº 4.320/64 estabelece as normas gerais para a elaboração e o controle dos orçamentos, contabilidade e balanços.

É a partir de suas próprias estruturas que o direito faz o acoplamento estrutural com outros sistemas filtrando e absorvendo aquilo que é necessário para suas estruturas desenvolverem a auto-poiesis. Assim, a Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece normas de finanças públicas voltadas para a gestão fiscal na sua eficiência e na sua eficácia, que veio suprir uma lacuna da Lei nº 4.320/64, pois além de estabelecer normas orientadoras das finanças públicas, instituiu, também, severas punições para aqueles governantes que não

souberem administrar os recursos públicos durante o seu mandato, deixando dívidas para seus sucessores e assumindo compromissos que sabem, de antemão, não poder honrar.

Como dito, esses sistemas são autopoieticos e, por isso, operam em relativa clausura em relação ao ambiente, isso quer dizer que a política não sofre influência da codificação dos outros sistemas (econômicos, morais, religiosos etc.). A Constituição Federal deu à Lei nº 4.320/64 o status subsistema, ou seja, existindo algum dispositivo conflitante entre as duas normas jurídicas, prevalece à vontade da Lei do sistema maior. A Lei atribuiu à Contabilidade Pública novas funções no controle orçamentário e financeiro, garantindo-lhe um caráter mais gerencial.

## **6. PLANEJAMENTO DE GASTOS PÚBLICOS E CRISE FISCAL**

---

O orçamento por programas é uma tentativa de aplicar a economia de escolha à tomada de decisão pública. Sua suposição básica é que a escolha explícita entre cursos alternativos de ação leva a melhores resultados do que outros métodos de tomada de decisão. Nos mais altos níveis governamentais, escolhas difíceis devem ser feitas, envolvendo o uso de uma porção dos recursos da nação. Mas os mesmos princípios se aplicam à tomada de decisões em níveis mais baixos. O problema da alocação de recursos dentro de um campo específico, como saúde ou educação, é conceitualmente semelhante ao enfrentado na elaboração do orçamento nacional.

O orçamento por programas também leva em consideração a dimensão do tempo em muitos programas governamentais. Novos empreendimentos costumam levar tempo para entrar em operação. Um novo programa típico pode ter que passar por uma fase de pesquisa e desenvolvimento e uma fase de investimento ou construção antes de atingir a fase operacional. Programas alternativos podem diferir consideravelmente a esse respeito. O processo de escolha entre alternativas frequentemente envolve negociar o presente contra o futuro. Uma alternativa pode exigir 10 anos antes de produzir resultados; outro pode produzir resultados menores, mas mais rapidamente. Os

tipos de escolhas feitas no governo geralmente envolvem alternativas que não podem ser medidas em termos de valor de mercado. Por essa razão, as decisões governamentais envolvem muito mais incerteza do que a maioria das decisões de negócios.

Um programa governamental deve, portanto, ser frequentemente revisado à luz das circunstâncias que se desdobram. De fato, todos os anos devem ser considerados como o primeiro ano de um novo programa. A incerteza generalizada também requer um alto grau de flexibilidade e capacidade de revisão do programa. Várias opções devem ser mantidas abertas, particularmente na fase de desenvolvimento. Mesmo que isso possa parecer custoso, é menos dispendioso do que o compromisso com um projeto que se revela inadequado devido a circunstâncias que não poderiam ser previstas nos estágios iniciais.

Na maioria dos países, o procedimento usual para decidir sobre as despesas do governo num ano vindouro tem sido o de pressupor que as despesas existentes eram apropriadas e depois decidir sobre as despesas incrementais para cada programa. Tal abordagem significa, no entanto, que a mudança provavelmente aumentará, ao invés de diminuir, os gastos e que pouca atenção é dada ao que o programa completo realmente realiza.

Embora a ideia de equilíbrio orçamentário no orçamento administrativo tenha sido a consideração dominante na política orçamentária da maioria dos países, percebeu-se gradualmente que tal conceito pode ser inadequado quando ocorrem choques externos, como movimentos da taxa de câmbio ou uma recessão mundial. Porque vários níveis de desemprego são uma das principais razões pelas quais as despesas podem mudar sem uma mudança comparável na produção do setor público, o conceito de orçamento de pleno emprego emergiu. Este tipo de orçamento é baseado em recibos e despesas que prevaleceriam sob condições de pleno emprego. A abordagem considera as despesas e receitas reais para o próximo ano como secundárias; atribui importância primordial à influência do orçamento na economia nacional. Em tempo de recessão, um déficit orçamentário pode ser apresentado como um passo necessário para

alcançar um orçamento equilibrado no pleno emprego. Idealmente, o orçamento deve incluir estimativas de gastos e receitas no pleno emprego, e também estimativas dos mesmos itens no nível antecipado de emprego. Assim disciplina a Constituição Federal no artigo 165, §§ 5º ao 8º:

§ 5º A lei orçamentária anual compreenderá:

I – o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público;

II – o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto;

III – o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público.

§ 6º O projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia.

§ 7º Os orçamentos previstos no § 5º, I e II, deste artigo, compatibilizados com o plano plurianual, terão entre suas funções a de reduzir desigualdades inter-regionais, segundo critério populacional.

§ 8º A lei orçamentária anual não conterá dispositivo estranho à previsão da receita e à fixação da despesa, não se incluindo na proibição a autorização para abertura de créditos suplementares e contratação de operações de crédito, ainda que por antecipação de receita, nos termos da lei.

Um procedimento análogo poderia ser usado em relação a inflação, mas esta ideia ainda está longe de ser aceita, porque os governos não são menos relutantes em antecipar a inflação do que em orçar o desemprego.

Quando a inflação é rápida, as taxas de juros são correspondentemente altas e um governo pode parecer ter um déficit como resultado de altos custos do serviço da dívida, mesmo se o valor real da

dívida estiver em declínio. Embora os ajustes inflacionários tenham sido amplamente defendidos e frequentemente adotados em contas do setor privado, os governos têm relutado em adotá-los para as finanças públicas por causa do elemento de incerteza na previsão.

À medida que a ênfase na política orçamentária passou da mera autorização dos gastos do governo para um maior escrutínio público do que o governo realiza, a ideia de avaliar o valor recebido pelo dinheiro gasto nas finanças do governo cresceu em importância. Isso levou a uma crescente variedade de medidas de eficiência do setor público. Em termos gerais, os contribuintes precisam estar convencidos de que seu dinheiro está sendo usado com sabedoria. Devido à grande variedade de itens dentro de um mesmo programa, no entanto, muitas vezes é difícil identificar com precisão o que é gasto com a prestação de cada serviço, e os serviços prestados raramente têm contrapartes do setor privado bem desenvolvidas para atuar como um serviço. base para comparação.

Em alguns programas, os governos desenvolveram medidas de eficiência que relacionam fatos observáveis, como a qualidade da saúde nacional ou o número de operações realizadas, com o custo de fornecer o serviço. O uso de tais medidas não é de modo algum difundido, no entanto, e sua base é muitas vezes questionável. A principal dificuldade é que não existe uma medida significativa da produção de um serviço público – defesa, por exemplo – ou a produção é complicada e multidimensional – como na educação ou na saúde. O resultado é que qualquer método usado para medir a eficiência está aberto ao debate e ao desafio.

As tentativas de controlar os gastos públicos, particularmente desde meados da década de 1970, levaram a um reexame de quais programas deveriam permanecer no setor público.

Existem três bases principais para o planejamento de gastos públicos: dinheiro, volume e custo. A base de caixa está preocupada simplesmente com a despesa monetária projetada nos serviços envolvidos. Fazer tais projeções é difícil porque o que a despesa em dinheiro vai comprar depende do que acontece com os preços durante o período de planejamento. A maioria dos benefícios sociais, por

exemplo, deve ser paga a qualquer pessoa que tenha direito a recebê-los, e isso significa que o governo não pode controlar diretamente o valor da despesa.

A base de volume diz respeito à produção planejada de serviços públicos. As dificuldades de medir a produção, no entanto, já foram observadas. Com maior frequência, o processo de planejamento, supondo que as mudanças nas entradas estão associadas às mudanças nos produtos, opera com referência à base de custos dos programas.

Todos os países têm um programa anual de alocação de gastos públicos, no qual os responsáveis por programas individuais defendem maiores alocações para suas atividades e os responsáveis por aumentar a tentativa de dinheiro para controlar o montante alocado. Na prática, os resultados desse processo dependem tanto do peso político dos indivíduos encarregados de um programa de gastos quanto de uma avaliação objetiva de sua conveniência. A prática normal é tomar como base o que cada programa passou no ano anterior e depois discutir mudanças incrementais, em vez de (como sob orçamento de base zero) considerar cada programa em sua totalidade. Isso cria incentivos perversos, em que chefes de departamento que economizaram dinheiro em uma área em um determinado ano têm um incentivo para gastar mais em outras áreas, a fim de proteger o orçamento total do próximo ano.

A base para a maioria dos planejamentos de despesas é, portanto, o número de funcionários públicos já estabelecidos e o volume de bens e serviços adquiridos no ano-base. Isso, multiplicado pelos preços do ano base, fornece o volume de entrada no ano base. No final do século XX, muitos países abandonaram essa abordagem, em grande parte porque ela dá um controle inadequado do gasto total. Uma razão para um determinado volume custando muito para suprir é o chamado efeito relativo do preço. Isso ocorre porque os bens e serviços comprados pelo setor público (mão-de-obra, assistência médica ou equipamento de defesa) podem subir de preço mais rapidamente do que as commodities em geral. Uma vez que isso tenha sido determinado, o volume pode ser expresso em termos de custo. O efeito do preço relativo é um tanto subjetivo, no entanto, devido à dificuldade

de medir a qualidade de bens e serviços. No caso particularmente dos cuidados com a saúde e da defesa, o efeito do preço relativo frequentemente conterà o aumento do preço dos serviços e equipamentos melhorados, que na verdade são um aumento de volume.

As medidas de custo, no entanto, refletem apenas o custo de um dado. Controlar a despesa pública em termos de custos sem ter plenamente em conta a alteração do efeito do preço relativo pode levar a respostas de volume inadequadas ou, mais vulgarmente, a custos crescentes à medida que o volume de entrada existente é mantido. Por isso, muitos países avançaram mais um passo, tentando monitorar e controlar os gastos públicos em termos puramente monetários.

Embora o planejamento em dinheiro tenha uma simplicidade superficial, em épocas de inflação significativa, não é uma ferramenta muito apropriada, e aumentos diferenciais de preço podem levar a um balanço de provisão de despesas um pouco diferente do plano pretendido. Na prática, embora o planejamento de caixa seja apresentado como a base sobre a qual as decisões são tomadas, os países que adotaram essa abordagem permitem, de fato, flexibilidade informal nos orçamentos de caixa, com medidas de volume implícitas, se não explicitamente adotadas.

O orçamento para cada ano fiscal contém informações detalhadas sobre os desembolsos pretendidos pelo governo federal e os recebimentos esperados, incluindo aqueles de fundos fiduciários. O orçamento também divide as despesas autorizadas em despesas que podem ser realizadas sem Congresso e que requer autorização adicional. O orçamento também resume a dívida pendente do governo federal e estima o tamanho do superávit ou déficit esperado com base nas receitas e despesas projetadas no orçamento.

O orçamento é apresentado como um todo coerente para uma longa consideração do Congresso, período durante o qual muitas vezes é substancialmente revisado.

As despesas autorizadas sob um orçamento nacional são divididas em duas categorias principais. A primeira é a compra de bens e serviços pelo governo para fornecer serviços como educação, saúde

ou defesa. O segundo é o pagamento de segurança social e outras transferências para pessoas físicas e pagamento de subsídios a empresas industriais e comerciais. Ambos os tipos costumam ser rotulados como “gasto público” e, em muitos países, a atenção geralmente se concentra no agregado dos dois. Isso obscurece diferenças importantes no significado econômico dos dois itens, no entanto. O primeiro representa a reivindicação do setor público sobre o total de recursos nacionais; o segundo a escala de sua redistribuição dentro do setor privado. Na maioria dos países ocidentais, a participação do setor público na atividade econômica total é de 20 a 30%. Isso reflete a proporção de trabalhadores que estão empregados no setor público ou em atividades financiadas com recursos públicos, a proporção da produção nacional gerada lá e a proporção de rendimentos derivados de serviços produtivos que são ganhos pelos funcionários do setor público. Algumas dessas atividades geram receitas comerciais – o serviço postal, por exemplo. A maioria tem que ser financiada por impostos. Além disso, o governo aumenta a tributação para redistribuir renda dentro do setor privado da economia. Ela tributa algumas atividades e subsidia outras – por meio de créditos de investimento, por exemplo. Em uma escala maior, ele usa o sistema de benefícios e previdência social para fazer pagamentos a indivíduos necessitados e aumenta os impostos para subsidiar aqueles que os garantem. Com essa atividade redistributiva, mais a atividade produtiva direta do governo financiada pela legislação, a participação total dos rendimentos tomados na tributação é maior do que a parcela do governo na produção total.

Além das despesas diretas, foi chamada a atenção para “gastos com impostos”. Se o governo favorecer uma atividade em particular – como investimento – concessões ou concessões fiscais podem ser concedidas a essa atividade. Os dois procedimentos têm praticamente o mesmo efeito sobre o investimento e sobre as receitas do governo, mas um parece aumentar os gastos públicos e o outro para reduzir a tributação. Tem sido sugerido que essas despesas tributárias – reduções de impostos motivadas por um objetivo econômico ou social – deveriam ser objeto de um orçamento de gastos fiscais semelhante ao orçamento de gastos públicos, e vários países agora avançaram nessa direção.

Para todos os fins privados e públicos dentro da economia, a escala de atividade pública é melhor medida como uma proporção da renda nacional: o total de rendimentos gerados ou (equivalentemente) de despesas com bens e serviços.

A proporção geral de renda nacional que é coletada em impostos, arrecadada de lucros em atividades governamentais ou emprestada varia amplamente nas nações desenvolvidas. Essa variação reflete diferentes decisões nacionais sobre a proporção da atividade de uma nação considerada mais apropriada para ter sido executada pelos vários níveis de governo ou por agências governamentais. Grande parte da variação ocorre devido a escolhas sobre a prestação de cuidados de saúde (principalmente públicas no Reino Unido, principalmente privadas nos Estados Unidos) e ao nível e importância dos pagamentos por transferência.

As despesas com transferências também variam muito, dependendo em parte de como o governo deseja redistribuir, em parte de quanto dessa redistribuição é realizada através do sistema tributário, e em parte de fatores como o número de idosos e o nível de desemprego. O pagamento dominante em todos os países é para pensões de velhice, e o montante depende de quão bem-desenvolvidas as pensões do setor privado são. Outro fator é a medida em que o governo escolhe usar subsídios diretos em vez de concessões fiscais para estimular a economia.

A proporção da renda nacional dedicada ao gasto público aumentou consideravelmente durante os séculos XIX e XX. Grande parte dessa elevação histórica, no entanto, não pode ser tomada como uma medida direta da importância relativa do governo como um todo na tomada de decisões econômicas ou dos papéis comparativos dos níveis central e inferior do governo.

Os problemas de controle da despesa pública variam entre os programas. Alguns são “liderados por demanda”. Transferem pagamentos e, particularmente, pagamentos de segurança social, são em grande parte dependentes do número de pessoas idosas ou desempregadas. Além de reduzir os benefícios (que podem, por sua vez, ser evitados por compromissos anteriores), ou por meio de políticas

macroeconômicas destinadas a reduzir o desemprego, por exemplo, há pouco que pode ser feito para limitar esses pagamentos. A maioria dos países tem visto um aumento constante nos pagamentos de transferências à medida que a longevidade da população e os benefícios dos planos de pensão aumentam.

O gasto público também depende do preço dos bens e serviços que o setor público compra e da eficiência com a qual eles são usados. Os trabalhadores do setor público são frequentemente altamente organizados e podem estar bem posicionados para exigir aumentos salariais de um empregador que seja capaz de recuperar os custos da tributação. As compras do setor público podem ser ineficientes – os funcionários públicos podem achar mais fácil ter um relacionamento confortável com seus fornecedores e, em áreas como gastos com saúde e militares, os administradores podem exigir as mais recentes tecnologias, com pouca consideração por sua relação custo-benefício.

Ao mesmo tempo, grande parte do setor público carece dos incentivos para aumentar a eficiência que se aplica às empresas privadas em mercados competitivos. É mais fácil resistir à inovação, e as burocracias geralmente têm uma cultura conservadora em que é mais importante evitar erros do que experimentar novas técnicas e procedimentos. Com poucos indicadores externos de desempenho, os gerentes do setor público podem se sentir inclinados simplesmente a promover o crescimento de sua organização e o número de funcionários e orçamentos que eles controlam.

À medida que o nível e a complexidade do envolvimento governamental na economia aumentaram, as despesas públicas tornaram-se cada vez mais difíceis de controlar. As únicas pessoas com informações suficientes para monitorar suas necessidades de programas são aquelas que realmente participam do programa. Juntamente com a mudança tecnológica, a tendência geral é que os gastos aumentem sem qualquer evidência clara de que os níveis aumentados de serviço estão sendo oferecidos. De fato, em muitas áreas-chave, como saúde e educação, os gastos aumentaram constantemente ao mesmo tempo em que o público percebeu uma deterioração do serviço.

Os governos da maioria dos países têm respondido a esse problema pela contração severa ocasional de programas específicos ou do gasto público em geral. Numerosos países adotaram exercícios de redução de custos com algum sucesso limitado. Mas tentativas de redução de custos podem provocar reações inadequadas. Se os políticos descobrirem que a despesa pode ser reduzida sem reduzir o valor dos serviços prestados, eles podem insistir em mais cortes. Se, por outro lado, atividades populares ou politicamente sensíveis forem restritas, haverá pressão para restaurar os gastos. Os gerentes de programas do setor público, portanto, muitas vezes têm incentivos para responder a cortes de forma a maximizar, em vez de minimizar, os efeitos sobre os serviços prestados.

Os governos adquirem os recursos para financiar seus gastos por meio de vários métodos diferentes. Em muitos casos, o mais importante deles é, de longe, a tributação. Os governos, no entanto, também recorrem à captação de recursos por meio da venda de seus bens e serviços e, como os orçamentos governamentais raramente se equilibram, por meio de empréstimos.

A maioria dos países arrecada recursos através de uma variedade de impostos, incluindo impostos diretos sobre salários e propriedades, renda, contribuições para fundos fiduciários e uma variedade de impostos indiretos sobre bens, seja no ponto final de venda ou nos insumos usados para produzi-los. Uma quantia menor de receita é levantada de impostos sobre a propriedade, sobre ganhos de capital e sobre transferências de capital, particularmente com a morte. A maioria dos países tem um imposto de renda corporativo separado.

O equilíbrio entre esses diferentes impostos variou consideravelmente ao longo do tempo e entre os países.

Ao decidir como arrecadar dinheiro suficiente para financiar seu programa de gastos, um governo enfrenta um grande número de considerações diferentes. Primeiro, o sistema tributário é complexo, contendo muitos impostos diferentes, cada um com uma estrutura complexa. Talvez a consideração principal seja os efeitos sobre o comportamento que as taxas de imposto específicas causarão.

Qualquer que seja a estrutura do imposto, a proposição geral de que o aumento das alíquotas de impostos reduzirá o esforço de trabalho geralmente é mantido; e isso, por sua vez, tende a reduzir novamente a receita tributária.

As alíquotas de imposto afetam o padrão e o nível de consumo. Impostos especiais, impostos sobre valor agregado e impostos sobre vendas modificam os preços relativos dos bens e a atratividade do consumo em relação à poupança. Mais uma vez, um aumento nas taxas de impostos gerará respostas que tendem a causar uma redução na receita e, novamente, os governos devem equilibrar a força desses efeitos ao decidir quais taxas aumentarão.

Outras considerações, como a proteção das indústrias domésticas, também afetam tais decisões. As alíquotas de imposto também afetam as decisões comerciais, e o saldo entre impostos individuais e corporativos deve refletir isso. Consequentemente, muitos países procuraram atrair novas indústrias transformadoras com benefícios fiscais. Finalmente, à medida que as taxas aumentam, os contribuintes procuram mais formas de evitar impostos. Eles empregam conselheiros fiscais para encontrar rotas mais eficientes em termos fiscais, o que, em particular, pode envolver uma busca por capital em vez de ativos que rendem a renda e o movimento de atividades no exterior para países menos tributados.

A tributação não é o único meio pelo qual um governo pode aumentar a receita. Pode cobrar pelos serviços que presta, ou pode realizar atividades comerciais lucrativas. Isso é feito em algum grau por todos os governos ocidentais, embora a receita arrecadada seja muito menor do que a arrecadada pela tributação.

Cobrar por serviços públicos enfrenta uma série de dificuldades. Talvez o mais importante seja o custo da coleta. Serviços públicos como estradas e parques são difíceis de cobrar, porque eles estão intimamente integrados com a comunidade. Alguns países têm pedágios nas principais rodovias, e alguns parques têm taxas de entrada, mas na maioria são fornecidos gratuitamente. Outros bens, como museus e galerias de arte, são mais fáceis de cobrar, mas as tentativas de cobrança costumam gerar mais oposição

política do que pode ser justificado pela receita limitada que poderia ser levantada.

Uma segunda consideração ao decidir sobre as taxas é que raramente é economicamente eficiente cobrar pelos bens públicos. Parques e estradas, por exemplo, têm altos custos iniciais, mas custos relativamente baixos por usuário. A imposição de uma acusação significa que menos pessoas as utilizam e, a menos que o congestionamento seja suficientemente severo para reduzir o prazer de outras pessoas, menos bem-estar geral será gerado.

Em muitos países, muitas indústrias são de propriedade pública, e estas incluem indústrias altamente lucrativas, como as que fornecem gás ou eletricidade. Os lucros dessas indústrias fornecem receita. É uma questão aberta, no entanto, se eles fornecem tanto receita quanto os ativos empregados se estes fossem investidos em empresas do setor privado. Outras empresas públicas sofrem perdas substanciais e isso reduz o valor líquido de qualquer excedente. Poucos países dependem fortemente de indústrias do setor público para obter receita, e a nacionalização de indústrias específicas é geralmente justificada por outros motivos.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

Luhmann e Teubner, adeptos de uma teoria particularmente própria do pensamento sistêmico, teorizaram a sociedade como um sistema autopoietico. Ao aplicarem o conceito dos sistemas autopoieticos ao direito, eles conseguiram reduzir a complexidade social. De tal modo, que seus estudos apregoam que o direito, em seu viés autopoietico, se cria com base nos seus próprios elementos. Suas autorreferências permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo, movendo com base em seu código binário (lícito/ilícito). Tal característica permite a construção de um sistema jurídico dinâmico mais adequado à hipercomplexidade da sociedade atual.

No que se refere a Lei de Responsabilidade Fiscal, o seu impacto na gestão pública exige dos gestores públicos uma nova postura, onde a eles caberá a responsabilidade de transformar a Administração Pública em um desafio muito maior do que aquele enfrentado por seus antecessores.

Ademais, conclui-se que, embora condição necessária, a Lei e cortes orçamentários não suficientes para garantir mudança de mentalidade e, em consequência, os propósitos de uma administração responsável para garantir seriedade e responsabilidade no planejamento e acompanhamento da aplicação dos recursos, além de transparência e eficiência na gestão. Tendo em vista o interesse público, é necessário que toda a população se interesse e participe dos assuntos políticos que exijam dos gestores públicos posições verdadeiras e não mascaradas e falsas de tudo aquilo que é gasto com dinheiro público. A população paga impostos altos é nosso dever saber como estão sendo aplicados, investidos e se estão sendo utilizados exatamente para o fim que lhe é destinado.

## 8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

---

- ALCÂNTARA, A. M.; VESCE, G. E. P. *As representações sociais no discurso do sujeito coletivo no âmbito da pesquisa qualitativa*. In: Congresso Nacional de Educação – EDUCERE, 8. e Congresso Ibero-Americano sobre Violências nas Escolas – CIAVE, 3., 2008, Curitiba. Anais... Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2008, p. 2208-2220. Disponível em: <<http://educere.pucpr.br/p1/anais.html?tipo=&titulo=&edicao=&autor=vesce&area=5>> . Acesso em maio de 2018.
- ANJOS FILHO, Robério Nunes dos. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAUJO, Eugenio Rosa de. *Direito econômico e financeiro*. Niterói: Impetus, 2013.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. São Paulo: Malheiros, 2007;
- BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. Os conceitos Fundamentais e a Construção do Novo Modelo. São Paulo: Saraiva, 2010;
- BENFATTI, Fabio Fernandes Neves. *Direito ao desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- Brasil, *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)>

- CUNHA JR. Dirley. *Curso de direito constitucional*. Salvador: Editora Podium, 2014.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIMOLIUS, Dimitri. *Estado de direito e os desafios do desenvolvimento*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- FUHRMANN, Italo. *Revisando a teoria "dimensional" dos direitos fundamentais*. Disponível em <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadire/article/view/12746>>
- FURTADO, Celso. *Metamorfoses do capitalismo*. Disponível em <<http://www.redcelsofurtado.edu.mx>>
- LUHMANN, Niklas. *Legitimação pelo procedimento*. Tradução de Maria da Conceição. Brasília. UNB, 1980.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional/ Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. – 10ª ed. ver. e atual.-* São Paulo:Saraiva, 2015. – (Série IDP)
- OLIVEIRA, Gustavo Henrique de. *Direito ao desenvolvimento na Constituição Brasileira de 1988*. Disponível em <[http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.direitodoestado.com.br%2Fcodrevista.asp%3Fcod%3D335&ei=9GqCVKSaFa3GsQS034HICQ&usg=AFQjCNH8jzEG\\_TAn81zWch0L61d1ZhxEA](http://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&sqi=2&ved=0CCsQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.direitodoestado.com.br%2Fcodrevista.asp%3Fcod%3D335&ei=9GqCVKSaFa3GsQS034HICQ&usg=AFQjCNH8jzEG_TAn81zWch0L61d1ZhxEA)>
- Panorama das Contas Públicas / Superintendência de Estudos Econômicos e Sociais da Bahia*. Salvador: SEI, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Direitos Humanos, democracia e desenvolvimento/Boaventura de Sousa Santos, Marilena Chauí*. São Paulo: Cortez, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *As aproximações e tensões existentes entre os Direitos Humanos e Fundamentais*. Revista Consultor Jurídico, 23 de janeiro de 2015, 8h01([www.conjur.com.br](http://www.conjur.com.br));
- \_\_\_\_\_. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012;
- \_\_\_\_\_. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;
- SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2007;
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2007;
- TEUBNER, Gunther. *O direito como sistema autopoiético*; tradução José Engrácia Antunes. – Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

## Capítulo XI

# O direito financeiro e os seus freios no combate à corrupção: importância da legitimidade e da economicidade para esse fim

*Harrison Ferreira Leite\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Do objeto de estudo do direito financeiro; 3. Da corrupção: incômodo e tolerância; 4. Da corrupção à luz dos institutos do direito financeiro. Como as normas do direito financeiro transigem com a corrupção; 4.1. Receita pública; 4.2. No orçamento público; 4.3. Na despesa pública; 4.4. No crédito público; 4.5. No controle da atividade financeira do Estado; 5. Da abertura das normas de controle com vistas ao combate à corrupção; 5.1. Da fiscalização da atividade financeira do Estado; 5.2. Dos princípios financeiro-orçamentários da legitimidade e da economicidade como instrumentos de controle da corrupção; 6. Conclusões; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

O estudo da corrupção nas ciências jurídicas compõe geralmente o debate das disciplinas do direito administrativo<sup>1</sup>, penal<sup>2</sup>,

---

(\*) Professor de Direito Tributário e Direito Financeiro da UFBA e da UESC. Doutor em direito pela UFRGS. Advogado.

1. Para alguns, o ramo do direito em que a corrupção é mais analisada é o direito administrativo: “Defendemos a tese de que a principal causa para os elevados níveis de corrupção identificados no Brasil – aliada à democracia (ou à falta dela) – consistiu, ao mesmo tempo, causa e efeito das inúmeras fragilidades econômicas, sociais e políticas nacionais reside, em primeiro lugar, em nosso sistema jurídico administrativo”. In FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 26-27)
2. É no direito penal, sem dúvida, que a corrupção terá sua contemplação jurídica mais profunda. Além de tipos específicos envolvendo a corrupção, quais sejam, art. 317 (corrupção passiva) e art. 333 (corrupção ativa), ambos do Código Penal,

internacional<sup>3</sup>, eleitoral<sup>4</sup>, tendo chegado recentemente na esfera privada<sup>5</sup>, ambiental<sup>6</sup>, mas pouco analisado no direito financeiro.

Talvez se deva ao desconhecimento acadêmico do próprio direito financeiro, dado que não é estudado em todas as universidades e, quando o é, fica, não raras vezes, apegado às meras definições legais, sem tangenciar temas que verdadeiramente compõem o núcleo do seu debate. E nesta essência, sem dúvida, encontra-se o tema da corrupção.

Neste artigo, o tema será analisado à luz dos institutos do direito financeiro, sem aprofundar, portanto, nas teorias da corrupção, seu conceito, histórico, causas, consequências e outros níveis de análise. Partindo de um conceito amplo, serão analisadas as diversas razões que atraem o direito financeiro para esse debate.

Num primeiro momento, será analisado o objeto do direito financeiro, sua relação intrínseca com os temas da receita, despesa, orçamento e crédito públicos, para demonstrar que nessas áreas concentram elevadas somas de recursos e milhares de pessoas, o que dá ensanchas à corrupção.

---

estudos demonstram seu aprofundamento numa projeção transnacional, com íntima conexão com a lavagem de dinheiro e a delinquência econômica. Ver em ALMEIDA, Carlos Rodrigues de. Criminalidade Organizada e Corrupção. In: *Segundo Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 293-330.

3. A proliferação de iniciativas internacionais sobre corrupção é ampla, com dezenas de tratados sobre o tema: In RAMINA, Larissa L.O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2003; GODINHO, Thiago José Zanini: Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347 a 386, jan/jun. 2011.
4. MOURA, Evânio. *Corrupção Eleitoral – Princípio da proporcionalidade e proteção jurídica insuficiente*. Curitiba: Juruá, 2018.
5. Tema analisado com profundidade na dissertação de mestrado defendida na USP em 2015, convertida em livro, por Conrado Gontijo: GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016.
6. FREITAS, Vladimir Passos de; WOLF, Rafael. Corrupção e direito ambiental: a proteção penal com objetivo de um meio ambiente sustentável. In LAUFER, Daniel (Coord.). *Corrupção – Uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.

Após, será abordado o tema da corrupção, com o corte conceitual próprio do objetivo proposto, dada a sua amplitude e sua indefinição, sem o qual impediria qualquer análise científica sobre o tema. Em sequência, os temas da receita, despesa, orçamento, crédito e do controle públicos são estudados, com mais detalhes, inclusive com exemplos, a fim de se demonstrar que no cipoal das suas normas residem falhas que geralmente são utilizadas pelos interessados para prática dos atos de corrupção.

Alcançando o cerne do trabalho, serão analisados os princípios constitucionais da legitimidade e da economicidade e a importância da sua abertura normativa como permissivos do controle da corrupção. Entende-se que a sua correta compreensão é essencial para que possuam densidade normativa suficiente para serem aplicados diretamente aos casos concretos, sem a timidez atual que revela sua mera força retórica, sem teor deontológico.

A importância do tema se justifica, dado que aludidos princípios só se fizeram presentes na Constituição de 1988. E justamente é a Constituição o principal elo entre o direito financeiro, seu objeto de estudo, e as medidas de seu controle. E a razão é simples. É que, sendo social-cidadã, atenta à realidade do país, a Constituição apontou como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º, III da CF). Para cumprir esse fim, fica o Estado obrigado a assunção de diversas obrigações que refletem em custos. E, se há despesas públicas, o direito financeiro é atraído.

Ora, o Estado é o principal ente responsável por aplacar as desigualdades sociais, e, nessa função, ele se torna o mais importante tomador de serviços e adquirente de bens. Daí que, no emaranhado dessas relações, surge espaço para a prática de condutas corruptivas.

Embora haja diversos tipos de controles, instrumentos esses estudados pelo direito financeiro – controles interno, externo e social – eles ainda são falhos e podem possuir na economicidade e na legitimidade reforço suficiente para o seu fortalecimento.

Sendo assim, se há corrupção na receita, despesa, orçamento e controle públicos, e se nessas áreas a economicidade e a legitimidade se afiguram como normas de controle, pode-se afirmar que o combate à corrupção necessariamente passa pelo estudo dessas normas, objetivo que este artigo tenta alcançar.

## 2. DO OBJETO DE ESTUDO DO DIREITO FINANCEIRO

---

O direito financeiro, numa concepção clássica, se ocupa dos institutos jurídicos que perfazem a atividade financeira do Estado. Por esta razão, afirmou Aliomar Baleeiro que o direito financeiro é o “conjunto de normas que regulam a atividade financeira do Estado”<sup>7</sup>, de modo que toda proposição jurídico-normativa que se predispõe a disciplinar as relações decorrentes da atividade financeira do Estado é objeto de estudo dessa disciplina<sup>8</sup>.

E essa atividade financeira consiste, em síntese, “na criação, obtenção, gestão e dispêndio do dinheiro público para a execução de serviços afetos ao Estado”, nas palavras de Souto Maior Borges<sup>9</sup>. Portanto, onde tem receita, despesa, orçamento e crédito públicos, aí o direito financeiro se instala com os seus instrumentos aptos à atuação do Estado na sociedade.

Helena Torres, numa aceção moderna, e pautado no sistema constitucional financeiro, vai além e amplia o objeto do direito financeiro, ao afirmar que

“No direito financeiro cristalizam-se os máximos valores das contas públicas e da aplicação dos princípios democráticos e republicanos na condução do Estado constitucional. É o direito financeiro que rege e garante para as gerações de hoje e as futuras a manutenção e continuidade do Estado, bem como o

---

7. BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, p. 29.

8. TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 35.

9. BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998. p. 38.

cumprimento de todos os fins proclamados pela Constituição. Da separação dos poderes à efetividade dos direitos sociais, do federalismo aos programas de redução de desigualdades, dos investimentos em infraestrutura ao fomento de proteção do meio ambiente, lá estarão as existências de receitas públicas, programas ou políticas públicas, autorizações orçamentárias, realização de despesas e controles internos e externos”.

Para efetivar os direitos sociais, reduzir as desigualdades, realizar investimentos etc., o Estado se afigura como o maior tomador/prestador de serviços, bem como o maior adquirente de bens e contratante de pessoal. Tudo é realizado de modo direto, através de seus servidores, efetivos ou temporários, ou indiretamente, através de particulares, pessoas físicas ou jurídicas, contratados com esse fim.

No emaranhado dessas relações, surgem espaços penetrados por atos de corrupção, que não ficam alheios aos institutos objeto de estudo do direito financeiro.

A corrupção, como se verá, espraia seus efeitos maléficos, não apenas no campo ético, mas também no campo econômico, o que impulsiona o seu estudo e aumenta a sua importância para o direito financeiro, dado que os reflexos do crescimento ou da retração econômica resvalam no orçamento público, no déficit público, na receita pública e na despesa pública. Daí a importância dos estudos realizados pelo Banco Mundial (BIRD)<sup>10</sup> e do Fundo Monetário Nacional (FMI)<sup>11</sup> acerca da corrupção e da sua correlação com a economia.

No presente trabalho serão analisados como os institutos do direito financeiro são cercados por espaços tendentes à corrupção, a merecer atenção do estudo desse fenômeno também nesse ramo do direito.

---

10 <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2014/10/08/world-bank-group-integrity-report-sustained-global-interventions-transnational-corruption-challenges>.

11. <https://www.imf.org/pt/News/Articles/2019/04/04/blog-fm-ch2-tackling-corruption-in-government>.

### 3. DA CORRUPÇÃO: INCÔMODO E TOLERÂNCIA

---

A corrupção é daqueles temas que todos dizem opinar, não se limitam a condenar, encontram-na no “outro” e não a veem em si. Como afirma Reges Fernandes de Oliveira<sup>12</sup> ao tratar da corrupção no povo brasileiro: “[O brasileiro] Cria um escudo que não o atinge, sendo crítico do comportamento do outro, mas descobrindo desculpas para aliviar sua consciência”.

Seu conceito oscila de acordo com o tempo, o grau, a monta, o envolvido, de modo que alguns autores tratam da impossibilidade de sua conceituação<sup>13</sup>.

O tema envolve a todos. Como afirma Antenor Batista, “somos todos partícipes da corrupção; ora somos réus ou corréus; ora somos autores ou coautores; ora somos vítimas; ora somos omissos. Ora oponentes ativos de suas práticas”<sup>14</sup>

Os recentes fatos de corrupção revelados no Brasil fizeram com que a sociedade clamasse por medidas drásticas, por vezes até desproporcionais, e revelaram o seu lado mais reacionário, a estampar o desejo até mesmo de diminuição de certas garantias constitucionais aos envolvidos em corrupção. Todos querem eliminá-la.

As falas pelo seu combate são verdadeiros enunciados performativos, pois não há quem em sã consciência defenda a corrupção: todos a condenam, mas, em certa medida, a maioria a tolera, a depender do seu conceito e do seu grau.

---

12. OLIVEIRA, Reges Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2008, p. 235.

13. “A impossibilidade de definição das formas instrumentais de que se revestem os atos corruptos, as dificuldades de delimitação do âmbito de atuação da corrupção, se seria exclusivamente pública ou se existiria a corrupção privada, a circunstância de que se trata de fenômeno que ultrapassa a dimensão jurídica para alcançar os âmbitos da sociologia, da política e das relações transnacionais, entre outros aspectos, impedem a elaboração de um conceito acabado de corrupção”. In FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 34)

14. Apud DE OLIVEIRA, Reges. Ob. Cit., p. 243.

Desse início percebe-se que a primeira dificuldade é definir o seu conceito<sup>15</sup>. E tal se dá porque há uma série de fatores e de circunstâncias, impossíveis de serem enumeradas, muitas vezes com aparência de legalidade, mas com vistas, ao fundo, de atribuição de vantagem aos seus envolvidos, de modo que, amplamente falando, poderia ser enquadrado em atos de corrupção.

A princípio, pode-se dizer que no seu cerne está a busca de satisfação de interesses particulares, em detrimento do interesse público, de modo que os envolvidos obtêm alguma vantagem não alcançável pelas vias de observância irrestrita das normas jurídicas.

Esta a definição dada por Fernando Scaff, para quem a corrupção, exceto para fins penais é a “troca de um determinado ato em busca de vantagens pessoais, pecuniárias ou não, à margem da norma. Se esse ato envolver dinheiro ou bens públicos, estará caracterizada como corrupção no setor público – em um dos lados da relação estará um agente público. Se esse ato envolver bens e interesses particulares, se estará diante de corrupção no setor privado – entre partes privadas”.<sup>16</sup>

Aqui cabe uma miríade de exemplos, desde aqueles que se resumem a condutas tipificadas pelo direito (suborno, fraudes licitatórias, desvio de função, corrupção passiva e ativa), àqueles que têm sofrido repulsa da população, mas que ainda não foram albergados pelas reformas legislativas (financiamento ilegal dos partidos políticos, tráfico de influência – lobby político), até alcançar as modalidades encontradas casuisticamente pelo Judiciário, como o nepotismo,

---

15. Destaca Fernando Scaff que “A legislação brasileira sobre o tema é vasta, porém nenhuma delas define o que seja corrupção, exceto para fins penais, tratados no art. 317 (corrupção passiva) e no art. 333 (corrupção ativa), ambos do Código Penal” (SCAFF. Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 537) Ao longo da sua análise, Scaff demonstra que tanto a legislação pátria quanto a estrangeira não definem o que seja corrupção, embora delimitem quais atos devam ser objeto de combate.

16. SCAFF. Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 538.

ou os mais tolerados, como violação de normas de trânsito e a busca de meios para evitar a sua lavratura, favorecimento de quem dispõe de maior rede de contatos em detrimento daqueles que têm maior eficiência produtiva, sonegação “necessária à sobrevivência”, dentre outros.

A ausência de definição conceitual faz com que os autores divirjam sobre o seu alcance, muito embora traga no seu cerne, bem como na sua etimologia, a ideia analógica de “podridão do fruto. É o que assinala a etimologia do termo. *Corruptio*, em latim, é a explosão do âmago de um fruto, em razão da sua podridão interna”<sup>17</sup>.

Para alguns, corrupção deve ser entendida de modo amplo, como afirma Regis Fernandes de Oliveira:

O favor não precisa ser necessariamente o benefício pecuniário. Pode ser um presente de qualquer ordem, ou menos, um encontro sexual. O induzimento do particular não tem limites. Favores para a família, por exemplo, uma internação em hospital, uma consulta com renomado especialista etc.<sup>18</sup>

Outros a separam da ineficiência. É dizer, não há se baralhar corrupção com prática de irregularidades na gestão, embora possuam zonas de convergência. É que, dada a enorme burocracia na área pública, desde os atos preparatórios da contratação a todo o processo de pagamento, em muitos casos tem-se típica irregularidade, fruto maior de desprezo dos procedimentos corretos, do que ao fim deliberado de proteção de interesse privado em detrimento do público. No entanto, deve-se redobrar a atenção para a ausência de habilidade no trato da coisa pública, pois pode esconder, ali, um ato de corrupção. Nesse sentido, apontam Antônio Sodré e Maria Alves<sup>19</sup>:

---

17. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2001, n. 226, out./dez. 2001, p. 213.

18. OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro, 2ª. Ed., São Paulo: RT, 2008, p. 240.

19. SODRE, Antonio Carlos de Azevedo; ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre Emendas Parlamentares e Corrupção Municipal no Brasil: Estudo dos Relatórios do Programa de Fiscalização da Controladoria-Geral da União. *RAC*, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, Mai./Jun. 2010, p. 418.

Assim, compreende-se que nem todas as irregularidades de gestão possam ser denominadas corrupção propriamente dita, ou seja, atos deliberados de fraude e desvio de recursos. No entanto as irregularidades apontam falta de controle adequado da administração dos recursos municipais e descaso das boas práticas de gestão. Este descaso ou ineficiência na gestão acobertam a corrupção e com ela coadunam, quando não a incitam, porquanto, dificultam a *accountability* e facilitam a ação de agentes corruptores.

A falta de capacidade técnica das instâncias governamentais em promover uma gestão efetiva e bem controlada parece ainda mais evidente nas instâncias municipais, que possuem, em geral, quadro de servidores precário, ou seja, com menor capacitação e maior rotatividade.

Não obstante esta dificuldade operacional, parece claro também que políticos eleitos e servidores ansiosos por aproveitar-se de recursos públicos de forma ilegal se utilizam da falta de capacidade gerencial do Município como instrumento facilitador de transações ilícitas.

Há quem separe a corrupção das condutas aéticas, dado que, na área política, se se entender como corrupção a troca de algo por alguma vantagem – mesmo que não monetária –, fica difícil separar o que é “indevido”, dado que “toda ação política tem como móvel uma ‘vantagem’, seja para o político, seja para o eleitor, seja para um grupo social”<sup>20</sup>. Nessa linha, emendas de deputados que fazem inserir gastos que beneficiam o grupo que o prestigia ou o apoia; governante que atende pedido de deputado para contar no futuro com seu voto; governante que leva uma obra ou investimento para a sua base eleitoral, são exemplos da prática normal do governo democrático, ainda que fugindo do modelo ideal<sup>21</sup>:

---

20. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2001, n. 226, out./dez. 2001, p. 215.

21. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2001, n. 226, out./dez. 2001, p. 215. (“Com efeito, os eleitores não esperam dos ‘seus’ eleitos o atendimento de suas ‘justas’ demandas? A vitória eleitoral, a obtenção de apoio parlamentar não são condições, numa democracia, para realizar o próprio interesse geral?”)

A corrupção que se há de combater na democracia é aquela que envolve retribuição material. Esta, sim, perverte as suas instituições e seus mecanismos. É a que tem de ser reprimida, é a que deve ser prevenida. Outras práticas poderão ser a-éticas, não configuram corrupção. Estender a estas o labéu de corrupção é alargar de tal forma o conceito que este se toma impreciso e inútil. Pode servir a objetivos políticos, ou da videodemocracia, foge a um tratamento objetivo da questão<sup>22</sup>.

Por óbvio que, se ampliado o seu conceito, invadindo o âmbito da ética ou da moral, seria considerado corrupção, não apenas a violação de um tipo penal específico, mas qualquer ato que violasse o padrão de conduta previsto na consciência moral coletiva. Ainda que não houvesse a vergonha pelo ato, dado que ninguém o saberia (heteronomia), o mero fato de praticá-lo com a conseqüente violação ao espírito das instituições, dos valores morais, resultaria numa culpa (autonomia), a configurar o ato como corrupção.

Não se chegará a tanto, para fins deste opúsculo. A ideia inicial de corrupção como a troca de um determinado ato em busca de vantagens pessoais, pecuniárias ou não, à margem da norma, atende ao fim aqui proposto.

Afora os casos previstos em lei, e com a clareza que a punição demanda da norma que lhe antevê, não haveria como se punir a corrupção se uma maior abertura normativa não fosse permitida para esse fim. Daí que um controle maior dos institutos do direito financeiro, quando pautado pela legitimidade e pela economicidade, permite analisar a corrupção, não apenas quando há clara violação de dispositivo legal subsumível (legalidade formal), mas também hipóteses abarcadas por zonas preenchidas pela moral e pela ética, quando protegidas pelo direito.

Isso é o que se pretende mostrar.

---

22. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2001, n. 226, out./dez. 2001, p. 216.

Cumpra lembrar que a corrupção não é um fenômeno brasileiro e tampouco recente<sup>23</sup>. É constante antropológica e está em todos os lugares. Daí não se poder falar em país com “corrupção zero” ou numa “sociedade de virtuosos”. É questão de grau e será menos tolerada quanto melhor a ordenação moral da sociedade. Sérgio Habib resume os seus principais pontos com precisão<sup>24</sup>:

[...] não é sinal característico de nenhum regime, de nenhuma forma de governo, mas decorrência natural do afrouxamento moral, da desordem e da degradação dos costumes, do sentimento de impunidade e da desenfreada cobiça por bens materiais, da preterição da ética e do exercício reiterado e persistente da virtude, substituindo-se pelas práticas consumistas e imediatas tão caras ao hedonismo. Esta constatação é possível pelo cotejo da história, pelo estudo da história do homem através dos tempos, donde se infere que a corrupção esteve presente por todo tempo, contida e limitada, em alguns períodos, crescente e fortalecida em outros, incomensurável e avassaladora em outros tantos.

De lembrar que está também presente na iniciativa privada, não sendo necessária a participação do Estado para a qualificação de um ato como corrupto.<sup>25</sup>

---

23. Contraponto às razões sustentadas por Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*, e Gilberto Freire, no *Casa Grande e Senzala*, parte dos estudiosos afirmam que as razões da corrupção não estão atreladas ao passado colonial do país ou à identidade do brasileiro: “As raízes da corrupção brasileira não mais se encontram em nosso passado colonial, ou em características da personalidade do brasileiro. Não se pode atribuir à herança de Portugal culpa por não ter o Brasil conseguido, até os dias atuais, superar as dificuldades relacionadas ao combate à corrupção. Discordaremos, portanto, da visão dominante de que os elevados índices de corrupção praticados no Brasil estão vinculados ao passado ou à identidade do brasileiro e que não podem, portanto, ser superados”. (In FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 24-25)

24. HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994, p. 26.

25. A Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção (Convenção de Mérida) conferiu amplitude ao alcance da corrupção, ao tratar expressamente da sua prática sem a participação de agente público. In GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016.

Com essa introdução, e partindo-se da concepção de corrupção como vantagem pessoal obtida à margem da norma, percebe-se que os princípios da economicidade e da legitimidade são importantes mecanismos de controle, embora carentes de preenchimento e de posterior utilização.

#### **4. DA CORRUPÇÃO À LUZ DOS INSTITUTOS DO DIREITO FINANCEIRO. COMO AS NORMAS DO DIREITO FINANCEIRO TRANSIGEM COM A CORRUPÇÃO**

---

Como visto, o direito financeiro tem por finalidade estudar a atividade financeira do Estado. Esta, por sua vez, compreende a análise detida da obtenção das receitas, a elaboração e execução das leis orçamentárias, a execução das despesas públicas e operação de crédito público. Em cada fase há intenso controle por parte do Estado com o fim de evitar atos lesivos ao Erário.

É que há fragilidades legislativas e engenhosidade humana em todas as áreas, e mesmo que as instituições sejam boas e que os dispositivos legais de seriedade invejável, se o homem for espúrio, irremediavelmente haverá atos de corrupção.

Dado que as soluções para combater a corrupção na receita pública, por exemplo, não necessariamente se prestam para impedir a ocorrência de fraudes nas atividades que importam em gastos, e sendo que a distinção também se dá no orçamento público e no crédito público, justifica-se o seu estudo separado, dado que mecanismos distintos, que considerem a corrupção como fenômeno complexo, precisam ser analisados em separado, para facilitar a sua compreensão.

Cada aspecto do direito financeiro merece atenção individual.

##### **4.1. Receita pública**

---

Receita pública é o ingresso de numerário aos cofres públicos, que servirá como fonte para fazer face às despesas públicas. É o campo do direito financeiro que estuda o financiamento do Estado, seja quanto este explora atividade econômica, ou quando exerce o seu

poder de império e obtém receita dos privados. Portanto, no seu alcance está todo o dinheiro que entra ou que deveria entrar nos cofres públicos.

No estudo da receita pública analisam-se os desvios na postura do Estado ao arrecadar, bem como na postura do contribuinte ao (não) pagar.

Do ponto de vista governamental, o primeiro equívoco que pode haver está nos critérios utilizados para a correta previsão da receita orçamentária, a permitir, em algumas hipóteses, *orçamentos superestimados*<sup>26</sup> e com isso gastos excessivos, ainda que não haja recursos financeiros. Durante os anos de 2013 e 2014, as previsões orçamentárias da União afirmavam haver superávit fiscal quando, na verdade, ao final do exercício verificou-se a ocorrência de déficit, fato que motivou o *impeachment* da ex-presidente Dilma Roussef, pois decretos de suplementação foram abertos sem amparos na LDO de 2014, por descumprimento da meta de superávit primário<sup>27</sup>.

Noutro giro, tem-se que a definição dos valores das *tarifas públicas*, em alguns casos, tem sido elevada a valores estratosféricos por conta de artifícios contábeis fraudulentos, com o fim de aumentar despesas operacionais e facilitar o desvio de valores das tarifas públicas pagas pelos usuários em favor dos administradores das empresas<sup>28</sup>. Num caso, após decisão judicial, os valores das tarifas

---

26. O art. 12 da Lei de Responsabilidade Fiscal estabelece que “Art. 12. As previsões de receita observarão as normas técnicas e legais, considerarão os efeitos das alterações na legislação, da variação do índice de preços, do crescimento econômico ou de qualquer outro fator relevante e serão acompanhadas de demonstrativo de sua evolução nos últimos três anos, da projeção para os dois seguintes àquele a que se referirem, e da metodologia de cálculo e premissas utilizadas”.

27. Ver Acórdão n. 2.461/15 do TCU, que embasou o pedido de *Impeachment*.

28. <https://exame.abril.com.br/brasil/corrupcao-pode-ter-elevado-tarifa-do-pedagio-em-ate-quatro-vezes/>; <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/01/28/lava-jato-denuncia-beto-richa-psdb-e-mais-32-por-corrupcao-em-contratos-de-concessao-de-pedagio.ghtml>; <http://www.mpf.mp.br/pr/sala-de-imprensa/noticias-pr/concessionarias-viapar-e-caminhos-do-parana-sao-intimidadas-a-reduzir-tarifas-de-pedagio>

tiveram de ser reduzidos em até 25%, por conta de degraus tarifários obtidos mediante aditivos contratuais. De fato, é preciso maior transparência no sistema tarifário brasileiro.<sup>29</sup>

Chama atenção para o estudo da corrupção também o tratamento dado às *receitas originárias*, decorrentes da exploração do patrimônio do Estado. É nessa relação *patrimonial* que ocorre confusão entre o público e o privado, residindo fonte considerável de corrupção<sup>30</sup>. Afirma Ricardo Lobo Torres que o Estado Patrimonial “gera uma ética própria, preocupada com a salvação da alma e com a felicidade garantida pelo Estado, inteiramente divorciada das questões da fiscalidade e do orçamento”<sup>31</sup>.

Diversos escândalos corruptivos estão ligados às empresas estatais, que prestam serviços públicos ou praticam atividades econômicas. Elas geram receitas para o Estado, mas, na verdade, boa parte acaba sendo apropriada por particulares na defesa dos seus interesses privados. O mais recente de todos, a *Operação Lava Jato*, ocorreu em uma empresa estatal, tornando-a deficitária em decorrência da sua espoliação<sup>32</sup>.

Muito embora esses fatos, conhecidos historicamente, há na atualidade enorme resistência contra esse ranço patrimonialista. Ainda que sejam pessoas jurídicas deficitárias, o discurso político contra o desmonte do patrimônio do Estado ecoa de forma negativa,

---

29. <https://www.conjur.com.br/2018-jan-09/contas-vista-preciso-transparencia-sistema-tarifario-transporte-coletivo>

30. O tema do patrimonialismo foi explorado por diversos autores como causa de franca corrupção. Autores como Sérgio Buarque de Holanda, em *Raízes do Brasil*; Victor Nunes Leal, em *Coronelismo, enxada e voto*; Raymundo Faoro, em *Os donos do poder formação do patronato político brasileiro*, dentre outros, retratam com maestria as relações do patrimonialismo no Brasil.

31. TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência no Direito Financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 150. “A dificuldade em extirpar os resíduos e o ranço do patrimonialismo constitui a fonte básica da corrupção”

32. Outros ainda estão na memória, como a Corrupção na Superintendência para o Desenvolvimento da Amazônia – SUDAM (fraudes nos projetos empresariais fomentados pela Autarquia); Operação Curupira, no IBAMA (fraude verificada na área de extração e transporte ilegais de madeira), dentre outros.

para assegurar o empreguismo, o fisiologismo e aumentar o déficit público. Como afirma Ricardo Lobo Torres<sup>33</sup>:

O amor aos bens físicos e imobiliários da República vem distanciá-la da *res pública*, eis que só produzem prazer e vantagem para os próprios funcionários das estatais. A privatização rápida dos bens dominiais – das empresas de energia elétrica ao do Banco do Brasil e à Petrobrás – conduziria, sem a menor dúvida, ao equilíbrio econômico do País e estancaria uma das fontes básicas da corrupção.

Há práticas corruptivas também na violação dos critérios para a concessão da *renúncia de receitas públicas*, às vezes não compreendida com a mesma responsabilidade exigida para a criação de tributos. Até porque, sendo equivalente a gasto público, embora “gasto tributário”<sup>34</sup>, não pode ser livremente manejado pelo Executivo ou Legislativo, o que levou o constituinte a traçar diversas regras para a sua concessão, tanto de direito tributário quanto de direito financeiro, constantes do art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF).

A *renúncia de receita* tem assumido os noticiários brasileiros recentes<sup>35</sup>, por conta da sua concessão indiscriminada por diversos entes federativos, sem observância dos seus requisitos, a ponto de o Judiciário obrigar o Executivo a “abster-se de conceder, ampliar ou renovar benefícios fiscais em favor de qualquer sociedade

---

33. TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência no Direito Financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 151.

34. Essa a concepção do Prof. Ricardo Lobo Torres: “A expressão renúncia de receitas, equivalente a gasto tributário (*tax expenditure*), entrou na linguagem orçamentária americana nas últimas décadas e adquiriu dimensão universal pelos trabalhos de Surrey. Gastos tributários ou renúncias de receitas são mecanismos financeiros empregados na vertente da receita pública (isenção fiscal, redução de base de cálculo ou de alíquota de imposto, depreciações para efeito de imposto de renda, etc.) que produzem os mesmos resultados econômicos da despesa pública (subvenções, subsídios, restituições de impostos, etc.). In: TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1998. p. 165.

35. <https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/19/mp-entra-com-a-cao-contra-pezo-e-dornelles-por-corrupcao-em-isencoes.ghtml>; <https://imiran-te.com/brasil/noticias/2018/03/28/mp-move-acao-contra-cabral-por-prejuizo-de-r-36-milhoes-no-setor-de-transporte.shtml>

empresária”, sem a comprovação do estudo do impacto orçamentário-financeiro de todos os benefícios fiscais e financeiros – transformados em crédito tributário, em cotejo com uma avaliação técnica-objetiva acerca dos resultados sociais e econômicos por esses benefícios produzidos<sup>36</sup>.

No âmbito federal, igualmente, comprovou-se que diversas políticas fiscais desonerativas foram realizadas sem a observância do art. 14, da LRF, causando desequilíbrios nas contas públicas, mormente na Previdência Social.<sup>37</sup> Vale a pena frisar que consiste em ato de improbidade administrativa a concessão de benefícios fiscais sem observância das formalidades legais (art. 10, VII da LIA).

Do ponto de vista do contribuinte, este tem se valido da complexidade do sistema tributário e da insegurança jurídica daí decorrente para a prática da *sonegação fiscal*, gerando déficits na arrecadação. Aludida sonegação, em alguma das suas variantes, ocorre de forma camuflada, através de *planejamentos tributários ilícitos*, e outras, de modo claro, através de estruturados planos de sonegação.

Nesse quesito, a jurisprudência brasileira tende a não aceitar como lícita toda forma de planejamento com vistas apenas à redução do tributo, sem qualquer propósito negocial. Muito embora o contribuinte tenha o direito de planejar os seus negócios e a sua empresa, com o fim de evitar maiores ônus fiscais, certo é que não pode abusar

---

36. Trata-se de decisão da 3a Vara de Fazenda Pública da Capital do Rio de Janeiro em face do Estado do Rio de Janeiro, tendo em vista o ajuizamento de ação civil pública pelo Ministério Público daquele Estado: Processo n. 0334903-24.2016.8.19.0001, em 27.10.2016.

37 . Dados da ANFIP – Associação Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil – revelam que a política de desoneração da folha de pagamentos para a Previdência Social através da Lei n. 12.546/2011 e suas posteriores alterações, ao instituir a contribuição patronal cobrada sobre o faturamento das empresas em substituição à contribuição sobre a folha de pagamento, envolveu renúncia fiscal de cifra orçamentária da ordem de 30 bilhões de reais por ano, sem a devida compensação, recaindo sobre o Tesouro Nacional o dever de compensar a Previdência Social pelas perdas da arrecadação decorrentes desse processo. In: [www.anfip.org.br](http://www.anfip.org.br). “Nota Técnica. Desoneração da Folha de Pagamentos. Impactos no Financiamento da Previdência Social. 2015”.

das formas existentes apenas com esse fim. Há de se exigir outros requisitos para que esse propósito obtenha sucesso.

Sobre o tema, afirma Reges Fernandes de Oliveira<sup>38</sup>:

Não só a elisão ou evasão, repita-se, mas valem-se dos meandros, dos desvios comportamentais para não pagarem os impostos. Sonegam seu pagamento, desviam mercadorias, buscam receber serviços em moeda estrangeira, mantendo contas no exterior ou, cooptam agentes públicos para que evitem exigir o imposto, quando devido ou, por fim, valem-se em colaboração com estes, dos mais diversos meios para ilaquear a boa-fé, obter vantagem indevida, e sempre causam danos ao erário. É a corrupção.

A sonegação constitui instrumento danoso à receita pública, sendo seu impacto da ordem anual de mais de R\$ 300 bilhões de reais, segundo fontes especializadas<sup>39</sup>. Se bem analisado, há maior corrupção no dinheiro que deixa de entrar nos cofres públicos do que no dinheiro que de lá sai por via corruptiva<sup>40</sup>, podendo até mesmo se afirmar que a corrupção não é o principal ralo do dinheiro público no Brasil<sup>41</sup>.

---

38. OLIVEIRA, Reges Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. 2ª. Ed. São Paulo: RT, 2008, p. 233.

39. Não se tem uma metodologia firme ou um levantamento exato dos custos do planejamento fiscal e da sonegação fiscal. Sobre o tema, Marcelo Lettieri Siqueira e Francisco S. Ramos demonstram com profundidade as dificuldades de se mensurar a sonegação: “Uma outra dificuldade em interpretar a sonegação é que, pela sua natureza, ela não pode ser facilmente mensurada. Várias abordagens diferentes têm sido tentadas, mas todas elas apresentam problemas não muito fáceis de serem solucionados...” In A economia da sonegação. Teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, 9(3): 555-581, set./dez., 2005, pp. 558 e ss. Em que pesem as dificuldades, segundo dados do Sindicato Nacional dos Procuradores da Fazenda (Sinprofaz), o país em 2018 deixou de arrecadar R\$ 345 bilhões por causa da sonegação. Esse valor chegou em mais de R\$ 500 bilhões em 2015. O número, sendo real, causa espanto e deve ser objeto de análise política. <https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/brasil-deixou-de-arrecadar-mais-de-r-345-bilhoes-por-sonegacao-em-2018/S>

40. Estima-se que o custo anual da corrupção é de R\$ 70 bilhões de reais: <https://diariodopoder.com.br/custo-anual-da-corrupcao-e-de-r-70-bilhoes-no-brasil-diz-estudo-da-ajufe-e-oab/>

41. <https://www.conjur.com.br/2017-out-26/ricardo-lodi-corrupcao-nao-principal-ralo-dinheiro-publico>

Em todos esses temas, o direito financeiro está cercado de normas que visam a coibir a corrupção, o que demonstra, de entrada, a importância da disciplina para o tema.

## 4.2. No orçamento público

---

O orçamento público, em palavras singelas, é uma lei que autoriza os gastos que o Governo pode realizar durante um período, discriminando detalhadamente as obrigações que deva concretizar, com a previsão concomitante dos ingressos necessários para cobri-las.

Nessa área, os problemas não são menores. Normalmente orçamentos são elaborados sem critérios técnicos, que os aproximem da realidade, a demandar a sua constante adequação. Além disso, a sua elaboração, alteração e execução têm sido motivo para inúmeros escândalos, frequentemente na aprovação de emendas e na sua liberação, dando azo, em alguns casos, a direcionamento de recursos na sua efetivação. De igual modo, o contingenciamento realizado pelo Executivo e a liberação paulatina de alguns recursos têm permitido o fisiologismo estatal, com troca de favores protegidos por um véu não tolerado pelo direito.

As duas recentes Emendas Constitucionais tratando do *Orçamento Impositivo* (EC 86/15 e EC 100/19) não tiveram o condão de reduzir o fisiologismo ou a corrupção no destino dos recursos, dado que, com a certeza da efetivação dos gastos que alocou, alguns parlamentares são tentados a fazer conluio até a etapa final do destino do recurso público.

Cumpre registrar que escândalos, de elevadas proporções, tiveram no orçamento a sua gênese, com destaque para o conhecido “Anões do Orçamento”, em que foram apontadas fraudes na Comissão Mista do Orçamento, no Congresso Nacional:

Alguns dos integrantes dessa comissão – que, por sua baixa estatura, ficaram conhecidos como ‘anões do orçamento’ – fizeram uso de suas prerrogativas para auferirem benefícios indevidos, recebendo dinheiro e outros bens em troca da inclusão de dotações orçamentárias referentes a serviços e obras públicas de interesse de empresas que, em conluio, organizavam estratégias

para vencer as licitações correspondentes (o esquema dos empreiteiros), mesmo quando apresentavam propostas com preços acima dos normalmente praticados no mercado.

A esse exemplo inúmeros outros se poderiam somar. Basta se imaginar que há 5.600 municípios e 27 Estados, afora o Distrito Federal, em que a tentação da mesma prática não é distante.

Importante mecanismo para o combate à corrupção é o princípio da transparência, estudado dentro dos princípios orçamentários. Inegável que uma sociedade bem informada saberá melhor julgar se os comportamentos ocorridos incidem ou não na tipologia da corrupção e avaliará o desempenho das instituições no seu combate.

Aqui ressurgem a importância da educação, dado que se a população sequer tem condições de acompanhar a aplicação de recursos públicos, por exemplo, destinados aos programas sociais, ou se tampouco sabe como denunciar irregularidades ou suspeitas de fraudes ou desvios, os sistemas de fiscalização da atividade administrativa deixam de contar com o controle social, a revelar a importância da educação no combate à corrupção.

Para a efetivação do aludido princípio, torna-se importante a mídia responsável e a liberdade assegurada à imprensa, livre para expor improbidades governamentais, a gerar repulsa social das práticas corruptivas reveladas.

### **4.3. Na despesa pública**

---

A despesa pública é o dispêndio de numerário para a satisfação das necessidades públicas. É por via da despesa pública que o estado troca moeda por serviços e bens, utilizando-os na satisfação das necessidades públicas. Quando essa despesa é indevidamente majorada, elevada com cálculos que tornam o seu pagamento maior do que o seu custo real, ou realizada sem o efetivo recebimento dos bens ou serviços, dentro de uma ideia de comutatividade, tem-se sinais de corrupção.

É nesse ramo do direito financeiro que mais a corrupção se mostra visível, até porque, sendo o Estado a maior fonte de gastos,

proporcionalmente há maior possibilidade de desvio de conduta. Basta uma análise rápida dos principais achados de irregularidades nas prestações de contas, para logo se verificar o pagamento de despesas com notas fiscais inidôneas; realização de compras sem procedimento licitatório ou com procedimento equivocado; realização de pagamentos sem qualquer fiscalização ou efetiva atuação do controle interno; falta de controle dos beneficiários de programas sociais e de medidores de sua eficiência; ocorrência de pagamentos sem total realização do objeto; falta de divulgação de dados de pagamentos a servidores e fornecedores, com vistas a facilitar a fiscalização; subvenções sem a devida prestação de contas, dentre outros.

Por outro lado, como a maior despesa do Estado está na folha de pagamento e na previdência<sup>42</sup>, tem-se nessa fonte campo de inúmeros abusos tendentes à corrupção. Desde o servidor efetivo, que pode possuir acréscimos financeiros sem fundamento<sup>43</sup> – por “ser superior aos demais”, ou estar em desvio de finalidade; àquele com contratação precária, ocupante de cargos em comissão ou até das empresas terceirizadas; e àquele que, embora receba, não trabalha, em tudo isso há desembolso, com grau de corrupção. Em observação acurada, salienta Fernando Scaff<sup>44</sup>:

A dominação hoje exercida pelas corporações mais influentes no setor público, em face de aumento de remuneração e privilégios,

---

42. Levantamento feito pelo Grupo Banco Mundial, chamado “Um ajuste justo: Análise da eficiência e equidade do gasto público no Brasil”, demonstra com clareza as distorções nos gastos públicos no país. In <http://documents.worldbank.org/curated/en/88487151196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>

43. O tema do “fim dos penduricalhos” dos servidores públicos tomou o debate político em 2018 com diversas matérias retratando o custo dos adicionais pagos aos servidores e seu impacto no orçamento. Diversos os projetos de lei que tratam do teto remuneratório (PL 6726/2016, PL 3123/2015 e PL 674/2019): <https://oglobo.globo.com/economia/adicionais-pagos-servidores-publicos-federais-somam-525-bilhoes-este-ano-23323927>;

44. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 554.

é igualmente uma forma perversa de patrimonialismo, o que subverte o princípio republicano. Enquanto houver quem acredite que existe uma “casta” privilegiada dentro do grupo de servidores públicos, teremos desvios na isonomia, que deve presidir as relações de quem serve ao público, e não se serve dos recursos públicos.

E observe-se que para a ocorrência de uma despesa pública, há rigoroso procedimento, chamado de etapas ou estágios da despesa – empenho, liquidação e pagamento –, observado após comprovada a sua compatibilização com os desígnios constitucionais, perpassados pelos PPA, LDO e LOA, para além das normas impostas pelo direito administrativo, principalmente quanto à lei de licitações (Lei n. 8.666/93). Em cada etapa há um rígido controle, com atenção para a fase da liquidação da despesa, em que o fiscal do contrato lidará diretamente com fornecedores de bens e serviços públicos para verificar se o contrato está sendo executado conforme pactuado, e para a fase do pagamento, no sentido de se observar uma ordem cronológica, evitando-se com isso o favorecimento a um fornecedor em detrimento de outro.

Ainda merece atenção no combate à corrupção a preocupação da LRF em impedir dívidas em final de mandato, tidas como heranças fiscais calamitosas, que imobilizam governos recém-empossados. A prática era comum e corruptiva do processo eleitoral. Por isso, a LRF reforçou a proibição de aumentos salariais em final de governo e a contratação de obrigações que não possam ser pagas com recursos pertinentes aquele mandato (art. 42 da LRF). Nesta perspectiva, ao estabelecer normas de procedimento para o uso de recursos públicos, limitar despesas, definir regras para o cumprimento dos orçamentos, obrigar transparência das contas e prever sanções para os desvios de conduta, inclusive de ordem criminal, pode-se dizer que a LRF reforça a filosofia administrativa que exige o fim do descontrole de gastos, que tantos males causou – e ainda causa – ao sofrido cidadão brasileiro.

Outros exemplos de corrupção nas despesas públicas poderiam ser citados, mas o opúsculo não permite ir além da simples demonstração dos espaços para a sua ocorrência.

#### 4.4. No crédito público

---

O crédito público ou empréstimo público tem dupla face. É que o Estado tanto pode tomar empréstimos ou realizá-los, e em ambos os casos se fala em crédito público. Quando o Estado toma dinheiro emprestado, torna-se devedor; quando fornece pecúnia, torna-se credor. A palavra crédito indica, deste modo, que há um sujeito titular de um direito perante outro.

*Como credor*, o Estado oferece recursos financeiros, normalmente através das suas agências oficiais de fomento, como BNDES e Caixa Econômica Federal, com juros geralmente menores do que o mercado, com o fim de incentivar a atividade econômica. *Como devedor*, o Estado utiliza o crédito como fonte de receitas para a realização das suas atividades, valendo-se geralmente da emissão de títulos públicos ou da efetivação de contratos de empréstimos específicos.

Quando age como credor, as falhas estão na ausência de critérios gerais e objetivos que forneçam balizas para que haja maior transparência e segurança na concessão de financiamentos com recursos dos bancos públicos. Sem os critérios, tendem a surgir práticas ilícitas que eventualmente possam ser observadas no direcionamento de créditos, sem permitir maior controle por parte da sociedade.

Os empréstimos efetuados pelos bancos públicos padecem dessa falta de critérios. Por esta razão foi aberta em 2019 a 3ª CPI sobre o BNDES, para apurar os empréstimos efetuados indiretamente pelo Estado e mostrar os critérios do envio dos recursos nacionais a outros países. As outras duas CPIs resultaram em relatórios com instruções de ajustes de gestão de bancos públicos, em termos de critérios de seleção e formas de transparência administrativa<sup>45</sup>.

No passado recente, o escândalo dos bancos Marka e FonteCindam foi o mais emblemático envolvendo crédito público<sup>46</sup>:

---

45. <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/15/cpi-do-bndes-investigar-corrupcao-contratos-financiamento-camara.htm>

46. FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 144 “Escândalos financeiros ocorridos no Brasil,

A fraude ocorreu no Banco Central do Brasil em operações envolvendo dois bancos até então absolutamente desconhecidos do grande público, o Marka e o FonteCindam, realizadas em 12 de janeiro de 1999, quando a autoridade monetária brasileira assumiu a posição dessas duas instituições em contratos futuros de câmbio na Bolsa de Mercadorias e Futuro (BM&F), causando prejuízo aos cofres públicos de milhões de reais.

Os valores emprestados pelo Estado sem transparência ferem de morte as prioridades constitucionais, não apenas pela monta envolvida, mas sobretudo pela finalidade muitas vezes não republicana que resta alcançada.

Quanto age *como devedor*, ao emitir títulos da dívida pública, o Estado movimenta vultosos recursos e age sem a transparência apta a permitir o controle social. Tanto é que, em recente decisão, sob a alegação de que até hoje o Congresso não fez nenhum tipo de auditoria da dívida pública, o Judiciário determinou a instauração de uma CPI para auditar a dívida pública federal do Brasil<sup>47</sup>. Embora não tenha logrado êxito, dado que o TRF derrubou referida decisão, o feito mostra o despertar do país para temas carentes de fiscalização e que importam vultosas somas de recursos na sua concretização, como é o crédito público.

Caso emblemático envolvendo títulos públicos ficou conhecido como o *escândalo dos precatórios*, fraude detectada inicialmente no Município de São Paulo, e depois replicada em outros estados e municípios<sup>48</sup>:

Consistia basicamente no lançamento de títulos públicos “inflados”, ou seja, emitidos em montante muito superior ao necessário para a finalidade a que deveriam se destinar: a liquidação de precatórios e consequente pagamento das dívidas dos estados e municípios decorrentes de condenações judiciais.

---

nos últimos anos, causaram prejuízos aos cofres públicos e à sociedade, segundo levantamento feito pelo jornal O Globo, de pelo menos R\$ 50 bilhões – mais de US 3 bilhões, na época”.

47. <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/juiz-manda-congresso-instaurar-cpi-auditar-divida-publica>

48. FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 156.

Na quadra atual, atenção deve ser dada aos empréstimos tomados pelo Estado, não para investimentos, mas para pagamento de suas despesas primárias, identificando-se com isso verdadeiro caos fiscal oriundo da proteção de privilégios, cujas reformas insistem em não se realizar.

Os elevados déficits primário e nominal ocorridos nos últimos anos, as medidas fiscais tomadas para a sua redução (Novo Regime Fiscal – EC n. 95/2016), e o retorno do país aos patamares de maior crise econômica, mostram que não há qualidade no gasto público e que empréstimos, originalmente pensados como forma de investimento, hoje se tornaram a alternativa do Estado para a sua própria sobrevivência, há um custo elevado na restrição dos direitos sociais.

As prioridades constitucionais não são asseguradas com medidas desse jaez.

#### **4.5. No controle da atividade financeira do Estado**

---

Em primoroso trabalho sobre o tema, Fernando Scaff analisa a relação entre corrupção e falhas no sistema de controle<sup>49</sup>, e conclui que, não apenas por esta razão, mas a falha no controle é relevante para a ocorrência da corrupção: “o sistema de controle financeiro no Brasil é falho e pouco serve ao efetivo controle republicano”.

E aponta as razões: (i) o número elevado de casos de corrupção ocorridos não foi identificado, em sua grande maioria, pelo sistema de controle de contas, mas por denúncias na imprensa; (ii) a falência de diversos entes federativos ocorreu sem o apontamento das falhas pelos órgãos de controle; (iii) a luta pela manutenção e ampliação das vantagens corporativas do setor público também alcança os controladores; (iv) a inexistência de controle sobre as renúncias fiscais dá margem à corrupção; e (v) descontrole no pagamento da dívida pública.

---

49. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, pp. 551 e ss.

A legislação brasileira é pródiga em normas de controle da Atividade Financeira do Estado, muito embora, quanto à corrupção, a eficiência não tem sido comprovada. Esse cipoal normativo permite diversas classificações, que variam de acordo com a ótica do autor.

Fernando Scaff divide os instrumentos de controle a partir da função dos órgãos que o exercem, do seguinte modo: a) Órgãos incumbidos do controle financeiro público não judicial; b) Órgãos incumbidos do controle financeiro público judicial; c) Órgão incumbido do controle financeiro político; d) O controle social; e e) Órgãos incumbidos de controlar os controladores<sup>50</sup>.

Francisco Fonseca, Fernando Antunes e Oscar Sanches classificam o controle com base na divisão de poderes, do seguinte modo: a) controles administrativos; b) controles legislativos; c) controles de contas; e d) controles judiciários<sup>51</sup>.

O mais simples é o utilizado pela doutrina majoritária, pautado direto das normas constitucionais, que divide o controle em externo, interno e social.

O controle interno é o exercido internamente pelos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e seu alcance está no art. 70, combinado com o art. 74, ambos da Constituição. Consiste na necessidade de cada poder possuir uma estrutura que tenha por finalidade analisar e conferir cada processo de pagamento, os registros contábeis realizados, os relatórios e os seus documentos comprobatórios, o cumprimento das metas previstas no PPA, a execução dos programas estabelecidos, dentre outras atribuições, a fim de que haja eventuais correções dentro da própria estrutura do poder, antes de serem conferidos pelo controle externo, além de auxiliar o próprio controle externo. É uma atividade de fiscalização prévia feita pelo próprio poder em relação aos seus agentes, órgãos e instituições.

---

50. SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 429.

51. SPECK, Bruno W. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. Unicamp, 2002, p. 31, *apud* SCAFF (oc. cit.).

O controle externo é o controle exercido exclusivamente pelo Poder Legislativo de cada ente, com o auxílio do Tribunal de Contas, consoante descrito nos arts. 70 a 73, da Constituição. É, na verdade, um controle político, na medida em que o Legislativo é quem o faz, tomando como análise o interesse público ou questões mais amplas em torno do gasto realizado, quando se está diante das contas de governo.

O controle popular ou social consiste na participação da sociedade diretamente no controle da atividade estatal, que pode se dar, quer por meio de representações e denúncias às diversas instâncias do sistema de controle (controle interno, externo e o Ministério Público), quer pelo ajuizamento de ações junto ao Poder Judiciário, através, por exemplo, da ação popular.

Em todos eles há falhas que limitam a sua efetividade. No controle interno, ainda há carência de servidores conhecedores da matéria, e o seu cargo maior, de confiança, geralmente é exercido por quem não possui qualificação técnica. Ademais, o controlador não controla quem o indica.

No controle externo, tem-se que o Tribunal de Contas, órgão que auxilia o Legislativo, também é dominado por indicações políticas, com forte tendência a descontrole. Em estudo sobre o tema, Juliana Sakai e Natália Paiva antecipadamente advertem<sup>52</sup>:

Principais órgãos auxiliares do Poder Legislativo na fiscalização dos recursos públicos, os Tribunais de Contas brasileiros são ocupados majoritariamente por ex-políticos de carreira. Muitos fazem parte de clãs políticos locais e vários são homens públicos de reputação nada ilibada. Essas são as conclusões do levantamento realizado pela Transparência Brasil sobre a vida pregressa de todos os 233 conselheiros em exercício nas 34 cortes.

Do total, 80% ocuparam, antes de sua nomeação, cargos eletivos ou de destaque na alta administração pública (como dirigente

---

52. Estudo realizado por Juliana Sakai e Natália Paiva mostra a realidade desanimadora do controle externo realizado pelo órgão auxiliar – o Tribunal de Contas: In <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>

de autarquia ou secretário estadual, por exemplo); 23% sofrem processos ou receberam punição na Justiça ou nos próprios Tribunais de Contas; e 31% são parentes de outros políticos – em alguns casos, foram nomeados pelos próprios tios, primos ou irmãos governadores. Para completar, devido a ordem judicial sete deles estão afastados das cortes em caráter preventivo, suspeitos de envolvimento em esquemas de corrupção.

O controle político, por sua vez, embora represente fortalecimento da democracia, ainda carece de maior transparência, dado que as eleições do país, até então, são fortemente influenciadas pelo domínio econômico. O país ainda não atingiu maturidade eleitoral, sucumbindo-se diante de práticas nefastas à democracia.

Por fim, o controle social precisa ser estimulado pois, do contrário, o risco de corrupção continuará crescente, dado que é justamente em ambiente sem qualquer estímulo à delação de condutas espúrias que a corrupção encontra espaço.

Certo é que o país está se aperfeiçoando quanto aos mecanismos de controle, com o fito de evitar a malversação dos recursos públicos que tanto desfavorecem o aperfeiçoamento da jovem democracia brasileira. Há muito o que avançar, sobretudo na existência de mecanismos que atraiam o cidadão para o centro do debate da *res publica*, convencendo-os e obrigando-os a denunciarem os desperdícios e as malversações dos recursos públicos.

## **5. DA ABERTURA DAS NORMAS DE CONTROLE COM VISTAS AO COMBATE À CORRUPÇÃO**

---

Da rápida análise da atividade financeira do Estado, viu-se que a corrupção tem forte influência de fatores sociais e éticos, o que torna mais laboriosa a sua avaliação e o seu controle pelo direito. No caso do direito financeiro, sabendo a dificuldade em se punir esses atos, dado que muitos deles estão travestidos em legalidade, não houve outra saída que não a previsão, na Constituição, de expressões mais abertas com vistas a dar maiores poderes de fiscalização aos órgãos encarregados e, com isso, apurar com mais percuciência a ocorrência de atos de corrupção.

Indubitável que as regras legais constituem parâmetro dotado de maior segurança e estabilidade para o exercício do controle por parte dos órgãos julgadores. No entanto, apesar do vasto cipoal normativo que se apresenta como resposta concreta aos diversos casos de corrupção, viu-se a sua liquidez conceitual, de modo que se torna ilusório o discurso de pensar que o conjunto normativo da subsunção é suficiente para abarcar todas as variáveis e formas com que se reveste a corrupção.

Os controles pautados em diversas normas conhecidas levam à conclusão de que a lógica do pensamento jurídico dominante descortina parcialmente algumas práticas corruptivas, sem, no entanto, alcançar outras. A abertura normativa se presta para esse fim.

### 5.1. Da fiscalização da atividade financeira do Estado

---

O sistema jurídico de controle vigente no país é composto de normas constitucionais e infraconstitucionais das mais variadas, sendo proeminentemente formado de normas regulatórias e não principiológicas<sup>53</sup>. E essa escolha tem suas razões, principalmente na área financeira-orçamentária, dado que as regras, por terem função de eliminar ou reduzir problemas de coordenação, conhecimento, custos e controle de poder<sup>54</sup>, tornam-se mais adequadas para essa função. Não seria possível fiscalizar orçamentos bilionários apenas com princípios, muito embora eles sejam essenciais na performance do sistema.

Essa afirmação é comprovada com a leitura do art. 70 da Constituição Federal, que trata das normas da fiscalização contábil, financeira e orçamentária, algumas dotadas de maior abertura interpretativa:

Art. 70. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração

---

53. ÁVILA, Humberto. "Neoconstitucionalismo": entre a "ciência do direito" e o "direito da ciência". *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 17, jan./fev./mar. de 2009. Salvador/Brasil, p. 03. In <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view-File/836/595>.

54. ÁVILA, Humberto. *Idem*, p. 04.

direta e indireta, quanto à **legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas**, será exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.

Pela redação, cinco são os critérios para a fiscalização das contas públicas, a serem utilizados pelo Legislativo, mediante controle externo, e pelo controle interno: legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas. Desses, pode-se dizer que três possuem atributos de regras – legalidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas –, e os demais de princípios<sup>55</sup>.

O controle das finanças públicas através de princípios expressos é novidade trazida na Constituição de 88, visto que as Constituições anteriores se referiam, apenas incidentalmente, ao controle da legalidade<sup>56</sup>. Legitimidade e economicidade ficaram de fora. Com eles, o controle à corrupção fica mais guarnecido.

Se, por um lado, não se controla orçamentos bilionários<sup>57</sup> e as fraudes daí decorrentes apenas com o exame de princípios, também não seria possível controlá-lo apenas com a aplicação da legalidade. O necessário entrelaçamento entre princípios e regras é essencial para o efetivo controle material dos gastos públicos, dado que apenas a observância da formalidade prevista na legislação financeira

---

55. A construção de uma norma como regra ou princípio depende do entendimento do intérprete sobre o conteúdo do que seja um princípio ou uma regra. Sobre o tema: ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros: São Paulo, 2011.

56. Pode-se afirmar que esse dispositivo adquiriu inspiração do art. 114 da Constituição de Bonn: “2. O Tribunal Federal de Contas, cujos membros possuem a independência judicial, controlará as contas assim como a **economicidade** e a **legalidade** da gestão orçamentária e econômica”. Igualmente, aproxima-se da Constituição da Itália: “Art. 100 – O Tribunal de Contas (Corte dei Conti) exerce o controle preventivo quanto à **legitimidade** dos atos do Governo, como também sobre a **exatidão do balanço do Estado**.” E tem pontos de contato com o art. 31 da Constituição da Espanha: “2. El gasto público realizará una asignación **equitativa** de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de **eficiencia y economía**.” In TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: FGV, Out/Dez 1993, pp. 32-33.

57. BRASIL, Congresso Nacional. Lei 13.808, de 15 de Janeiro de 2019. Estima a receita e fixa a despesa da União para o exercício financeiro de 2019. Publicada no DOU de 16.1.2019. Brasília, 2019.

limita o seu adequado alcance<sup>58</sup>. Daí a ampliação constitucional das normas de fiscalização alcançando o mérito do ato administrativo.

## 5.2. Dos princípios financeiro-orçamentários da legitimidade e da economicidade como instrumentos de controle da corrupção

O dia a dia da atividade financeira encontra solução de controle na regra da legalidade. É que, no objeto de análise do direito financeiro estão elementos vertidos em receita, despesa e empréstimos, tudo dentro de um instrumento também normativo chamado de orçamento. A legalidade torna-se a norma condutora no parâmetro avaliativo desses eventos financeiros.

Mas em termos de corrupção, necessário, inclusive, que as regras de *fácil* aplicação sejam (re)desenhadas pelos princípios que acabam (re)definindo o seu sentido e o seu valor<sup>59</sup> e restam por orientar a sua aplicação.

De lembrar que os princípios só poderão ser aplicados, de modo direto sobre fatos e provas, quando inexistir outra norma a solucionar o caso concreto, ou de modo indireto, quando atuam sobre outras normas de forma direta e indireta<sup>60</sup> orientando-lhes o sentido.

---

58. Fernando Scaff critica o simples controle formal: "O sistema de controle financeiro no Brasil é sistematizado para ser exercido de maneira muito mais formal do que substancial. O controle financeiro no Brasil preocupa-se mais com a forma dos atos do que com sua essência" (SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 551)

59. "Os princípios, por serem normas imediatamente finalísticas, estabelecem um estado ideal de coisas a ser buscado, que diz respeito a outras normas do mesmo sistema, notadamente das regras. Sendo assim, os princípios são normas importantes para a compreensão do sentido das regras." (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros: São Paulo, 2011, p. 122.)

60. Humberto Ávila trata da eficácia interna e externa dos princípios. A eficácia interna pode ser direta ou indireta. Na eficácia direta, os princípios exercem uma função integrativa. Na indireta, podem ter função definitória, interpretativa ou bloqueadora. A eficácia externa, pode ser objetiva ou subjetiva. A objetiva apresenta a eficácia seletiva e a eficácia argumentativa. (ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros: São Paulo, 2011pp. 122-128).

Tudo isso é muito claro e aplicável aos princípios jurídicos do direito brasileiro, mas parece não muito comum na aplicação dos princípios da legitimidade e da economicidade. São pouco invocados no dia a dia do controle da atividade financeira.

A primeira razão aparenta ser o direcionamento da sua aplicação, restrito aos controles externo, interno e privado. O art. 70 da Constituição o apresenta como critério de controle a ser utilizado pelo Legislativo, Tribunal de Contas, controladorias internas e controle popular. Desse modo, no Judiciário não há decisões paradigmáticas que permitam esclarecer as condições ideais da sua aplicação. Economicidade e legitimidade são comumente englobados na eficiência, legalidade, moralidade, razoabilidade, enfim, em outras normas com maior alcance.

Outra razão é a sua baixa densidade normativa, que o aproxima mais de um argumento moral do que jurídico. São princípios de rara definição, de concordância teórica, mas de difícil concordância prática, o que dificulta a construção de critérios capazes de assegurar a sua delimitação. Não se tem uma medida para aferir um ato ilegítimo ou antieconômico. O fato de sempre estarem acompanhados de outros princípios na decisão, os tornam meros reforços argumentativos, sem força para direcionar a decisão. Dependerão sempre do caso concreto e da régua do órgão decisor.

Por fim, a sua inobservância gera sanções leves, diferentes das sanções oriundas do malferimento da legalidade, por exemplo. De uma interpretação sistemática, nota-se que, para a Constituição, a sua violação é considerada mera irregularidade, defeito leve, com penalidades mais brandas ao seu fator, o que reduz a sua invocação.

Algumas considerações, no entanto, pretendem mudar a sua fraca densidade normativa.

Princípios que são, a economicidade e a legalidade parecem mais voltados à concepção, de valores, do que propriamente à concepção deontológica. Nessa linha, constroem o tomador da decisão a boas decisões, congruentes com a moral, mas sem critérios jurídicos da sua observância ou violação – embora haja nos princípios em geral um elemento moral, no presente caso essa característica é predominante para determinar a decisão.

E aqui a sua força no combate à corrupção. Dado que o âmbito de sua atuação ultrapassa os lindes do direito, avocando o terreno da moral, tem-se na legitimidade e na economicidade princípios fartos a serem aplicados no controle difuso da corrupção.

Impõe-se, portanto, a sua definição.

*Legitimidade*, para a doutrina, é princípio que aproxima o direito da moral e da política, de modo a afastá-lo da pura legalidade, dado nem tudo que é legal é legítimo<sup>61</sup>. Do ponto de vista moral, está voltado ao campo ético da atividade financeira do Estado, no sentido de saber se a atuação do Estado nas quatro áreas orçamentárias (receita, despesa, crédito e orçamento em sentido restrito) reverbera a relação entre o sacrifício econômico do cidadão no pagamento de tributos e a adequada aplicação dessa receita arrecadada<sup>62</sup>. Trata-se de análise qualitativa da atividade do Estado, de modo que se torna legítima uma medida quando moralmente justa.<sup>63</sup> Do ponto de vista da política, analisa a medida em que as escolhas públicas espelham o afunilamento de prioridades constitucionais na proteção dos direitos fundamentais<sup>64</sup>.

---

61. “Sob o enfoque da legitimidade, a fiscalização examina o mérito do ato praticado pelo agente público para detectar possível desvio de finalidade. Filosoficamente, a legitimidade precede a legalidade. O ato só será legítimo à medida que não contrariar a natureza do homem. Nem tudo que é legal é legítimo. Dessa forma, despesas excessivas com representação ou com cerimônias oficiais festivas, apesar de regulares do ponto de vista legal, porque financiadas com dotações orçamentárias próprias, podem ser questionadas sob o prisma da legitimidade se estiverem em descompasso com os valores fundamentais da sociedade” (In HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98”

62. Para Ricardo Lobo Torres, “A norma do art. 70 da Constituição Federal de 1988 distingue entre a fiscalização formal (legalidade) e a material (economicidade), sintetizadas no controle da moralidade (legitimidade), isto é, estabelece o controle externo sobre a validade formal, a eficácia e o fundamento da execução orçamentária. (...) o controle da (...) legitimidade entende com a própria fundamentação ética da atividade financeira”. In TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: FGV, Out/Dez 1993, p. 33.

63. FURTADO, J.R. Caldas. *Direito Financeiro*. 4ª ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 552

64. “Indubitável que a novidade constitucional do controle do aspecto da legitimidade significa a abertura para a política. Entenda-se: não para a política partidária nem para a pura atividade política ou discricionária, mas para a política fiscal, financeira e econômica”. In TORRES, Ricardo Lobo. *A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas*. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: FGV, Out/Dez 1993, p. 40.

Ora, como toda a interpretação deve ser coerente e íntegra com o sistema, que pressupõe uma totalidade de sentido, tem-se que uma decisão pautada pela legitimidade não se encontra num ponto absoluto, num ponto zero. Ele encontra os fatos e o texto rodeados de sentidos. Nesse sentido, por mais que seja valorativa, a legitimidade, como prescrição jurídica, percorreu um caminho, está marcada por uma historicidade, uma tradição, uma linguagem e um tempo, de modo que traz em seu bojo um plexo de sentidos, sendo inconcebível falar-se em abertura demasiada e discricionariedade dos órgãos de controle no uso desse critério. Serve, portanto, como critério de controle da corrupção.

Não é que seja um princípio estritamente moral. Há um contexto no seu alcance, sendo inconcebível extravasar-se para um ponto absoluto fora da história, da tradição, da linguagem e do tempo em que analisa o caso concreto.

Aqui vai se percebendo a finalidade da legitimidade: apontar, do ponto de vista das despesas, que as mesmas devam observar o subsistema orçamentário constitucional, que protege com maior veemência os direitos sociais, inclusive com indicação mínima de aplicação de recursos, nas áreas de educação e saúde, sem indicar, no entanto, qual a específica política de sua proteção. Nessa linha, quanto mais e melhor forem os serviços prestados aos menos favorecidos, mais legítima será a política. Interesses pessoais não podem sobrepujar aos interesses públicos em momento algum, tampouco desvio de recursos, por mínimos que sejam.

Do ponto de vista da receita, há legitimidade quando se cumpre a Constituição, ao instituir tributos com observância da capacidade contributiva, da igualdade, da vedação ao confisco, dentre outros. Igualmente, quando o orçamento espelha a realidade, quando a renúncia de receita observa os requisitos legais e visa à justiça fiscal, ou quando o dever de pagar tributos se impõe como a contribuição de cada cidadão para o bem da sua nação.

Há um afinilamento constitucional, desde o art. 1º, que apresenta como fundamento a dignidade da pessoa humana, passando pelo art. 3º, que indica como objetivo fundamental do país construir

uma sociedade justa, erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades, que deve ser seguido em toda política para ser considerada legítima. Políticas que aumentem a concentração de renda; concedem créditos com juros subsidiados a empresas brasileiras, mas com investimento no exterior; ou que acentuem privilégios de determinadas categorias em detrimento de outras, aparentam ferir essas normas constitucionais, podendo ser consideradas ilegítimas.

Registre-se que, embora construída a partir de outros textos, pressuposta em outras normas, há elevada importância na sua previsão constitucional, cuja autonomia merece ser relevada. Ela não é vazia de sentido, e por ela permite-se o exame da finalidade do gasto e da motivação oferecida, em situações excepcionais, com muito maior liberdade, acaso os critérios fossem os outros princípios constitucionais. Enquanto o controle jurisdicional está afeto a outros princípios, com ênfase na legalidade, os controles administrativo, político e social podem se valer da legitimidade quando se tratar de gastos inoportunos, inconvenientes, abusivos, irrazoáveis, carecendo, para tanto, elevada dose de justificação. A corrupção, por perfuntória que seja, há de ser controlada.

Quanto a *economicidade*, diz respeito ao exame do dispêndio feito sob o enfoque do custo-benefício, para verificar se foi escolhido, pelo agente público responsável, o meio menos oneroso ao erário, acolhendo a melhor proposta. Refere-se, portanto, ao exame da despesa para saber se ela foi realizada com modicidade. Esse o entendimento de Kiyoshi Harada<sup>65</sup>, Régis Fernandes de Oliveira<sup>66</sup> e Paulo Soares Bulgarin<sup>67</sup>. Todos convergem para uma análise entre meio e fim, fazer mais com menos, efetuar um gasto justo.

---

65. HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 98.

66. "Economicidade diz respeito a se saber se foi obtida a melhor proposta para a efetuação da despesa pública, isto é, se o caminho perseguido foi o melhor e mais amplo, para chegar-se à despesa e se ela fez-se com modicidade, dentro da equação custo-benefício" (In OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Manual de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 94).

67. Para o autor, economicidade trata-se "da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário socioeconômico" (In BUGARIN, Paulo Soares. Re-

Pela economicidade, o ponto de partida é o respeito à escolha do gestor público por determinado gasto. Após, empreende-se análise para saber se o caminho percorrido é apto a atingir o fim: gasto com menor custo possível. Aqui não há espaço para interesse pessoal ou para dano ao erário. Isoladamente, a economicidade é parâmetro de controle apenas se o caminho eleito for demasiadamente destoante para o alcance do fim.

Na mesma linha da legitimidade, percebe-se das decisões administrativas a economicidade como princípio mais próximo de um vetor moral, em detrimento do seu caráter deontológico.

Primeiro, porque a economicidade, quando invocada, está sempre acompanhada de outra norma jurídica que a reforça, seja eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público, eficácia ou até mesmo a legitimidade<sup>68-69</sup>. Sua aplicação se dá agregada topograficamente a outros institutos e nunca está desacompanhada, o que dificulta saber se foi invocada com sentido próprio ou conjunto. Na linha da legitimidade, serve como reforço argumentativo e está sempre dentro de outro critério de decisão.

E tal se dá, por exemplo, porque a eficiência, princípio geral da administração pública (art. 37 da CF), possui densidade normativa maior do que a economicidade, dada a sua função mais ampla. É que, enquanto a economicidade orienta o Estado a gastar o mínimo

---

flexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78, p. 41-45, out./dez. 1998, p. 42)

68. Os conselhos de fiscalização profissional [...] não mais se submetem à observância do Decreto 5.992, de 19.12.2006 [...], que regulamenta a concessão de diárias no âmbito da Administração Pública Federal. A normatização da concessão de diárias, na forma prevista na Lei n. 11.000/2004, deve pautar-se pelos princípios gerais que norteiam a Administração Pública, a exemplo da razoabilidade, da moralidade, do interesse público e da economicidade dos atos de gestão. (Acórdão nº 0.570/ 2007 – Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 11.04.2007)
69. A concessão de décimo quarto e décimo quinto salários pelos conselhos de fiscalização do exercício profissional a seus empregados, seja por ato administrativo ou acordo coletivo, representa afronta aos princípios da moralidade, da razoabilidade, da economicidade e da eficiência, que devem ser observados pelos conselhos de fiscalização. (Acórdão n. 3438/2013 – Plenário, Rel. Ministro Augusto Sherman, julgamento em 04.12.2013).

possível ao fazer determinado investimento, a eficiência vai além, pois sopesa os custos com os resultados sociais da ação estatal.<sup>70</sup> No ponto, afirma Gustavo Binenbojm que

“O princípio da economicidade, inobstante sua autonomia no texto constitucional, é abrangido pela ideia de eficiência. A economicidade corresponde a uma análise de otimização de custos para os melhores benefícios. A economicidade é, assim, uma das dimensões da eficiência”<sup>71</sup>.

Entrelaçamento semelhante há com a moralidade (é imoral um gasto antieconômico), razoabilidade, interesse público e legitimidade. Um gasto antieconômico fere todas essas normas.

Segundo, porque quando citada isoladamente, o é como se tratasse de outro princípio jurídico, mormente a legalidade<sup>72</sup>, legitimidade ou eficiência<sup>73</sup>. É que a realização de cotação de preços, a

---

70. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 74, 75 e 687; JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 84, 85 e 752; MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001, p. 11.

71. BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 346.

72. “É exigível dos gestores de organização social, de acordo com o princípio da economicidade, a realização de prévia verificação da compatibilidade dos preços a serem praticados com aqueles de mercado. Embora a aplicação dos recursos mediante contratos de gestão deva ser analisada com foco nos resultados, isso não afasta a necessidade de serem observados os princípios gerais que regem a aplicação de recursos públicos”. (Acórdão n. 2057/2014 – Plenário, Rel. Ministro Benjamin Zymler, julgado em 06.08.2014). “Se o processo licitatório não apresenta vícios insanáveis na origem, merece ter seu resultado aproveitado, tanto quanto possível, dentro dos critérios da legalidade e economicidade”. (Acórdão nº 0.249/ 2012 – Plenário, Rel. Ministro Augusto Sherman Cavalcanti, julgamento em 08.02.2012).

73. “Assim, ao optar por simplesmente não utilizar os recursos e deixá-los serem corroídos pela inflação, a responsável adotou **atitude ilegítima**, que não atendeu ao interesse público, fazendo jus à punição aplicada por esta Corte. Quanto à alegação de inexistência de ato ilícito, é importante enfatizar que o Tribunal de Contas da União exerce o controle externo de toda a Administração e a fiscalização engloba aspectos atinentes à legalidade, legitimidade e economicidade, conforme previsto no art. 70, *caput*, da Constituição Federal de 1988. Desse modo, a violação ao **princípio da economicidade** é, por si, motivo bastante para o julgamento pela irregularidade das contas.” (TC-251.303/1995-0. Tribunal de Contas da Bahia. Decisão publicada no Diário Oficial da União na edição nº 133, em 31 de maio de 2001).

adequada escolha da modalidade de licitações, estudos de viabilidade técnica e a buscas de alternativas para a solução de casos concretos, são medidas protegidas por outros princípios, e que finalisticamente restam por alcançar a economicidade.

No entanto, não se nega sua autonomia enquanto razão fundante de uma decisão, mormente no âmbito do combate à corrupção, muito embora possua menor densidade normativa. Diversas obras desnecessárias, superfaturadas, aquisições equivocadas, dentre outras, são escolhas antieconômicas, embora também sejam irrazoáveis, extravagantes ou ilegítimas.

Provado que foram observados os critérios postos na legislação para a realização dos gastos públicos (cotação de preço, compatibilidade com os valores de mercado, comparação de possíveis soluções para as demandas, correta modalidade licitatória), a economicidade restará protegida, ainda que o custo efetivo tenha sido maior. Mas, se observado tudo isso, ainda assim houver qualquer vantagem pessoal ou atuação espúria de agente político, tem-se que a economicidade resta violada.

Entendida a corrupção como uma vantagem pessoal obtida à margem da norma, importante compreender o alcance das normas *economicidade* e *legitimidade*, pois que com a sua ampliação do modo aqui proposto, possível alargar o leque dos atos de corrupção quando a vantagem se verifica.

## 6. CONCLUSÕES

---

O presente artigo tentou aproximar o estudo da corrupção à violação das normas de direito financeiro. Embora se trate de conceito amplo, pela exemplificação e pela delimitação perpassada, foi possível descobrir que, dos diversos ramos do direito com intersecção nos estudos da corrupção, o direito financeiro é sobranceiro, pois nada mais próximo das práticas corruptivas do que as áreas abrangidas pela Atividade Financeira do Estado. E, somente conhecendo as suas normas, é possível perceber as falhas do sistema e aprimorá-las na ajuda do combate à corrupção.

Notou-se que receita, despesa, orçamento, crédito e controle públicos são áreas férteis para análise da corrupção, dado que os valores envolvidos são vultosos, a quantidade de pessoas grandiosa e o controle frágil.

Ocorre que, como os atos de corrupção são vários, a luta contra sua diminuição é difícil, até porque variadas são as formas de sua ocorrência. Por estas razões, não tem como afastá-la de uma análise onde se imbrica a moral, dado que suas raízes se encontram no próprio ser humano.

Por esta razão, há de se perquirir o seu controle, não apenas de modo formal, através do cumprimento da legalidade, mas também através de normas abertas como a legitimidade e a economicidade, que têm na moral coletiva um parâmetro de aplicação. Ainda que possuam maior densidade axiológica, as normas de controle são prescrições jurídicas marcadas pela historicidade, pela tradição, pela linguagem, pelo coletivo, pelo tempo, de modo que há um plexo de sentidos, que se sobrepujam à moral individual, e permitem a formação das normas jurídicas com base nesses princípios.

Viu-se que não são princípios estritamente morais, dado que se assim o fossem escapariam da ação do direito. São princípios jurídicos, com carga acentuada de moralidade, que atuam dentro de um contexto, sendo inconcebível extravasar-se para um ponto absoluto fora da história, da tradição, da linguagem e do tempo em que analisa o caso concreto.

Portanto, orçamentos em que práticas de vantagens pessoais, disfarçadas de diversos modos, sobrepujam-se aos interesses coletivos, podem ser alcançados pela legitimidade e pela economicidade, devendo os órgãos de controle aprofundar nessa análise e estabelecerem critérios, a fim de que a corrupção possua mais um freio à sua propagação.

O tema é complexo e justifica a continuidade do estudo. Aqui tão somente se abre o caminho para futuras reflexões que devem construir o sentido das normas jurídicas da economicidade e da legitimidade como mais uma norma de prevenção aos atos corruptivos, se comparados com outras normas que não conseguiram alcançar esse fim.

## 7. REFERÊNCIAS

---

### *Livros e Periódicos*

- ALMEIDA, Carlos Rodrigues de. Criminalidade Organizada e Corrupção. In: *Segundo Congresso de Investigação Criminal*. Coimbra: Almedina, 2009.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. Malheiros: São Paulo, 2011.
- BALEEIRO, Aliomar. *Uma introdução à ciência das finanças*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- BINENBOJM, Gustavo. *Temas de Direito Administrativo e Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BORGES, José Souto Maior. *Introdução ao Direito Financeiro*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. *Revista do Tribunal de Contas da União*, Brasília, v. 29, n. 78, p. 41-45, out./dez. 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Corrupção e Democracia. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: RT, 2001, n. 226, out./dez. 2001.
- FREITAS, Vladimir Passos de; WOLF, Rafael. Corrupção e direito ambiental: a proteção penal com objetivo de um meio ambiente sustentável. In LAUFER, Daniel (Coord.). *Corrupção – Uma perspectiva entre as diversas áreas do Direito*. Curitiba: Juruá, 2013.
- FURTADO, J.R. Caldas. *Direito Financeiro*. 4<sup>a</sup> ed., Belo Horizonte: Fórum, 2014
- FURTADO, Lucas Rocha. *Brasil e Corrupção: análise de casos (inclusive a lava jato)*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- GODINHO, Thiago José Zanini: Contribuições do Direito Internacional ao Combate à Corrupção. *Rev. Fac. Direito UFMG*, Belo Horizonte, n. 58, p. 347 a 386, jan/jun. 2011.
- GONTIJO, Conrado Almeida Corrêa. *O crime de corrupção no setor privado*. São Paulo: LiberArs, 2016.
- HABIB, Sérgio. *Brasil: Quinhentos anos de corrupção*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1994.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito Financeiro e Tributário*. 22<sup>a</sup> ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

- MODESTO, Paulo. Notas para um Debate sobre o Princípio Constitucional da Eficiência. *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, CAJ, volume I, n. 2, maio de 2001.
- MOURA, Evânio. *Corrupção Eleitoral – Princípio da proporcionalidade e proteção jurídica insuficiente*. Curitiba: Juruá, 2018.
- OLIVEIRA, Regis Fernandes de. Curso de Direito Financeiro, 2ª. Ed., São Paulo: RT, 2008, p. 240.
- OLIVEIRA, Reges Fernandes de. *Curso de Direito Financeiro*. São Paulo: RT, 2008, p. 235.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes de. *Manual de Direito Financeiro*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- RAMINA, Larissa L.O. *Ação internacional contra a corrupção*. Curitiba: Juruá, 2003.
- SCAFF, Fernando Facury. *Orçamento Republicano e Liberdade Igual – Ensaio sobre Direito Financeiro, República e Direitos Fundamentais no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.
- SODRE, Antonio Carlos de Azevedo; ALVES, Maria Fernanda Colaço. Relação entre Emendas Parlamentares e Corrupção Municipal no Brasil: Estudo dos Relatórios do Programa de Fiscalização da Controladoria-Geral da União. *RAC*, Curitiba, v. 14, n. 3, art. 2, Mai./Jun. 2010.
- SIQUEIRA, Marcelo Lettieri; RAMOS, Francisco S. A economia da sonegação. Teorias e evidências empíricas. *Revista de Economia Contemporânea*, Rio de Janeiro, set./dez., 2005.
- SPECK, Bruno W. (Org.). *Caminhos da transparência*. Campinas: Ed. Unicamp, 2002.
- TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- TORRES, Ricardo Lobo. O Princípio da Transparência no Direito Financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimidade Democrática e o Tribunal de Contas. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo: FGV, Out/Dez 1993.

**Artigos assinados publicados em jornais, sites, blogs e revistas eletrônicas**

- ÁVILA, Humberto. “Neoconstitucionalismo”: entre a “ciência do direito” e o “direito da ciência”. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*. N. 17, jan./fev./mar. de 2009. Salvador/Brasil, p. 03. In <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/836/595>.

**Reportagens, notícias e entrevistas em jornais e revistas**

- 04 mai 2014. Pesquisa sobre os Tribunais de Contas do país. Transparência Brasil. Disponível em < <https://www.transparencia.org.br/downloads/publicacoes/TBrasil%20-%20Tribunais%20de%20Contas%202016.pdf>>. Acesso em 25.06.2019.
- 08 out. 2014. Relatório do Grupo Banco Mundial sobre corrupção. Disponível em <<https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2014/10/08/world-bank-group-integrity-report-sustained-global-interventions-transnational-corruption-challenges>>. Acesso em 30.06.2019.
- 30 jul 2015. Nota técnica da ANFIP sobre a desoneração da folha. Disponível em <<https://www.anfip.org.br/publicacoes/nota-tecnica-desoneracao-da-folha-de-pagamentos-impactos-no-financiamento-da-previdencia-social/>>. Acesso em 30.06.2019.
- 26 out 2017. Matéria sobre a relação entre corrupção e sonegação. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2017-out-26/ricardo-lodi-corrupcao-nao-principal-ralo-dinheiro-publico>>. Acesso em 01.07.2019.
- 10 nov 2017. Um Ajuste Justo. Disponível em <http://documents.worldbank.org/curated/en/884871511196609355/pdf/121480-REVISED-PORTUGUESE-Brazil-Public-Expenditure-Review-Overview-Portuguese-Final-revised.pdf>> Acesso em 20.04.2019.
- 09 jan. 2018. Matéria sobre transparência no sistema tarifário. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2018-jan-09/contas-vista-preciso-transparencia-sistema-tarifario-transporte-coletivo>>. Acesso em 30.06.2019.
- 22 fev. 2018. Matéria sobre corrupção nas tarifas públicas. Disponível em < <https://exame.abril.com.br/brasil/corrupcao-pode-ter-elevado-tarifa-do-pedagio-em-ate-quatro-vezes/>>. Acesso em 01.07.2019.
- 28 mar 2018. Matéria sobre corrupção em isenções fiscais. Disponível em <<https://imirante.com/brasil/noticias/2018/03/28/mp-move-acao-contra-cabral-por-prejuizo-de-r-36-milhoes-no-setor-de-transporte.shtml>>. Acesso em 01.07.2019.
- 04 jun 2018. Matéria sobre decisão judicial determinando abertura de CPI. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-jun-04/juiz-manda-congresso-instaurar-cpi-auditar-divida-publica>. Acesso em 01.07.2019.
- 09 ago 2018. Matéria sobre sonegação no país. Disponível em <<https://congressoemfoco.uol.com.br/economia/brasil-deixou-de-arrecadar-mais-de-r-345-bilhoes-por-sonegacao-em-2018/>>. Acesso em 30.06.2019.
- 19 dez 2018. Matéria sobre corrupção em isenções. Disponível em <<https://g1.globo.com/rj/rio-de-janeiro/noticia/2018/12/19/mp-entra-com-acao-contra-peza-e-dornelles-por-corrupcao-em-isencoes.ghtml>>. Acesso em 01.07.2019.

- 22 dez 2018. Matéria sobre os adicionais pagos aos servidores. Disponível em <<https://oglobo.globo.com/economia/adicionais-pagos-servidores-publicos-federais-somam-525-bilhoes-este-ano-23323927>>. Acesso em 30.06.2019.
- 22 jan. 2019. Matéria sobre corrupção em contratos de concessão de pedágio. Disponível em <<https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2019/01/28/lava-jato-denuncia-beto-richa-psdb-e-mais-32-por-corrupcao-em-contratos-de-concessao-de-pedagio.ghtml>>. Acesso em 01.07.2019.
- 15 mar 2019. Matéria sobre a CPI do BNDES. Disponível em <<https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2019/03/15/cpi-do-bndes-investigar-corrupcao-contratos-financiamento-camara.htm>>. Acesso em 01.07.2019.
- 04 abr. 2019. Matéria sobre o combate à corrupção realizada pelo FMI. Disponível em <<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2019/04/04/blog-fm-ch2-tackling-corruption-in-government>>. Acesso em 30.06.2019.

## Capítulo XII

# A reforma do Ensino Médio prevista na Lei nº 13.415 de 2017: mudanças na Educação Pública e aplicabilidade no ensino noturno

*Jailson Armando Ca\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução ; 2. Desenvolvimento do ensino médio no Brasil; 3. De medida provisória nº 746/2016 a Lei nº 13.415/2017; 4. O ensino médio noturno e suas nuances ; 5. Considerações finais ; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Este breve trabalho tem como objetivo analisar a Reforma do Ensino Médio a luz da Lei 13.415 de fevereiro de 2017 e compreender quais as principais mudanças na educação pública e se será possível aplicá-la ao período de aulas noturno. Assim, busca-se indagar e/ou responder aos seguintes questionamentos: como ficará o ensino noturno pós reforma? Como os alunos do noturno irão completar a carga horária prevista na Lei? Qual a conjuntura de elaboração da lei? Porque a lei depende da BNCC- Base Nacional Comum Curricular para entrar em vigor? Quais principais mudanças empreendidas pela reforma?

A relevância deste artigo dar-se-á pela importância da compreensão do tema que vem a ser uma reforma no modelo de educação do país, podendo ocasionar em danos para as gerações futuras, visto que, deve-se observar a conjuntura em que essa mudança virá a ocorrer e quais os impactos causará ao sistema educacional.

---

(\*) Advogado.

O método adotado neste trabalho é de natureza básica, abordagem qualitativa, e exploratória; mediante embasamento teórico e análise da legislação vigente. Para tanto, vale discorrer sobre o desenvolvimento do Ensino Médio no Brasil principalmente no período da noite e o contexto de surgimento da Medida Provisória com a posterior conversão na Lei 13.415/17, vale ressaltar as principais mudanças no sistema de ensino público focando no Ensino Médio noturno e as suas nuances.

No entanto, vale ressaltar, que não houve um esgotamento no estudo do tema, tendo em vista que estamos numa “zona cinzenta” em relação a essa reforma, já que a lei, embora já sancionada, ainda depende da aprovação da Base Nacional Comum Curricular, e, por isso, ela ainda não tem nenhuma eficácia.

## **2. DESENVOLVIMENTO DO ENSINO MÉDIO NO BRASIL**

---

Ao construir um breve recorte histórico sobre o Ensino Médio no Brasil verifica-se que sua implantação ocorreu a partir de condições históricas, sociais, políticas, culturais e econômicas. De acordo com as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica- DCN (BRASIL, 2013) os primeiros registros sobre a regulamentação e organização do ensino secundário no Brasil surgem com a reforma educacional Francisco de Campos em 1931 que estabeleceu uma modernização do ensino secundário no país. Segundo as diretrizes, a reforma mesmo regulamentando o ensino secundário, não teve a função de atender toda a população, e seu objetivo era promover o acesso dos estudantes ao ensino superior. No entanto, vale ressaltar que a DCN fala do Decreto Nº 19.890/31.

Não muito diferente da reforma atual, a conhecida Reforma Capanema, de acordo com o DCN (BRASIL, 2013), criou uma série de Leis Orgânicas da Educação Nacional, em meados de 1942, que teve o ensino secundário como objetivo de formar as elites condutoras do Estado Brasileiro, com ensino profissionalizante atendendo as necessidades ascendentes de uma economia industrial e uma sociedade urbana. Isso, no contexto histórico do Governo de Getúlio Vargas em que havia um processo de industrialização no Brasil.

Ainda, segundo as Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica a Reforma Capanema dividiu o ensino secundário em dois ciclos: “o primeiro correspondia ao curso ginásial, com duração de quatro anos, destinado a fundamentos; o segundo estava relacionado aos cursos clássico e científico, com duração de três anos com o objetivo de consolidar a educação ministrada no ginásial” (BRASIL, 2013). Assegurava aos estudantes que concluísse curso de primeiro ciclo do ensino comercial, industrial ou agrícola, o direito à matrícula nos cursos clássico e científico. Entre as providências cabia aos concluintes dos cursos comerciais técnicos realizarem exames, espécies de vestibulares, para o ingresso nos cursos superiores.

Posteriormente, foi criada a primeira Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB em 20 de dezembro de 1961. Ela, além de apontar diretrizes para a educação brasileira, de acordo com o seu Cap. II, Art. 44, o ensino secundário tinha uma variedade de currículos e as unidades de ensino tinham autonomia para escolherem as matérias optativas, já o ciclo ginásial tinha a duração de quatro anos e o colegial de três anos no mínimo.

Ainda de acordo com a DCN após dez anos a LDB/61 foi alterada pela Lei nº 5.692/71 que fixou Diretrizes e Bases para o ensino de 1º e 2º grau no país. Isso provocou mudanças em relação ao antigo ginásial, antes considerado fase inicial do ensino secundário, e agora passou a ser considerado a fase final do 1º grau de oito anos, conhecido atualmente como Ensino Fundamental I e II e o 2º grau, hoje Ensino Médio.

A última LDB criada pela Lei Federal nº 9.394 em 1996, define o Ensino Médio como ultima etapa final do ensino básico. Na Seção IV intitulada do Ensino Médio, Art. 35 diz que o ensino médio é a etapa final da educação básica, com duração mínima de três anos, e tem como finalidades:

[...] I – a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II – a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se

adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III – o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV – a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina. (BRASIL, 1996)

Logo, a LDB/96 define como bases do Ensino médio, um ensino aprofundando que deve ser adquirido após o ensino fundamental, dando condições para que o educando possa prosseguir nos estudos, bem como, seja preparado para alcançar a cidadania e o trabalho, sem deixar de lado a formação da pessoa humana, levando em conta os aspectos éticos, morais e desenvolvendo a capacidade crítica, reflexiva e intelectual, fundamentado na compreensão dos conhecimentos científicos- tecnológicos. Vale ressaltar, como explicado posteriormente, que após 1996 a LDB sofreu alterações, dentre elas, a provocada pela Lei 13.415/17. Assim, de acordo a Constituição Federal de 1988, Art. 205.

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho. (BRASIL, 1988).

Portanto, a educação é garantida pela CF/88 como um direito social fundamental, portanto, promove a dignidade humana, incentivando a participação na sociedade, com o intuito de desenvolver na pessoa a sua condição de cidadão, além de garantir a inserção no mercado de trabalho.

Vale salientar, que desde 1998 foi criado o ENEM- Exame Nacional do Ensino Médio, uma prova com caráter interdisciplinar que visava inicialmente avaliar voluntariamente o nível dos estudantes. Hoje, esta é a maneira que maioria dos jovens tem de conseguir uma vaga na Universidade, seja pública ou privada, através de outros programas como ProUni e Sisu. Assim, vem sendo realizado anualmente pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) e Ministério da Educação (MEC).

Em 1998, quando o Enem foi criado para avaliar o domínio de competências pelos estudantes concluintes do ensino médio, a participação era voluntária. O exame recebeu então cerca de 157 mil inscrições. Em 2001, os alunos de escolas públicas passaram a ter isenção do pagamento da taxa de inscrição. O número de participantes foi superior a 1,6 milhão. A nota do exame passou, em 2004, a ser critério de participação dos candidatos a bolsas de estudo do Programa Universidade para Todos (ProUni), lançado naquele ano. O Enem teve 1,5 milhão de inscritos. A maior mudança aconteceu em 2009, quando o Ministério da Educação criou o Sistema de Seleção Unificada (Sisu). (BRASIL, 2015)

Isso, nos leva a perceber o quão importante é o Ensino Médio, pois é essa fase que costuma direcionar os jovens a escolha de qual profissão irá seguir. Por isso, válido é ter um conhecimento mais amplo para adquirir mais condições seguir de já uma profissão ou continuar os estudos na graduação mediante boa nota no ENEM.

### **3. DE MEDIDA PROVISÓRIA Nº 746/2016 A LEI Nº 13.415/2017**

---

Em momentos difíceis e de inseguranças para a nação brasileira, estão sendo criadas várias Medidas Provisórias, dentre elas a Medida Provisória nº 746/2016. Como bem explica Silva e Ferreti, ela foi publicada em 23 de setembro de 2016 poucos dias após a posse definitiva de Michel Temer como presidente da República, considerada por muitos brasileiros como ilegítima e ilegal após o impeachment da presidente eleita Dilma Rousseff, um processo conturbado e carregado de dúvidas o levou a ser chamado de golpista. Assim, Temer exarou esta Medida Provisória- MP que viria a passar pelos trâmites legais até se tornar na lei ordinária de nº 13.415/17, de forma unilateral e autoritária.

A MPV nº 746 foi transformada no PL nº 34/2016 com base no Relatório da Comissão Mista. Esse PL foi aprovado na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, sancionado e publicado no Diário Oficial da União (DOU) como Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017. Foi, desse modo, incorporada à LDB nº 9.394/1996. (SILVA; FERRETI, 2017, p. 397).

A reformulação do Ensino Médio trará modificações na carga horária, mas o principal questionamento de como será possível a implementação de tais mudanças é com relação ao ensino integral. A explicação da ementa da MP transcrita abaixo demonstra as principais mudanças.

Promove alterações na estrutura do ensino médio, última etapa da educação básica, por meio da criação da Política de Fomento à Implementação de Escolas de Ensino Médio em Tempo Integral. Amplia a carga horária mínima anual do ensino médio, progressivamente, para 1.400 horas. Determina que o ensino de língua portuguesa e matemática será obrigatório nos três anos do ensino médio. Restringe a obrigatoriedade do ensino da arte e da educação física à educação infantil e ao ensino fundamental, tornando as facultativas no ensino médio. Torna obrigatório o ensino da língua inglesa a partir do sexto ano do ensino fundamental e nos currículos do ensino médio, facultando neste, o oferecimento de outros idiomas, preferencialmente o espanhol. Permite que conteúdos cursados no ensino médio sejam aproveitados no ensino superior. O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular – BNCC e por itinerários formativos específicos definidos em cada sistema de ensino e com ênfase nas áreas de linguagens, matemática, ciências da natureza, ciências humanas e formação técnica e profissional. Dá autonomia aos sistemas de ensino para definir a organização das áreas de conhecimento, as competências, habilidades e expectativas de aprendizagem definidas na BNCC. (BRASIL, 2016)

Todavia, a mudança que atrai especial atenção com a alteração proposta pela MP nº 746 para o currículo, diz respeito ao art. 36 da Lei de Diretrizes e Bases- LDB nº 9.394/1996 totalmente modificado nos incisos I, II, III, IV e inclui o inciso V; altera o parágrafo 1º e 3º e inclui os parágrafos 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 11º, 12º, 13º, 14º, 15º, 16º e 17º. Vale ressaltar, que com as mudanças neste artigo ocorreu também a retirada das disciplinas obrigatórias de filosofia e sociologia e isso significa tirar a possibilidade da formação crítica necessária para o exercício da cidadania dos estudantes.

Para perceber essa mudança basta comparar como era o artigo 36 da LDB antes e como ficou pós MP.

§ 1º Os conteúdos, as metodologias e as formas de avaliação serão organizados de tal forma que ao final do ensino médio o educando demonstre: I – domínio dos princípios científicos e tecnológicos que presidem a produção moderna; II – conhecimento das formas contemporâneas de linguagem; III – domínio dos conhecimentos de Filosofia e de Sociologia necessários ao exercício da cidadania. Antes da Reforma [grifo nosso]

Parágrafo 1º: § 1º Os sistemas de ensino poderão compor os seus currículos com base em mais de uma área prevista nos incisos I a V do caput. Pós MP [grifo nosso] (BRASIL, 2017)

O artigo 208 da Constituição federal, bem como a própria LDB já falavam em aprender para o trabalho, no entanto, com a Reforma do Ensino Médio e consequentemente as alterações na LDB, trabalhar parece ser evidenciado em detrimento do estudar. O parágrafo 11º do art. 36 da LDB demonstra isso.

§ 11. A critério dos sistemas de ensino, a oferta de formação a que se refere o inciso V do caput considerará: I – a inclusão de experiência prática de trabalho no setor produtivo ou em ambientes de simulação, estabelecendo parcerias e fazendo uso, quando aplicável, de instrumentos estabelecidos pela legislação sobre aprendizagem profissional; e II – a possibilidade de concessão de certificados intermediários de qualificação para o trabalho, quando a formação for estruturada e organizada em etapas com terminalidade. (BRASIL, 2017)

Vale ressaltar, que isso pode provocar a inserção de mão-de-obra barata no mercado de trabalho e incrementar o processo de estagiariação, modalidade de trabalho informal já debatido por estudiosos das ciências sociais.

Nos vários estudos sobre trabalho informal a denominação “informalidade” tem sido utilizada para representar os mais distintos fenômenos, quais sejam: sonegação e evasão fiscais, terceirização, estagiariação, contratação ilegal de trabalhadores assalariados, trabalho temporário, assalariamento disfarçado, comércio de rua, trabalho ambulante, prestação de serviços, trabalho autônomo, microempresas etc. (BARRETO, 2003, p.13)

Sendo, que as diversas modalidades de trabalho informal é o que mais está sendo potencializado na conjuntura política atual do país, então, o que a Reforma no Ensino pretende é adequar a esta

realidade, inserção de trabalhadores cada vez mais sem senso crítico no sistema capitalista. O que não é de fácil compreensão é porque motivo uma reforma tão importante foi feita através de Medida Provisória, segundo o Professor Dirley da Cunha Jr. (2012) editar MP é atribuição privativa do Presidente da república, atinente a Chefia de Estado. Fato que, não houve uma discussão popular prévia sobre o assunto, e a MP deveria ser publicada em caso de relevância e urgência como bem expressa o art. 62 da CF (BRASIL, 2016) “Em caso de relevância e urgência, o Presidente da República poderá adotar medidas provisórias, com força de lei, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional”.

Como aparentemente tal assunto apesar de relevante, não seria tão urgente e deveria passar por mais debates, haveria a necessidade observar as situações das escolas públicas, já que é comum os noticiários relatarem fatos do sistema de ensino atual, que normalmente não dar conta dos seus alunos em tempo parcial, quiçá integral. Uma das principais críticas de diversos intelectuais, professores e pesquisadores da educação é que esta medida representa um atraso de pelo menos 40 anos na educação, comparada ao momento da ditadura militar e da Era Vargas, nomeada de Reforma Capanema, pelo Decreto-lei n.4.244 de 9 de abril de 1942, que organizou o ensino secundário em dois ciclos: o ginasial, com quatro anos, e o colegial, com três anos, tema já supra mencionado.

A reforma Gustavo Capanema, em 1942, que sucedeu a reforma Francisco Campos, de 1931, afirmou a dualidade do ensino ao opor o ensino primário e profissional e o ensino secundário e superior. Dentro dessa dualidade, a função do ensino secundário, como formador dos adolescentes, era oferecer uma sólida cultura geral, apoiada sobre as humanidades antigas e modernas, com o objetivo de preparar as individualidades condutoras, isto é, os homens que assumiriam maiores responsabilidades dentro da sociedade e da nação, portadores de concepções que seriam infundidas no povo. (NUNES, 2000, p. 40).

A educação, portanto, não deve focar apenas na capacitação para o trabalho, deve formar para o livre exercício da cidadania. Bem como, não deve ser objeto de decisão somente do poder executivo na

figura do Presidente, depende da participação da família e da sociedade de forma geral, como bem expressa a CF.

Válido é ressaltar, que a apesar da MP 746/16 já ter passado pelos seus trâmites e se transformado na Lei 13.405 em 16 de fevereiro de 2017, atualmente em vigor, ela ainda não possui nenhuma eficácia, pois dependerá da BNCC- Base Nacional Comum Curricular que está ainda em desenvolvimento, através de discussões em audiências públicas com representantes de órgãos da educação, como o MEC- Ministério da Educação e CNE- Conselho Nacional da Educação, educadores e estudantes. No entanto, haverá varias dificuldades em adequar tal lei ao sistema de educação vigente no Brasil, e pior, elaborar uma nova BNCC abarcando tudo isso. Segundo Ferreti e Silva

Cabe ainda considerar que as propostas de integração presentes na segunda versão da BNCC, quando assentadas na perspectiva delineada pelas atuais DCNEM e para a educação profissional, conflitam com a proposição central da MP nº 746, na medida em que esta flexibiliza o currículo dessa etapa estruturando-o sob a forma de percursos formativos, o que não permite a integração na forma indicada naqueles documentos, embora possam ocorrer pela articulação interna dos componentes de cada um dos percursos, obviamente limitando-a não apenas do ponto de vista dos campos de conhecimento envolvidos, mas também daquele referente à sua concepção. (FERRETI; SILVA, 2017, p. 399)

A lei 13.405/17 traz em seu bojo a Reforma do Ensino Médio, mas parece só ser capaz de reformar mesmo após a reforma da BNCC, pois em vários artigos faz menção a necessidade da Base Comum Curricular, como no art. 36.

Art. 36 O currículo do ensino médio será composto pela Base Nacional Comum Curricular e por itinerários formativos, que deverão ser organizados por meio da oferta de diferentes arranjos curriculares, conforme a relevância para o contexto local e a possibilidade dos sistemas de ensino, a saber:

[...] § 3º A critério dos sistemas de ensino, poderá ser composto itinerário formativo integrado, que se traduz na composição de componentes curriculares da Base Nacional Comum Curricular – BNCC e dos itinerários formativos, considerando os incisos I a V do caput. (BRASIL, 2017)

Após a aprovação da BNCC, prevista para dezembro de 2017, resta saber como se adequará ao ensino público, pois os novos PCNs-Parâmetros Curriculares Nacionais também deverão ser feitos para direcionar os professores no ensino. E até o MEC publicar tanto a BNCC, quanto os PCN's, possa ser que as autoridades voltadas ao ensino com qualidade consigam reverter essa situação, pois no sistema de ensino vigente no Brasil, tal Reforma é basicamente impossível de vir a ter aplicabilidade.

#### 4. O ENSINO MÉDIO NOTURNO E SUAS NUANCES

---

O recorte sobre os principais marcos legais a respeito do ensino médio no Brasil demonstram as transformações, tanto em relação à nomenclatura, quanto em relação aos objetivos e princípios. Contudo, um dos objetivos centrais do Ensino Médio são, sobretudo, a formação de cidadãos e qualificação para o mercado de trabalho.

Em relação inicialmente ao ensino noturno do Brasil, Togni e Carvalho afirmam que há registros desde os tempos do Império,

[...] Ao que se sabe, as primeiras notícias acerca da existência de ensino noturno no Brasil, datam do tempo do Império. [...] encontram-se dados de que entre 1869 e 1886, escolas noturnas para adultos funcionavam em diversas províncias do país. Esses cursos estavam relacionados, já naquela época, aos adultos analfabetos, que não tinham acesso à escola em idade própria e que não tinham tido possibilidade de frequentar aulas no período diurno, por estarem trabalhando. (TOGNI; CARVALHO, 2007, p. 62)

É possível perceber na fala das autoras que a realidade da escola noturna do passado é muito presente nas escolas noturnas dos nossos tempos, pois ambas buscam atender as mesmas desigualdades educacionais, ou seja, a questão do analfabetismo dos adultos, a idade imprópria e a necessidade de trabalhar. Logo,

Deve-se dizer, ainda, que, inicialmente, as classes noturnas eram voltadas para a alfabetização de adultos e o prosseguimento de estudos iniciais, mas a necessidade fez com que também o ensino secundário, hoje ensino médio, passasse a ter cursos noturnos. (TOGNI; CARVALHO, 2001, p. 62)

Em relação ao “ensino noturno”, a Constituição Federal de 1988, no Art. 208, inciso VI diz que há “oferta de ensino noturno regular, adequado as condições do educando”. Assim, é dever do Estado garantir o acesso ao ensino noturno regular, de forma gratuita, compatíveis a condição do estudante e assegurando que todos após os 17(dezessete) anos tenham acesso à escola, mesmo com idade acima do indicado para a educação básica. Logo, o público do noturno, geralmente são jovens e adultos que buscam concluir ou prosseguir os seus estudos, ainda que já trabalhem. Segundo Almeida

Mais do que nunca, os alunos do período noturno têm de conciliar trabalho e escola, conciliação que traz um desgaste cotidiano – poucas horas de sono, dificuldades com transporte, falta de tempo para comer, pouco tempo com a família, privação ou postergação de alguns bens de consumo [...]. (ALMEIDA, 1998, p. 24)

Para Togni e Carvalho (2007) há velhos e conhecidos problemas do ensino noturno, são eles: a oferta de escolas e vagas para o noturno, a localização das instituições de ensino (a maioria localizada nas capitais e centros urbanos, impedindo assim o acesso de estudantes que moram em comunidades e localidades distantes desses grandes centros), a questão da evasão escolar, a necessidade de trabalhar etc.. Um outro aspecto apresentado pelas autoras faz referência as particularidades do ensino noturno em relação ao gênero, pois as vagas eram oferecidas apenas para pessoas do sexo masculino, ou seja, as mulheres inicialmente não frequentavam a escola noturna. Assim, de acordo com elas a escola noturna tinha apenas a função de alfabetizar os adultos e trabalhadores homens. Hoje, ter a possibilidade de concluir o ensino básico a noite é acessível, não há distinção por sexo. No caso específico desse estudo busca-se mapear as principais características do ensino médio noturno (antigo 2º grau).

Ainda, segundo as autoras Togni e Carvalho (2007) o ensino médio noturno esta incluído em um modelo de educação generalista, ou seja, não há na LDB diretrizes e bases específicas para o ensino no período da noite.

Desse modo, a LDB/2017 que fixa diretrizes e bases para a educação brasileira, na seção IV sobre o Ensino Médio, não apresenta medidas voltadas exclusivamente para o Ensino Médio Noturno.

Apenas, em três dispositivos cita o ensino noturno regular, como no título III, sobre o direito à educação e do dever de educar que pertence ao Estado, no inciso VI trata da oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, que como já vimos são muito peculiares em relação aos alunos do período diurno.

Assim, para Dirley da Cunha Jr. (2012) o acesso a educação é direito público subjetivo e o não oferecimento do ensino obrigatório, ou a oferta irregular, enseja a responsabilidade da autoridade competente, ao fazer menção aos artigos 205 e 208 da Carta Magna. Mas, se não foram observados a urgência e a relevância nesta reforma, isso significa um desrespeito aos preceitos constitucionais e a população brasileira.

Segundo as autoras Togni e Carvalho (2007) o ensino médio noturno surge nos anos 50 a fim de atender uma demanda crescente da população que não se contentava com o diploma do ginásio (Ensino Fundamental II até o 9º ano). E o apogeu do ensino médio (2º grau) se dá entre os anos 70 e 80 com a abertura de escolas públicas e privadas. Contudo, o ensino noturno não possuía leis específicas, assim,

[...] Além de estar subordinado a uma lei generalizada, o ensino noturno apresenta outras inconveniências e algumas características peculiares, que precisam ser levadas em conta para se contemporizar as conseqüências: os professores muitas vezes estão no terceiro turno de trabalho diário, quase todos os alunos têm jornadas de trabalho de oito ou mais horas diárias, não raro em atividades pesadas e difíceis, os conteúdos fogem da área de interesse dos alunos, etc. (TOGNI; CARVALHO, 2007, p.63)

E perceptível, todavia, que o perfil dos alunos que frequentam a escola durante a noite é diferente daqueles que frequentem no diurno, pois na maioria das vezes são jovens/adultos que trabalham, tem dependentes, precisam concluir o ensino básico para conseguir um emprego melhor, fazem outras atividades durante o dia, querem independência, etc. são pessoas que querem mais maturidade e muitas vezes menos estudo, fato que pode provocar menos rendimento na aprendizagem. Diante dessa desigualdade educacional, a escola noturna na maioria das vezes já tem uma carga horária relativamente menor do que a do diurno.

[...] a escolha do turno noturno nem sempre se reduz aos alunos trabalhadores. Muitos jovens, ainda que não trabalhem, deixam em aberto a possibilidade de cursar esse turno, porque necessitam de certa independência ou precisam sentir-se úteis para a família, motivação bastante incentivada pela importância que adquire o consumo nas relações sociais. Mas também porque o clima escolar do noturno é mais atraente para o jovem. É um clima mais descontraído, menos rígido, “mais adulto”. Isso começa a acontecer também com a opção de alguns jovens pelos cursos supletivo. [...] A atitude do grupo de jovens que escolhe o ensino noturno independentemente do trabalho é bastante questionada, pois é interpretada como desvalorização da escola e dos estudos por esses estudantes (KRAWCZYK, 2011, 763/764)

Há previsão legal para haver um ensino diferenciado para alunos do noturno, como a educação física que passou a ser disciplina facultativa. A LDB em seu Art. 26. §3º.

§ 3º A educação física, integrada à proposta pedagógica da escola, é componente curricular obrigatório da educação básica, sendo sua prática facultativa ao aluno:

(Redação dada pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

I – que cumpra jornada de trabalho igual ou superior a seis horas; (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

II – maior de trinta anos de idade; (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

III – que estiver prestando serviço militar inicial ou que, em situação similar, estiver obrigado à prática da educação física; (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

IV – amparado pelo Decreto-Lei no 1.044, de 21 de outubro de 1969; (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

V – (VETADO) (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003)

VI – que tenha prole. (Incluído pela Lei nº 10.793, de 1º.12.2003). (BRASIL, LDB, 2017)

O referido Art. 26. da LDB em seu caput aborda que os currículos do ensino básico deve ter uma base nacional comum, a ser complementada, em cada sistema de ensino e estabelecimento escolar, por uma parte diversificada, exigida pelas características regionais e locais da sociedade, da cultura, da economia e da clientela. Isso

significa que os programas e projetos das escolas poderão ser diferentes e se adequar a realidade dos alunos, como no caso do ensino noturno. No entanto, resta saber como será a adequação da lei 13.405/17 a realidade dos estudantes que optam pelo período noturno, com a carga horária que será ampliada, isso poderá contribuir para o aumento dos índices de evasão escolar. A referida lei alterou a Lei de Diretrizes e Bases no artigo 24 *in verbis*.

Art. 1º O art. 24 da Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art. 24.

I – a carga horária mínima anual será de oitocentas horas para o ensino fundamental e para o ensino médio, distribuídas por um mínimo de duzentos dias de efetivo trabalho escolar, excluído o tempo reservado aos exames finais, quando houver;

.....

§ 1º A carga horária mínima anual de que trata o inciso I do caput deverá ser ampliada de forma progressiva, no ensino médio, para mil e quatrocentas horas, devendo os sistemas de ensino oferecer, no prazo máximo de cinco anos, pelo menos mil horas anuais de carga horária, a partir de 2 de março de 2017.

§ 2º Os sistemas de ensino disporão sobre a oferta de educação de jovens e adultos e de ensino noturno regular, adequado às condições do educando, conforme o inciso VI do art. 4º." (NR) (Redação dada pela Lei nº 13.415, de 2017). (Brasil, 2017)

Preciso é inferir que na modalidade de ensino noturno atual, já há muitas vezes um despreparo dos professores para lidar com alunos muitas vezes cansados pela dupla ou tripla jornada. Que na conjuntura proposta pela LDB de 1996 já há uma grande diferenciação nos níveis de aprendizagem de tais alunos, a disparidade de conhecimento só será realçada pós reforma do Ensino Médio.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

O tema em questão neste artigo representa um retrocesso para a educação, pois na verdade o que a reforma propõe é cada vez mais formar para o trabalho, criar seres não pensantes, sem luz própria,

indivíduos cada vez mais individuais e sem consciência da coletividade. Pois formar pessoas estudantes, conhecedoras das ciências humanas e propedêuticas tem gerado questionamentos sobre as estruturas impostas, tem derrubado sistemas de corrupção, tem causado anomia social.

Os problemas levantados estão relacionados à Educação: Ensino Médio; Período Noturno do Ensino Médio; Jornada Escolar, Qualidade de Ensino e das Escolas, entre outros. O Ensino Médio realmente precisa de uma política clara e objetiva, mas não imposta de forma autoritária e arbitrária, como está ocorrendo atualmente no Brasil, pois o problema está na base educacional. É preciso uma mudança em todas as etapas do ensino com as decisões acerca da reforma tomadas com a participação de todos os envolvidos no processo de ensino/aprendizagem: estudantes, pais, profissionais e pesquisadores da educação, entre outros.

Se tal reforma produzir alguma eficácia no Ensino Médio do período diurno, restará impossibilitada de aplicabilidade no Ensino Médio noturno, tendo em vista uma carga horária já reduzida e o perfil dos estudantes, isso pode causar aumento na evasão escolar. Não restam dúvidas, que os alunos do ensino noturno também terão mais déficits na aprendizagem em relação aos do período integral.

Há que se considerar, portanto, que o governo pretende interferir em todas as fases da educação, mas não mostra como a reforma será implementada nas condições atuais das escolas públicas e nem como será o acesso dos estudantes ao ensino superior.

## 6. REFERÊNCIAS

---

ALMEIDA, Laurinda R. *Curso Noturno: uma abordagem histórica*. São Paulo: FDE, 1998, p. 17-28. Idéias, 25.

BARRETO, Theo da Rocha. *A Precarização do trabalho e da vida dos novos trabalhadores informais: o trabalho flexível nas ruas de Salvador*. Monografia de conclusão do Bacharelado em Ciências Sociais da Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas da UFBA. Orientadora: Prof<sup>a</sup> Dr<sup>a</sup> Maria da Graça Druck. SALVADOR 2003. Disponível em <<http://www.flexibilizacao.ufba.br/MonografiaTheo.pdf>>, acessado em 10/12/2017.

- BRASIL, *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9394.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm)>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)> Acesso em 10/12/2017.
- BRASIL. *Decreto nº 19.890, de 18 de abril de 1931*. Dispõe sobre a organização do ensino secundário. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-19890-18-abril-1931-504631-publicacaooriginal-141245-pe.html>>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Diretrizes Curriculares Nacionais da Educação Básica*. Brasília: MEC, SEB, DICEI, 2013. Disponível em <[http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com\\_docman&view=download&alias=13448-diretrizes-curriculares-nacionais-2013-pdf&Itemid=30192](http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=13448-diretrizes-curriculares-nacionais-2013-pdf&Itemid=30192)>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Entenda a Tramitação da Medida Provisória*. Disponível em <<http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/entenda-a-tramitacao-da-medida-provisoria>>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Lei nº 1.076, de 31 de março de 1950*. Disponível em <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1950-1959/lei-1076-31-marco-1950-363480-publicacaooriginal-1-pl.html>>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.415 de 16/02/2017*. Disponível em <<http://legis.senado.leg.br/legislacao/DetalhaSigen.action?id=602639>>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Lei nº 13.415, de 16 de fevereiro de 2017*. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2017/lei/L13415.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13415.htm)>, acessado em 10/12/2017.
- BRASIL. *Lei nº 5.692, de 11 de agosto de 1971*. Disponível em <[https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5692.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5692.htm)>, acessado em 10/12/2017.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley. Curso de Direito Constitucional. 6. ed. Bahia: Juspodivm, 2012.
- DOMINGUES, José Juiz; TOSCHI, Nirza Seabra; OLIVEIRA, João Ferreira de. *A reforma do Ensino Médio: A nova formulação curricular e a realidade da escola pública*. Educação & Sociedade, ano XXI, nº 70, Abril/00. Pag. 63-79
- Exame evolui desde a criação, há 17 anos, e amplia oportunidades na educação superior*. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=30781>>, acessado em 10/12/2017.

- FERRETI, Celso João; DA SILVA, Mônica Ribeiro. *Reforma do Ensino Médio no Contexto da Medida Provisória No 746/2016: Estado, Currículo e Disputas por Hegemonia*. Educ. Soc., Campinas, v. 38, nº. 139, p.385-404, abr.-jun., 2017
- KRAWCZYK, Nora. *Reflexão Sobre Alguns Desafios do Ensino Médio no Brasil Hoje*. Cadernos de pesquisa v.41 n.144 set./dez. 2011.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Medida Provisória nº 746, de 2016 (Reformulação Ensino Médio)*. Disponível em <<http://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/126992>>, acessado em 10/12/2017.
- MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO. *Novo Ensino Médio – DÚVIDAS*. Disponível em <<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=40361>>, acessado em 10/12/2017.
- NUNES, Clarice. *O “velho” e “bom” ensino secundário: momentos decisivos Clarice Nunes*. Programa associado à Pós-Graduação em Educação da Universidade Federal Fluminense. Centro Pedagógico Pedro Arrupe. Mai/Jun/Jul/Ago 2000 Nº 14, disponível em <http://www.scielo.br/pdf/rbedu/n14/n14a04>, acessado em 10/12/2017.
- TOGNI, A. C.; CARVALHO, M. J. S. *A escola pública noturna de ensino médio no Brasil*. Revista Iberoamericana de Educação. Número – maio/ agosto, 2007, p. 61-76.



## Capítulo XIII

# O princípio do respeito da dignidade humana e a convenção dos direitos do homem

*Jeremias Arone Donane\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Surgimento da Comissão Europeia dos Direitos Humanos: uma reflexão necessária; 2.1. Definição e valor jurídico do princípio da Dignidade da Pessoa Humana; 3. Dignidade humana conceito; 3.1. Fontes do princípio da dignidade humana ; 4. Crítica a omissão do princípio da dignidade da pessoa humana na Convenção Europeia dos Direitos Humanos; 4.1. Materialidade de interpretação do princípio; 4.2 Dignidade "em si" e "por si mesmo"; 4.3. Dignidade "fundamental" e "real"; 4.4 "Princípio de interpretação material" dos textos; 5. Dignidade da pessoa humana como valor e princípio na Convenção Europeia dos Direitos Humanos; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

---

O respeito a dignidade humana constitui um núcleo difícil do património constitucional europeu implica que se associe este valor a esses direitos que não saberiam sofrer nenhuma diminuição, nenhuma restrição, mesmo em casos de circunstâncias excepcionais.

Do ponto de vista jurídico mais formal e por se colocar sobre o terreno do direito europeu dos direitos humanos a dignidade humana, como núcleo difícil do património cultural europeu, pode ser associada ao artigo 3 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos,

---

(\*) Mestrando em Direitos Humanos pela Universidade Federal da Bahia – Brasil, Graduado em Direito pela Universidade Zambeze – Moçambique, Graduado em ensino de Francês com habilitações literárias ao ensino de Inglês pela Universidade Pedagógica – Moçambique, Advogado – Estagiário da OAM – Ordem dos Advogados de Moçambique. Correio electrónico: jeremiasarone90@gmail.com.

proibindo de maneira absoluta a tortura, os tratamentos e penas desumanas e degradantes.

A comissão europeia dos direitos humanos, no seu relatório dos casos asiáticos da África oriental, faz uma interpretação notável desta disposição vendo a proibição absoluta de toda discriminação fundada na origem racial, desde tal discriminação mina a dignidade humana. O tribunal europeu Húngaro, no seu caso concernente a constitucionalidade da pena de morte<sup>1</sup> opinião discordante dos magistrados Labady e Tersztyanzsky aprova também a dignidade humana como valor superior de todos os outros: a pena de morte é arbitrária porque a existência e a dignidade humana se colocam no vértice da hierarquia dos valores elas são a fonte e a base de todos os direitos humanos e constituem os valores que no olhar do direito, são invioláveis e inalienáveis. O famoso caso do Tribunal Europeu dos direitos Humanos no caso Soering<sup>2</sup> é apenas uma parte da outra

1. (arrêt du 24 octobre 1990 (n° 23/1990) La peine de mort était inconstitutionnelle lorsqu'on lui appliquait une lecture comparative des articles 8.2 et 54.1 de la Constitution. Les dispositions pertinentes du Code pénal et d'autres règles juridiques connexes qui autorisaient la peine de mort comme sanction pénale entraient en conflit avec l'interdiction de toute limitation de la substance du droit à la vie et à la dignité humaine. Il ressortait d'un examen de la Constitution que la vie humaine et la dignité humaine. Ainsi la cour la cour a anulé la disposition de code Pénale et de procedure penale relatives à peine de morte n invoquant notamment l'article 1er du protocole additionnel n° 6 à la convention. Depuis le 1er Janvier 2012, une nouvelle constitution este n viguer en Hongrie, Marc Verdussen
2. Soering Historicamente, as normas legais sobre a extradição buscaram proteger a soberania do Estado em cujo território o acusado se encontra. A partir da segunda metade do século passado, contudo, o princípio da soberania sofreu importantes restrições, notadamente pela adoção de diversos tratados de direitos humanos. Eles reconheceram o indivíduo, para além dos Estados, como ator importante no direito internacional. As normas de extradição não ficaram imunes a essa mudança, e passaram a conter princípios que visam a proteção dos direitos humanos do extraditado. Em um caso histórico julgado pela Corte Europeia de Direitos Humanos em 1989, um cidadão alemão, Jens Soering, teve sua extradição do Reino Unido aos EUA suspensa. Neste caso, o petionário, Soering, nacional da Alemanha Ocidental, assassinou os pais de sua namorada em Virgínia e escapou para o Reino Unido, do qual os Estados Unidos solicitaram sua extradição.. Julgado em 7 de julho 1989 e com a emissão de uma nota diplomática datada de 28 julho 1989 o governo do Reino Unido informou às autoridades dos Estados Unidos da América que a extradição do Sr. Soering para o país, com previsão de aplicação de pena de

ilustração da preponderância do direito ao respeito a dignidade humana dentro do sistema jurídico europeu.

A comissão Europeia dos direitos Humanos, diferentemente dos vários tratados internacionais em matéria dos direitos humanos não contem referências explícitas da dignidade humana e nem do seu principio como o objetivos motor, e parece nada menos lógico que presumir que a sua filosofia é coerente com a defesa da dignidade humana segundo os mesmos princípios que outros instrumentos internacionais relativos aos direitos humanos. Essa dedução apoia – se a adesão aos valores e objectivos da Declaração universal dos Direitos Humanos incorporados no preambulo da CEDH e sobre as decisões frequentes da Corte Europeia dos Direitos Humanos como faremos referencia mais abaixo.

Não subjaz dúvidas que negar a alguém a dignidade é considerá-lo inferior e não mais considerá-lo como ser humano, se bem que a significação da dignidade da pessoa parece ser uma geometria variável segundo os contextos e os diferentes direitos que invocam as referências que em si são feitas, mesmo discretas, tem um valor explicativo que contribui para o desenvolvimento duma compreensão geral do termo que é superior a soma das suas partes. Ainda nos é peculiar pensar na possibilidade ou na não possibilidade de integração do princípio da dignidade humana na CEDH, o que em nosso entender ira desencadear nas diversas manobras interpretativas que poderiam ser evitadas a partir da sua integração visto ser um diploma cujo interesse é fundamentalmente a proteção da pessoa humana<sup>3</sup>.

---

morte, fora recusada. Tal caso estabeleceu que os Estados são de fato responsáveis, em determinadas circunstâncias, pelo bem-estar dos indivíduos em outros países.

3. Considerando que a finalidade do Conselho da Europa é realizar uma união mais estreita entre os seus Membros e que um dos meios de alcançar esta finalidade é a protecção e o desenvolvimento dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Reafirmando o seu profundo apego a estas liberdades fundamentais, que constituem as verdadeiras bases da justiça e da paz no mundo e cuja preservação repousa essencialmente, por um lado, num regime político, verdadeiramente democrático e, por outro, numa concepção comum e no comum respeito dos direitos do homem, segundo o preambulo da CEDH.

## 2. SURGIMENTO DA COMISSÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS: UMA REFLEXÃO NECESSÁRIA

Em 4 de Novembro de 1950, foi assinada em Roma a CEDH, ou Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais<sup>4</sup>, no âmbito da principal tarefa do Conselho da Europa de tutela dos direitos do homem, criando um Tribunal dos Direitos do Homem em Estrasburgo com competência para julgar casos de violação dos direitos do homem. Essa foi a primeira das convenções negociadas e celebradas sob a égide do Conselho da Europa e entrou em vigor em 3 de Setembro de 1953 (CAMPOS, 2010, p. 672). Esse texto teve o mérito de ser o primeiro instrumento jurídico vinculativo de direito internacional em matéria de direitos humanos, constituindo o mais perfeito modelo internacional de direitos fundamentais, criado após a Segunda Guerra Mundial perante a falência dos modelos puramente nacionais de defesa de direitos fundamentais e o que explica a razão das altas expectativas dos Estados europeus na sua redacção.

Ainda hoje (cumpriu, em 3 de Setembro de 2013, 60 anos de vigência) representa o melhor exemplo da hipótese internacional de defesa dos direitos fundamentais, completando a protecção constitucional conferida por cada Estado. (ROCHA, 2013, p. 54) Tinha, em 2012, 47 Estados – partes, ou seja, todos os membros do Conselho da Europa, a mais abrangente das organizações europeias (CAMPOS, 2010, p. 649 e 656). A sua ratificação é, aliás, requisito indispensável para a adesão a essa organização regional (TAVARES, 2012, p. 94).

A CEDH viria a ter alguns Protocolos adicionais: foram assinados 14 entre 20 de Março de 1952 e 13 de Maio de 2004, dos quais metade se encontra em vigor. A discussão sobre a adesão das Comunidades Europeias À CEDH quase tão antiga como as próprias Comunidades (JACQUÉ, 2011, 995). Em 1975, o Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia fez, “pela primeira vez, de forma explícita,

---

4. Portugal aderiu ao Conselho da Europa em 1976 como 19.º Estado membro e ratificou esta Convenção pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no Diário da República n.º 236, I Série, p. 2119 a 2145. (CAMPOS, 2010, p. 664 e 689).

referência a disposições da CEDH como elemento de interpretação para a definição do grau de protecção dos direitos fundamentais no quadro comunitário” (ANTUNES, 1995, p. 91).

O Parlamento Europeu foi, em 1977, a primeira das instituições comunitárias a sustentar a tese da adesão das Comunidades Europeias à CEHD, numa estratégia de protecção comunitária dos direitos fundamentais, caminho que foi sendo traçado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Quanto a natureza jurídica da CEDH, trata-se de tratado multilateral normativo que constitui fonte fundamental dos direitos humanos no plano internacional, dotados, pois, de força normativa. Encontrando-se, por isso, sujeito as regras impostas, salvo disposição em contrário, ao Direito Comum dos Tratados<sup>5</sup>. Cuja ratificação dos Estados obriga-os juridicamente a cumprir e respeitar as normas de direitos nela previstos e a integrá-los no seu Direito Interno (art. 46)<sup>6</sup>. Cabendo ao Estado tomar as medidas necessárias para remediar as consequências da violação de que foi reconhecido culpado. Se o seu direito interno não permite apagar totalmente as consequências da violação, o Tribunal pode condená-lo a pagar indemnização financeira à parte lesada. Para evitar a reiteração da violação da CEDH e suas consequências, o Estado vê-se geralmente na obrigação de introduzir alterações nas respectivas legislações ou práticas de modo a garantir no futuro o respeito do direito em causa<sup>7</sup>.

Assim sendo as decisões do Tribunal comportam efeitos cujo alcance transcende a especificidade dos casos submetidos. Cuja jurisprudência, pela sua continuidade e coerência, exerce efeitos preventivos, dissuadindo as autoridades nacionais, colocadas perante a perspectiva de sanções internacionais, de agir contra as disposições

---

5. Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Disponível em: <https://saudeglobaldotorg1.files.wordpress.com> acesso em 10 de Maio de 2010.

6. CEDH – art. 46.º Força vinculativa e execução das sentenças 1. As Altas Partes Contratantes obrigam-se a respeitar as sentenças definitivas do Tribunal nos litígios em que forem partes.

7. Desde que o Estado haja reconhecido a jurisdição do TEDH – artos. 46 e 50 do Regulamento do TEDH.

da CEDH. Podemos ainda ressaltar que as sentenças do TEDH possuem autoridade de caso julgado para o Estado em questão. Ou seja, a sentença tem força de res judicata, não vindo a produzir efeitos erga omnes. Nos termos do art. 53.º da CEDH<sup>8</sup>, a sentença é obrigatória para o Estado, no qual espontaneamente lhe dar imediata e automática execução, isto é, característica do processo de celebração em tratados internacionais, tratado self-executing.

Uma coisa é a afirmação dos direitos humanos, outra é a garantia do seu respeito e a sanção para o seu incumprimento. Segundo ALVES, o art. 1º da CEDH<sup>9</sup>, consagra a doutrina de que os Estados têm obrigações positivas – inerentes ao respeito efetivo da mesma, nomeadamente quanto aos direitos intitulados no Título I, podendo escolher os meios necessários para o efeito ou para dar cumprimento a um acórdão. Efeitos estes, jurídicos verticais – O particular face ao Estado. Como num contrato, comprometem-se a respeitar e a fazer respeitar a presente CEDH.

Ao criar obrigações positivas ou obrigações de fazer(dever de proteger e de garantir)<sup>10</sup> para os Estados, impõem-lhes a realização de medidas proativas que visem a efetiva concretização dos direitos garantidos. Vindo a obrigação positiva a se desdobrar em obrigação positiva processual de realizar um inquérito efetivo para descobrir os culpados e puni -los pela violação dos direitos materiais. A CEDH,

- 
8. CEDH – Princípio da boa-fé – art. 53 Salvaguarda dos direitos do homem reconhecidos por outra via Nenhuma das disposições da presente Convenção será interpretada no sentido de limitar ou prejudicar os direitos do homem e as liberdades fundamentais que tiverem sido reconhecidos de acordo com as leis de qualquer Alta Parte Convenção Europeia dos Direitos do Homem Contratante ou de qualquer outra Convenção em que aquela seja parte. Citamos ainda, como exemplo, o país da Dinamarca que veio a alterar a lei relativa à guarda de crianças fora do casamento; o da Suécia modificou a lei relativa à obrigatoriedade da educação religiosa; e, Grécia modificou a lei sobre prisão preventiva. Assevera-se que a CEDH visa proteger direitos – não teóricos ou ilusórios, mas concretos e efetivos.
  9. CEDH – art. 1º Obrigação de respeitar os direitos do homem As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção.
  10. Cf. WEIS, Carlos. O Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais. Disponível em: < <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/textos/tratado06.htm>>. Acesso em 15 de Maio de 2010.

cria ainda efeitos jurídicos horizontais, pelo menos indiretamente, – o particular face a outro particular – devendo o Estado está atento às violações cometidas por particulares. O Estado não pode cruzar os braços, abstendo-se de agir ou mantendo legislação em vigor que favoreça a violação pelos particulares.

## 2.1. Definição e valor jurídico do princípio da Dignidade da Pessoa Humana

---

A primeira alusão a dignidade humana no texto normativo parece ser do artigo 151 da Constituição Alemã, dita de Weimar, de 11 de Agosto de 1919, que menciona uma existência da dignidade humana<sup>11</sup>. O contexto será de emergência constitucional dos direitos económicos, sociais e culturais que esse texto é um dos primeiros a consagrar. É notável que a invocação da dignidade humana para a obtenção de direitos crenças e críticas, mais é neste contexto que a noção se afirma que pela primeira vez em direito.

O valor normativo supremo da Constituição é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política (Gilmar Mendes, 2011, p. 61.)

Hoje é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. Tudo isso

---

11. Die Ordnung des Wirtschaftslebens muss den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des Einzelnen zu sichern. « L'organisation de la vie économique doit correspondre aux principes de la justice et se proposer comme but de garantir à tous une existence digne de l'homme. Dans ces limites, la liberté économique de l'individu sera assurée.

sem prejuízo de se continuar a afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores, sobretudo na Espanha e na América Latina denominam neoconstitucionalismo. (Gilmar Mendes, 2011, p.61)

Na atualidade, a proteção da dignidade da pessoa humana é reconhecido como um princípio jurídico pelos instrumentos internacionais e igualmente pelos instrumentos jurídicos do direito interno de vários países. Entre os instrumentos internacionais, é necessário abarcar evidentemente o pacto internacional sobre os direitos civis e políticos de 16 de Dezembro de 1966 assim que a Convenção Europeia dos Direitos Humanos de 4 de Novembro de 1950. Esses princípios internacionalmente proclamados esta igualmente consagrados pelo direito interno de muitos países como acima mencionamos, isso credibiliza e estabiliza os estados quando conseqüentemente haja tribunais de forma a efetivar conflitos resultantes da violação da dignidade da pessoa humana.

Segundo Henri Pujol (1998, P.5)

La protection de la dignité humaine» et dans les papiers de la communication il est indiqué "Respect de la dignité humaine". Je préférerais "Respect" à "Protection". La protection est un geste défensif qui est parfois utile parce qu'il y a des capitaux culturels, scientifiques, constitutionnels de l'humanité qu'il faut défendre, mais le respect veut dire qu'on va vers l'autre, qu'on fait du chemin vers l'autre, et qu'on l'écoute. Alors je souhaite qu'il y ait de votre part une très grande capacité d'écoute pendant tout ce colloque et je suis certain de la qualité de vos travaux.

Entendemos que a convenção europeia esqueceu – se de reconhecer esse princípio de grande magnitude enquanto devia ter plasmado, ao não citar dentro do texto de tão grande importância para estados europeus que signatários da Convenção.

Convêm cristalizar que esse princípio foi exposto alias na ocasião dum caso interessante, visto que se tratava simplesmente dum recurso a forma diante do juiz administrativo francês, para pedir anulação do decreto municipal interditando um espectáculo de arremesso de anões.

Os espectáculo de arremesso de anões que era assim considerado, que consiste, como podem imaginar a agarrar uma pessoa de baixo tamanho para tentar projetar o mais longe possível, e esse espectáculo era naturalmente organizado com o consentimento dos anões que achavam naquela actividade o meio de subsistência, e haviam sido interditados por um prefeito considerando que o espectáculo era por definição degradante e colocava em causa a dignidade humana. A contribuição dessa decisão reside no fato de, pela primeira vez, o juiz administrativo Francês entendeu o conceito de ordem pública por integrar a violação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Dai resultou no direito francês notadamente em direito administrativo o que não é normal, os perfeitos que são encarregados de velar pela boa ordem e a polícia municipal pode impedir toda proibição que atente contra a dignidade humana todas as vezes que for colocada em causa, não será apenas uma possibilidade mais uma obrigação na medida onde a autoridade policial esta obrigada a usar a força para assegurar a ordem pública. É anormal o lugar que tem o princípio da dignidade humana no direito francês e no âmbito de ordem pública se entende como um conceito largo.

Essa consagração do princípio não percorrerá sem problemas na sua definição: quando a lugar ao atentado a dignidade humana? O juiz administrativo considera que a arremessa de anões constituem um atentado a dignidade humana, mais não esta precisa o conteúdo da noção. Incumbira portanto anormal aos juizes, no âmbito de recurso os juizes constitucionais e administrativos, precisar esta noção.

A concepção jurídica leva-nos ao resultado de uma reflexão cuidadosa, apesar de uma articulação às vezes vertida na descrição, o grande mérito de trazer um fôlego inovador sobre um tema que, embora pouco pensado na lei, permanece uma notícia inegável. Claramente notável que hoje não pode haver democracia verdadeira sem respeito pelo princípio da dignidade humana. Essas construções de raciocínio levaram diversas nações, no âmbito de internalização do direito positivo, a respeitarem a dignidade humana. Como o respeito

à dignidade humana é de fato quase universalmente reconhecido<sup>12</sup>, acredita – se que ela pode ser descrita como um princípio geral do direito interno do Estado, mas lamenta não poder ser reconhecida no direito internacional.

### 3. DIGNIDADE HUMANA CONCEITO

---

Inexistem dúvidas sobre o lugar e a brado que a dignidade da pessoa humana ocupa presentemente. A aura deste conceito, cria no seio dos estados dificuldades de chegar – se a uma resposta suficiente, ou seja, a sua satisfação conceitual gera enormes debates ate por grandes especialistas, optando por dizer o que não é a dignidade humana.

Segundo Kant, as coisas possuem um preço, e os homens possuem dignidade. Essa teoria, informada por bases religiosas e filosóficas, é considerada a base da moderna concepção ocidental da dignidade da pessoa humana.

Em suma, a dignidade humana não está apenas ligada ao sujeito real como uma pessoa única e incomparável, mas também aos seus símbolos, e mesmo à humanidade em geral realizada em seus traços mais imateriais. Conjugando direito natural e direito positivo, ela cria a junção entre física e metafísica, entre a mais concreta e a mais abstrata. Esta é a sua força.

De fato, torna-se um argumento de princípio oponível em todos os momentos, não a certas categorias de ofensas, mas ao crime simbólico que pode estar associado a elas, o que não deve ser confirmado pelos muitos casos citados aqui, que envolvem a imagem de alguns

---

12. Existem, é claro, muitas disposições que afirmam o reconhecimento internacional do princípio; no entanto, permanece muito incompleto. Por exemplo, há poucos casos em que o juiz usa expressamente o princípio. Para além de duas espécies recentes do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – SW e CR contra o Reino Unido, de 22 de Novembro de 1995, sobre casos de violação entre cônjuges – e uma decisão do Tribunal de Justiça das Comunidades Abril de 1996 – P / S e Cornwall Country Council – em termos de transexualismo, parece pelo menos difícil de entender as verdadeiras razões para essa relativa relutância, incluindo os órgãos de Estrasburgo. Embora não pareça explicitamente, como dissemos, na Convenção, a doutrina é geralmente unânime em enfatizar sua importância.

ou de um grupo. Uma rápida análise lexicográfica da dignidade na jurisprudência do Tribunal de Cassação dos últimos dois anos mostra: o termo se repete na vizinhança de noções como "honra", "reputação", "consideração" ou "respeito". O uso cada vez mais freqüente do termo "dignidade" indica uma vasta nebulosa, cujos contornos não são claramente distinguíveis, e que pode ser tentativamente chamado de litígio de respeito. Em virtude do seminário internacional sobre a dignidade humana na Universidade Montpellier na França, JOHANNA KROEZE(1998, P. 14) defendeu que:

La Constitution considère que la dignité humaine est non seulement un droit de l'homme, mais également un principe essentiel pour l'ordre juridique et social. Les théoriciens affirment que la Constitution établit une hiérarchie de valeurs sur laquelle se fondent tous les autres droits et d'aucuns considèrent que la dignité humaine se trouve au sommet de cette hiérarchie. End'autres termes, la dignité humaine serait un principe premier dans lequel tous les autres droits trouveraient leur origine. Elle est donc considérée tant comme un fondement que comme un droit spécifique.

Como explica SARLET (2001) propôs uma conceituação jurídica para a dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que ofaz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão dos demais seres humanos.

Assevera (BARROSO, 2000, P. 296) dignidade da pessoa humana é uma locução tão vaga, tão metafísica, que embora carregue em si forte carga espiritual, não tem qualquer valia jurídica. Passar fome, dormir ao relento, não conseguir emprego, são, por certo, situações ofensivas à dignidade humana.

Assim, a dignidade da pessoa humana concorre como limite e obrigação dos poderes estatais. Como limite vale ressaltar que

a dignidade gera efeitos fundamentais contra atos que a violem e exponham a grave ameaça. Como obrigação a dignidade humana implica em deveres concretos de tutela por parte dos órgãos estatais, no sentido de proteger a dignidade de todos, assegurando também, por meio de medidas positivas o devido respeito e promoção, MAURER, (2005).

Desse modo, a dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco da pessoa, irrenunciável e inalienável, ou seja, é elementar à condição humana, uma vez que este valor é inerente à pessoa, em toda e qualquer circunstância, sendo de responsabilidade do Estado a proteção e a promoção de sua existência

Embora essa discussão seja pouco asseverada, importa deixar claro que, com o surgimento da Declaração universal dos Direitos Humanos e normas do direito internacional subsequentes, se notabilizou o esforço dos estados em incorporar o respeito pela dignidade da pessoa dentro dos seus respectivos estados por intermédio da constituição, tendo sido encetado pelas constituições de Constituições do México (1917) e da Alemanha de Weimar (1919).

### **3.1. Fontes do princípio da dignidade humana**

---

O tema da dignidade da pessoa humana faz parte daqueles que constituem, eu acredito, o nosso património jurídico comum. Com efeito, a proteção da dignidade da pessoa humana é reconhecido como princípio jurídico de ordem internacional bem como princípio interno de mais variados estados. Convém cristalizar que, este princípio por carregar consigo a relevância global, seria eclético a sua inclusão dentro do texto normativo da Comissão Europeia dos Direitos Humanos. Em princípio por vincular a mais variados estados, no que concerne a longanimidade de experiência legislativa, o que traduz – se na visibilidade e integração rápida pelos fazedores das ciências jurídicas.

Afirma Fladimir Jerônimo Belinati MARTINS (2003, p. 63) que:

O exposto reconhecimento da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz, em parte, a pretensão constitucional de transformá-lo em um parâmetro objetivo de

harmonização dos diversos dispositivos constitucionais (e de todo sistema jurídico), obrigando o intérprete a buscar uma concordância prática entre eles, na qual o valor acolhido no princípio sem desprezar os demais valores constitucionais, seja efetivamente preservado.

Outrossim, a discussão que se acarreta em torno da fonte do princípio da dignidade da pessoa humana é crucial, principalmente quando CEDH, uma convenção com expressão universal, não inclui dentro do seu texto normativo. A sua não integração dentro da convenção fica naturalmente refém das contribuições materiais decorrente do direito positivo interno e formais no que concerne ao direito internacional geral.

No nosso entender, o conceito da dignidade da pessoa humana emerge duma análise teológica e filosófica, porem ate hoje esse conceito no aparato jurídico, não esta completo do ponto de vista de satisfação, plenitude, integralidade.

Como anteriormente dissemos, a noção de dignidade da pessoa humana como valor inerente, próprio e determinante da condição de ser humano remonta ao pensamento clássico e tem origem ideológica no pensamento cristão.

Para (INGO SARLET 2002, p. 22) fica cristalino que:

Para melhor elucidação: Ao pensamento cristão coube, fundados na fraternidade, provocar a mudança de mentalidade em direção à igualdade dos seres humanos. Pelas concepções filosóficas e políticas da antigüidade, constata-se situações de quantificação da dignidade da pessoa humana em virtude da posição social ocupada pelo indivíduo e, nessa ótica, avaliavam-se certas pessoas como mais dignas e outras como menos dignas.

O filósofo Cícero é o destaque no pensamento estóico para a compreensão da dignidade em um sentido mais amplo e da dotação em sentido igualitário da dignidade em todos os seres humanos. E é sob a inspiração dos pensamentos estóicos e cristão que na *Idade Média* Santo Tomás de Aquino refere-se expressamente ao termo dignitas humana, pela primeira vez.

#### 4. CRITICA A OMISSÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS

---

Se todas as constituições europeias recebem doravante o direito ao respeito a dignidade humana, nenhuma propõe uma definição, uma explicação desse direito. Revelam claramente de que todas pesquisas a volta desse conceito da dignidade humana é um conceito vago susceptível de múltiplas interpretações. O conceito em si de alguma forma abarca diversas áreas dos direitos fundamentais sejam civis, políticos, sociais, económicos e culturais.

Assim, FRANCIS DELPEREE (2003) apresenta a dignidade humana como uma fonte de outros direitos especialmente os direitos económicos, sociais, e culturais.

BIRUTA LEWASZKIEWICZ (1944) apresenta igualmente a dignidade humana como a fonte das liberdades e dos direitos humanos

Christian Walter demonstra que o enunciado dos direitos fundamentais pela lei fundamental da Alemanha é apresentado como uma consequência da intangibilidade da dignidade do ser humano. Nisso, propõem o presidente Cardoso da costa parece resumir o de caso de Portugal, a concepção admite a posição o direito ao respeito da dignidade humana se diz que o princípio da dignidade humana se aproveita rigorosamente, como um direito fundamental ou direito de homem *stricto sensu*.

Mais, si, essa forma, se diz que o princípio é menos que um direito fundamental, em verdade se poderá afirmar simultaneamente que, no fundo é mais do que aquilo, seria dado que representa o princípio de valor que constitui fundamento mesmo e o critério desses direitos e do catálogo correspondente, catálogo o qual confere uma unidade de sentido. Assim concebido, se compreende que a dignidade humana seja um conceito vago e vasto segundo Jacques Robert, que ela não possa nem se acomodar numa definição precisa, nem indica claramente uma vez por todas os direitos que resultem. Dizer de fato, que a dignidade humana não é um direito fundamental mais é a fonte dos direitos fundamentais é dizer que a dignidade humana

não existe como realidade jurídica concreta para sua realização em cada um dos direitos fundamentais, essas últimas seguram vida e inteligência no direito, mais em retorno, o princípio da dignidade se completa nem se devia efetivar sobre o plano jurídico que os direitos fundamentais.

Assim sai as diferentes relações como as discussões que os diferentes direitos constitucionais – direito a vida privada, direito ao consentimento a um dado tratamento, direito a dar assistência a família, direito a saúde constituem o modo jurídico no princípio da dignidade humana de se concretizar, eles são o modo de concretização jurídica, o meio pelo qual, no domínio particular, a dignidade humana se atualiza.

Evidentemente, um jurista pode fazer a questão: se a dignidade humana não é um direito fundamental, se não tem conteúdo próprio, porque a consagração dentro do texto jurídico e dentro dos estados no seu direito positivo interno ocupa a posição suprema? Que pode significar introduzir dentro da constituição um princípio que parecia sobretudo como um princípio meta – jurídico, fonte de inspiração dos direitos fundamentais? A resposta é simples: para dar uma unidade de sentido a diversidade dos direitos fundamentais, para ligar os direitos fundamentais numa coerência, na harmonia constitucional, para servir o critério processual e reflexivo ao reconhecimento de novos direitos fundamentais.

A partir de então, com efeito, que a dignidade da pessoa humana é um princípio de inteligibilidade de um conjunto de direitos fundamentais, é lógico, precisamente para que esses direitos sejam inteligíveis, que o respeito da dignidade humana seja oficialmente e publicamente exposto como um princípio constitucional e tenha enquadramento na Convenção europeia dos direitos humanos.

Toda síntese é, evidentemente, reduzida, é num certo sentido, felizmente. Pois se ela completa, ela pode conduzir ao leitor que é preocupado na síntese a não ler os relatórios.

Respeitar a dignidade de cada leitor, é também respeitar seu direito e tirar ele mesmo sua própria síntese desses trabalhos. Autor dessas linhas não deseja usurpar esse direito, mais somente marcar,

somente render homenagem a grande qualidade intelectual das pesquisas e das discussões, o convívio e mesmo o entusiasmo das mudanças aquando do exame fictivo, retendo, dum maneira sem duvida arbitraria, as duas ideias que fazem a dignidade humana um princípio constitucional comumente partilhado na sua capacidade e gerar os direitos fundamentais.

Também importante talvez, o princípio da dignidade da pessoa humana não poderia em si mesmo confirmar a hipótese dum património constitucional europeu.

#### **4.1. Materialidade de interpretação do princípio**

---

O terceiro artigo da Convenção Europeia sobre Direitos Humanos inaugurou uma nova maneira de ver a dignidade da pessoa humana<sup>13</sup>. É feita uma dupla distinção entre dignidade "eu" e "por si mesmo", por um lado, e dignidade "fundamental" e "real", por outro lado. Tem em conta o princípio do respeito pela dignidade no artigo 1º da Lei Básica Alemã. A interpretação dada pelo juiz alemão e a jurisprudência desenvolvida a partir da CEDH pelo Tribunal Europeu convidam o princípio do respeito pela dignidade humana a ser considerado como um "princípio material de interpretação".

#### **4.2. Dignidade "em si" e "por si mesmo"**

---

A lei romana estabeleceu muito claramente a distinção, a *summa divisio* de Gaius, entre a coisa e a pessoa. É a absoluta dignidade da pessoa humana que torna essa distinção possível. Muito mais tarde, é neste princípio que nos baseamos para proibir a escravidão. Assim, tanto ao nível do indivíduo como da sociedade, existe uma lacuna entre o conceito de dignidade e o real respeito da pessoa.

Essa discrepância mostra claramente que ainda não sabemos qual é a dignidade da pessoa humana. De acordo com *a fenomenologia*

---

13. Convenção Europeia de Direitos Humanos, assinada em 4 de novembro de 1950, entrou em vigor em 3 de setembro de 1953: "Art. 3 - Ninguém será submetido a tortura, nem a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

*do espírito de Hegel* A consciência só alcança o conhecimento absoluto quando os conceitos "para si mesmo" e "em si mesmo" coincidem. Dignidade "para si mesmo" é a compreensão que uma pessoa tem de sua dignidade. Essa compreensão da dignidade é capaz de progredir, desde que não se evite a questão da verdade.

Mas, para chegar a um conceito de dignidade mais próximo da verdade, o indivíduo deve concordar em questioná-lo constantemente, em compará-lo com "dignidade para nós" e em tentar fazê-lo evoluir para "em si mesmo". A extrema valorização do indivíduo e do que ele acredita ser a verdade é provavelmente a maior ameaça à dignidade humana no Ocidente hoje. A recusa de qualquer análise objetiva em nome do relativismo, longe de levar à tolerância, pode levar ao totalitarismo do indivíduo sobre si mesmo e sobre os outros. Assim, em nome da liberdade e da autonomia pessoal, o risco é grande de que todos determinem, definam sua dignidade como bem entender. Esta análise não é apenas perigosa, porque é presunçoso reivindicar a dignidade, mesmo que isso pertença à pessoa, mas também porque essa associação não justifica a propriedade.

Tanto quanto é possível perceber que a dignidade da pessoa humana não é, é difícil dizer o que é. Dignidade "em si" seria equivalente à diferença específica entre o homem e outros seres vivos. A partir dessa marca essencial do homem, deduzimos o dever ético de responder a essa marca em ações concretas ou de pôr em prática estratégias para evitar a depravação da natureza essencial do homem.

### **4.3. Dignidade "fundamental" e "real"**

---

A distinção entre dignidade "eu" e "eu" nos convida a propor um segundo entre a dignidade "fundamental" e a "real". A dignidade da pessoa humana deve ser entendida tanto em um sentido estático (a diferença entre o homem quanto o resto do universo) e dinâmico (uma vez postulado, intangível, requer ação, um ato). Seria dois lados da mesma realidade. A dignidade "atuada" refere-se à pessoa em ação, à sua ação, à sua auto-realização, às suas habilidades.

A dignidade humana é realizada em atos humanos, mas, portanto, exige que as instituições e os estados, em particular, a respeitem

e promulguem direitos para que ela seja respeitada por instituições e indivíduos. Assim, de uma pessoa senil no final da vida, terrivelmente "degradada" pela doença e pela velhice, pode-se dizer que ela "perdeu sua dignidade". Certamente, sua dignidade "atualizada" é muito limitada, mas sua dignidade "fundamental" permanece absoluta. Essa distinção, longe de comprometer a dignidade da pessoa, abre um campo de pesquisa em que se torna possível considerar que o respeito à dignidade fundamental é um direito intangível.

O respeito é absoluto, desde que não seja concebido de forma extensiva, o que apenas enfraqueceria seu escopo. O respeito pela dignidade "atualizada" é uma questão de direitos condicionais porque é dinâmica; longe de favorecer o subjetivismo ou o relativismo, deve permitir um desenvolvimento notável da lei.

Para a maioria dos juristas alemães, o princípio da dignidade da pessoa humana não é apenas um princípio da lei positiva objetiva que os estados e os indivíduos devem respeitar, mas também um direito subjetivo que os indivíduos podem reivindicar contra Estado e instituições. A lei básica colocou o indivíduo humano e sua dignidade no centro de todos os regulamentos. A história do reconhecimento constitucional deste princípio e o estudo da sua função interpretativa podem lançar luz sobre a implementação da CEDH no horizonte de um desenvolvimento da jurisprudência e depois da legislação dos vários países europeus que muitas vezes centram sua concepção do bem da sociedade.

#### **4.4. "Princípio de interpretação material" dos textos**

---

A Dignidade impõe reverência. Ambos carregados pela lei e brandidos como um requisito para a consideração de muitos atores sociais, geralmente são seguidos por um silêncio respeitoso. O exame das dificuldades conceituais que suscita inicia essa unanimidade de superfície e sublinha muitas diferenças entre os dois, mas não deixa de confirmar a hipótese inicial: sinais de dignidade em direção a uma ordem superior que envolve as singularidades e transcende os conflitos de interpretação. Basicamente, procede de uma injunção de reconhecimento. Se, como diz Claude Lefort:

Toda a sociedade humana repousa sobre uma base constitucional da ordem político-teológica, Portanto, essa injunção talvez seja a nova base que garante a coerência e a permanência de nosso cosmo democrático. Não uma religião do indivíduo, não uma crença no ser do homem, mas uma teologia da pessoa e o reconhecimento reconstituído na face de um homem desfigurado.

Para Maurer o respeito pela dignidade da pessoa humana seja entendido como um "princípio material de interpretação" dos textos legais, MAURER (1999, P. 42). O princípio material da interpretação finaliza o texto, ou a disposição interpretada, permitindo que se materialize neste caso. É o princípio básico que serve de guia para o intérprete e não para o princípio geral do direito.

De um modo muito básico, já podemos reconhecê-lo em primeiro lugar como uma função teleológica notável. Em particular, uma vez que os órgãos de Estrasburgo parecem estar convencidos da violação da dignidade humana, a violação seria estabelecida. Mas além disso, o poder alegando e convicção deste princípio, o seu forte conteúdo "sobre - determinação" não faz também um princípio de legitimação "em todo o lugar" (justificaria as novas reivindicações trazidas pela evolução do maneiras, ou mesmo "tela" (ao abrigo de um reconhecimento em princípio, a violação seria velada ser consagrada) Podemos estender a aplicação deste princípio material de interpretação à leitura de textos que não sejam textos legais.

## **5. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO VALOR E PRINCÍPIO NA CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS HUMANOS**

---

Portanto, é no mínimo surpreendente, neste contexto para a consideração dos diversos instrumentos internacionais do princípio do respeito da dignidade humana, que a Convenção de 4 de novembro de 1950 não contém nenhuma disposição expressa sobre este princípio. No entanto, como evidenciado pelo trabalho preparatório do preâmbulo da CEDH, continua a ser marca d'água, ou mesmo

consubstancial à convenção. O respeito pela dignidade humana é, além disso, um princípio material de interpretação da Convenção, uma vez que o juiz europeu tenta associá-lo mais frequentemente a outros artigos da Convenção, desta forma o juiz fica adstrito ao profundo raciocínio jurídico e a lógica jurídica<sup>14</sup> nas relações materiais controvertidas interpostos nesse tribunal.

Por se tratar duma convenção e que visa essencialmente a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, esse princípio não devia de modo nenhum ser deixado e lado por força da função pelo qual a convenção surge. A falta da sua jurisprudência também remete ao outro problema, de onde os juízes numa dada relação material controvertida buscarão uma resposta exaustiva legal, embora por dever do ofício o juiz buscara a luz da hermenêutica, fica claro que em ultima *ratio* deva dizer o direito.

Dignidade humana, este é um conceito misterioso, mesmo "in-descrevível" (Fabre-Magnan, 2007, pp. 1-30), com múltiplos significados, contendo uma variedade de noções e regimes legais. Antinomias ou tensões são traçadas entre o objetivo e o subjetivo, entre a humanidade (ser humano) e a personalidade (autonomia), entre liberdade e dever ou respeito. Se todos esses ingredientes são encontrados na Convenção Europeia dos Direitos Humanos (CEDH), parece-me que a dignidade é invocada especialmente para forjar, reforçar ou enriquecer um direito, raramente ou não limitar ou "retorno" contra o portador da dignidade.

A sua ausência por um lado permitira o fazer evoluir a jurisprudência e a legislação sobre uma determinadarelacão material

---

14. Raciocínio jurídico como todo raciocínio que, direta ou indiretamente, se refere a aplicação da lei concebida no sentido mais lato, são as sentenças e os arrestos das cortes e dos tribunais que nos fornece seus espécimes mais autorizados. As publicações doutrinárias e os arrazoados das partes por ocasião dum processo, devem ser concebidos, nessa perspectiva, apenas como auxiliares da justiça, sendo o seu papel o de esclarecer e de influenciar o juiz em busca da sua decisão mais conforme de direito. Eles devem de fato, fornecer ao juiz elementos de fato e de direito, que lhe permitirão a um só tempo, formar sua convicção e motivar sua decisão. (Chaim Perelman, 1998, P.490, 491).

controvertida interpostas em suas cortês<sup>15</sup>, segundo a expressão bem conhecida pelo tribunal de Strasbourg. Por outro lado, a reação frequente é gritar ao governo dos juízes. A dignidade humana, valor venerado e consensual, refúgio seguro serviria como uma tela retórica para esconder a desordem ou arbitrariedade do juiz. Uma forma mais moderada é admitir a existência de uma política ou uma estratégia jurisdicional. Isso, no entanto, não me parece ser ditado exclusivamente pelo capricho do juiz, mas deve-se em grande parte ao contexto muito particular de uma jurisdição internacional, especialmente apreendida por indivíduos, cujos julgamentos são impostos cada vez mais aos Estados-Partes.

Desta forma, no âmbito do caso *Pretty Vs Reino Unido* o tribunal concluiu que: a dignidade e a liberdade da pessoa humana são essências da convenção<sup>16</sup>. Do mesmo modo, no que respeita ao caso *Gunduz contra Turquia*, o tribunal julgou que a tolerância e o respeito de igual dignidade de todos os seres humanos constituem o fundamento duma sociedade democrática e pluralista<sup>17</sup>.

É importante sublinhar que a jurisprudência deste tribunal igualmente nas suas inúmeras decisões portam consigo especificamente os diferentes direitos garantidos pela convenção.

O tribunal é estimado por um dos seus principais objectivos previsto nos termos do artigo 3 (a proibição da tortura)<sup>18</sup> fica claro que o desiderato será de proteger a dignidade a integridade física da pessoa<sup>19</sup>. O tribunal igualmente sublinha a importância da dignidade

---

15. Arrêt CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, du 25 avril 1978, série A n° 26, § 31.

16. O julgamento do tribunal Europeu dos Direitos Humanos ( Quarta sessão) de 29 Abril 2002, paragrafo 65. Ver igualmente: Christine Goodwin contra Reino Unido, julgamento do tribunal europeu dos Direitos humanos (Grande chambre) de 11 julho 2002, paragrafo 90.

17. Julgamento do Tribunal europeu dos Direitos Humanos (primeira sessão) de 4 Dezembro 2003, paragrafo 40.

18. O artigo 3 da CEDH estipula que são nulos e não podem ser submetidos a tortura nem as penas ou tratamentos desumanos ou degradantes.

19. *Tyrer contra Reino Unido*, julgamento do Tribunal europeu dos Direitos Humanos de 25 Abril 1978, paragrafo 33.

humana concernente a qualidade de vida dos doentes na fase terminal<sup>20</sup> e o reconhecimento da identidade transsexual<sup>21</sup>.

## 6. CONCLUSÃO

---

O principio da Dignidade Humana, gracias ao seu conteudo indeterminado, constitui um verdadeiro principio, sem duvidas um principio director no quadro do tratamento das pessoas privadas dos seus mais diversos direitos. Parece – nos não ser suficiente a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não ter plasmado em suas disposições, embora a sua função primordial seja a defesa da Dignidade Humana.

A não previsibilidade do principio da dignidade humana na Convenção entendemos que dara margem ao arbitrio, e o arbitrio não é característica dum estado tipico de direito democratico mas sim totalitario, uma vez que os estados partes da Convencao Europeia tem adotado no seu direito interno o regime democratico.

Relativamente a sua jurisprudencia é notória a defesa da dignidade embora os juizes desse tribunal fazem na maioria das vezes a applicacao da subsidiariedade das normas, por vezes com base em principios materiais no que diz respeito aos direitos nacionais, formais em relação ao direito internacional geral, mais mesmo assim daria lugar a muitos debates que poderiam ser evitados se a convenção tivesse previsto.

---

20. Verifica-se que a morte por se tratar de assunto preterido pela sociedade, acaba sendo decretada antes mesmo de sua consumação ao indivíduo com prognóstico de morte, condenado à chamada morte social, por ser excluído das decisões referentes ao seu próprio corpo, suprimido de sua liberdade e autodeterminação. A defesa da dignidade do paciente terminal perpassa pela reivindicação a vários direitos e situações jurídicas inerentes à personalidade, tais como a liberdade, autonomia de decidir sobre si, seu corpo e seus limites de sustentabilidade ao sofrimento, (SERGIO MARTINEZ, 2015, p.22).

21. Point 16 de l'arrêt. Référence à l'arrêt CEDH *Rees* du 17 octobre 1986, série A, volume 106, point 38. « On n'entend d'habitude par « transsexuels » les personnes qui, tout en appartenant physiquement à un sexe, ont le sentiment d'appartenir à l'autre; elles essaient souvent d'accéder à une identité plus cohérente et moins équivoque en se soumettant à des soins médicaux et à des interventions chirurgicales afin d'adapter.

As questões relativas a dignidade interposta na corte europeia dos direitos humanos os juízes formas profissionais em não ter que deixar de julgar embora tivessem invocado princípios quase que equivalentes para dar cobro a sentença com base no princípio da motivação das decisões.

Fica cristalino que O princípio da dignidade da pessoa humana, como um atributo de toda pessoa humana, é um valor em si absoluto, sendo fundamental para a ordem jurídica, pois, como o fundamento dos direitos humanos é também a condição prévia para o reconhecimento de todos os demais direitos, devendo sua presença na Carta Magna ser uma condição “sinequa non” para a validade do contrato social, tudo pelo motivo de ser este princípio fundado no respeito mútuo entre os seres humanos e ser esta a condição mínima para a existência dos nichos sociais, sendo assim sempre ocupou um lugar de destaque no pensamento filosófico, político e jurídico, inclusive tendo sido positivado por inúmeras constituições.

A previsão legal do princípio da dignidade humana é tão relevante que a sua não revelação demonstra claramente de que todas pesquisas a volta desse conceito da dignidade humana é um conceito vago susceptível de múltiplas interpretações.

## 7. BIBLIOGRAFIA

---

ANTUNES, Luís Miguel Pais. *Direito da Concorrência – os poderes de investigação da Comissão Europeia e a protecção dos direitos fundamentais*. Coimbra: Almedina. 1995. ISBN 972-40-0871-1.

Portugal aderiu ao Conselho da Europa em 1976 como 19.º Estado membro e ratificou esta Convenção pela Lei n.º 65/78 de 13 de Outubro no Diário da República n.º 236, I Série, p. 2119 a 2145. (CAMPOS, 2010, p. 664 e 689).

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 61.

JACQUÉ, Jean Paul. “*The accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms*” in *Common Market Law Review*. Vol 48, nº 4. Wolters Kluwer, 2011. ISSN 0165-0750. p. 995 a 1023.

DA SILVA, Alves, análise das Convenção Europeia dos Direitos humanos, 2005, P.46.

- KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes e outros escritos*; conforme Caio Tácito, do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social. Temas de Direito Público. São Paulo: Renovar, 1997, p. 381
- MARTINS, F.J.B. *Dignidade da pessoa humana*. Curitiba: Juruá, 2003.
- MAURER, Beatrice et. Al. *Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional* (org. Ingo Wolfgang Sarlet). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- PIRELMAN, Chaim. *Lógica jurídica: nova retórica*. Tradução de Virginia Pupi. SaPaulo: Martins Fontes, 1998.
- TAVARES, Raquel. *Direitos Humanos – de onde vêm, o que são e para que servem?* Imprensa Nacional da Casa da Moeda, 2012. ISBN 978-972-27-2063-2.
- ROCHA, Armando L. S. "The elephant in the room": a liberdade de expressão no Tribunal Geral" in Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos. Coimbra Editora, 2013, p. 219 a 258. ISBN 978-972-32-2116-9
- M. Fabre-Magnan, "Dignidade em Direito: Um Axioma", *Revista Interdisciplinar de Estudos Jurídicos*, 2007/1, p. 1-30.

# Direito autônomo à prova?<sup>1</sup>

*João Francisco Liberato de Mattos Carvalho Filho\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Momento histórico; 3. Destinatário da prova e o ônus de provar; 4. Relação entre a prova como direito autônomo (direito à prova) e o direito de provar; 5. Linhas sobre o direito comparado; 6. Conclusões; 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

A doutrina manifestou-se no sentido de aceitar, no nosso sistema, a antecipação da prova, de forma a ser realizada antes do processo cognitivo de certificação do direito material ou mesmo antes da fase probatória prevista para o processo cognitivo ordinariamente, caso em que atuaria de forma incidental.

Tais hipóteses ocorrem sem necessidade de demonstração da urgência, quando se visa assegurar não apenas aquelas provas passíveis de se perder ao longo de um processo, até que se chegue na instrução.

O direito autônomo à prova dispensa o perigo da demora, sendo, em verdade, a garantia de que qualquer sujeito possa se valer do judiciário e conseguir uma prestação jurisdicional que lhe atenda a finalidade de certificar e efetivar o direito à prova, buscando e a acessando, de modo a constituí-la em juízo.

---

(\*) Mestre em direito público pela UFBA. Professor de processo civil na Faculdade Wyden Ruy Barbosa e do CERS-BA. Advogado.

1. Este artigo é também resultado do grupo de pesquisa “Transformações nas teorias sobre o processo e o Direito processual”, vinculado à Universidade Federal da Bahia, cadastrado no Diretório Nacional de Grupos de Pesquisa do CNPq sob o endereço [dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053](http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/7958378616800053).

Tal possibilidade abre caminho para que o sujeito avalie suas perspectivas oriundas daquela eventual relação material controvertida. Com eventuais provas em mãos, seguramente se dará melhor o conhecimento dos fatos, de modo que a decisão acerca de ajuizar ou não uma ação, seguir com aquela já ajuizada, ou envidar esforços no sentido de promover a tentativa de conciliação ficará muito mais clara.

Aqui, necessariamente deve-se repensar a ideia de juiz como único destinatário das provas, uma vez que nem sempre a prova produzida serviria a um processo que viesse a verificar vencedor e perdedor, podendo não ser valorada, caso o sujeito que produziu a prova decidisse, com base nela, não ingressar com uma ação.

## 2. MOMENTO HISTÓRICO

---

A origem do instituto encontra-se no direito Romano, com as primeiras previsões de que detinham aqueles que se viam com determinado título de crédito destruído, de serem ouvidos, visando obter condenação contra seus devedores eventuais (ROCHA, 1980). Alcança, então, o direito Canônico e, posteriormente, o direito Francês, que, seguindo o caminho dos Decretais<sup>2</sup>, forjaram a chamada *enquêtè mémoire future*, com o objetivo de evitar que o falecimento ou ausência das testemunhas privassem os litigantes e a justiça do valor dos seus depoimentos (ROCHA, 1980).

Pelas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título 61, §7º) podia o autor requerer ao julgador, antes de começada a demanda, que fossem perguntadas a algumas testemunhas sobre a coisa, alegando que as mesmas seriam muito velhas, ou enfermas de grande enfermidade, ou estariam encaminhadas para partir dali. Nas ordenações Manuelinas (Livro III, Título 42, §§ 6 e 7 e nas Filipinas (PONTES DE MIRANDA, 1976), Livro III, Título 55, §§ 7 e 8, o texto foi reproduzido quase que inteiramente (ROCHA, 1980).

---

2. Grosso modo, são escritos dos papas, no intuito de responder a uma consulta ou a um pedido emanado de um bispo ou de um alto personagem eclesiástico.

Chegando ao código de 1939, o art. 213<sup>3</sup> vedava a produção de provas “fora da jurisdição do juiz”. Tal dispositivo, consagrado em outro momento histórico, por si só não seria capaz de afastar ou negar a existência de direito autônomo à prova. Não se pode afirmar nesse sentido, pois àquele momento, sequer se cogitava o direito probatório como direito autônomo. Em verdade, tal previsão pode ser interpretada como um permissivo geral para a produção antecipada em juízo, haja vista que, se a lei determina a impossibilidade de produção de provas fora do juízo, e sabemos que, no mínimo, com base na urgência poderá haver produção antecipada, que o sistema em verdade a permite.

E mais do que isso, existiam medidas típicas como vistorias e arbitramentos (art. 676, VI, CPC/39) tratados pela doutrina da época como “diligências tendentes a fixar por meio de exames periciais situações transeuntes que convém deixar fixadas, para servirem de prova na ação futura.” (CAMPOS; SILVA, 2009)

Ademais, o art. 250 preceituava que, “se qualquer testemunha tivesse de se ausentar, ou se, por motivo de idade ou moléstia grave, for de recear que ao tempo da prova já não exista, poderá ser inquirida antecipadamente, com prévia notificação dos interessados, entregando-se o depoimento ao requerente nas quarenta e oito horas seguintes, para dele servir-se como e quando entender.” (ROCHA, 1980)

A partir daí, deve ser dado um salto para o CPC/73, que prezava pela segurança da prova, podendo as partes valerem-se da sua produção antecipada no caso de perigo da demora.

O direito de ação é de onde se funda o direito probatório autônomo. Esse, por sua vez, é campo de onde se extrai que os interessados podem pleitear, junto ao Estado, uma pretensão de busca, obtenção e produção de providências de instrução, sem que, para tanto, haja estrita vinculação a um direito material.

Nos ensinamentos de Yarshell, o direito à prova, visto por este ângulo, “se afeiçoa não apenas ao escopo jurídico da jurisdição, mas

---

3. Art. 213. A prova que houver de produzir-se fóra da jurisdição do juiz, será feita por precatória ou rogatória, conforme o caso, na forma dos arts. 6 a 13.

especialmente ao escopo social, de pacificação pela superação da controvérsia (...)”. (YARSHELL, 2015)

Assim, encaixam-se os fundamentos previsto no código novo, eis que quanto melhor o interessado conhecer dos fatos relativos à controvérsia, maior a chance de propor uma demanda mais qualificada; deixar de fazê-lo; ou conciliar.

A admissibilidade das ações probatórias (TALAMINI, 2016), parcela de exercício do direito autônomo à prova, não é recente, sendo certo que há muito alguns ordenamentos têm estabelecido a possibilidade de, em determinadas hipóteses, haver a instauração de processos cujo o objeto seja a produção ou aferição da veracidade de uma prova (TALAMINI, 2016).

No Brasil, conforme visto, existem previsões nesse sentido desde as ordenações Filipinas, nas quais, naturalmente, havia o caráter cautelar assecuratório da prova. Pontes de Miranda já demonstrava a evolução do instituto ao comentar o Código de Processo Civil de 73, constatando a transformação do simples incidente probatório verificável no contexto de uma demanda qualquer, em ação incidental de produção de prova, pelo fato de que o dispositivo atinente no código não mais falava em notificação, mas em citação. (PONTES DE MIRANDA, 1998)

A grande evolução, em verdade, é o reconhecimento do direito autônomo, construção muito mais recente, pautada na ideia de que não apenas o juiz é o destinatário das provas, mas também as partes, na medida em que têm direito à produção antecipada em relação ao processo onde se visa debater o direito material, bem como a aferição de veracidade da prova.

Supera-se a ideia da prova como instituto de caráter meramente instrumental e dependente de um processo, haja vista a ideia de que este processo pode nem vir a acontecer.

No Estado Constitucional (MITIDIERO, 2007) o processo está fortemente vinculado à proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição e, portanto, é exercido em conformidade com esta. Especialmente com o advento de um código que

nasce num regime democrático e em momento posterior à promulgação e estabilização de uma constituição como a brasileira, recheada de garantias.

A noção mais ampla de acesso à justiça se extrai do art. 5º, da CF, dispositivo que foi replicado no art. 3º, do NCPC, e de onde se interpreta que deve ser assegurado aos cidadãos não apenas o direito de petição e acesso ao judiciário, mas também e, sobretudo, a adequada prestação jurisdicional, levadas em conta eficácia e efetividade da tutela. É o que a doutrina denomina de *direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva* (MARINONI, 2013).

Para que tal acepção se realize de modo pleno, é necessário que se garanta, também, uma instrução adequada da causa, a qual passa, obrigatoriamente, pelo direito à prova. A prestação jurisdicional correta pressupõe a determinação dos fatos sobre os quais deve se pronunciar o juízo, sendo o direito à prova corolário do direito fundamental à tutela efetiva.

Por esta razão que a doutrina entende ser o direito à prova, também direito fundamental, conforme já vimos no subtópico 1.1 do presente trabalho. Tal direito pressupõe não apenas a possibilidade de as partes apresentarem alegações acompanhadas dos pedidos de produção de provas ou das provas pré-constituídas, mas também o direito à admissibilidade motivada, produção da prova e efetiva influência na formação do convencimento do julgador (DIDIER; OLIVEIRA; BRAGA, 2015).

Não se tratam de garantias abstratas e pouco sensíveis à prática, mas de verdadeiros caminhos de como agir em juízo. Exemplo disso é a produção da prova que necessite cuidadosa análise do julgador; nada impede que a parte exija presenciar a análise da prova pelo Magistrado como forma de assegurar a correta apreciação e consequente formação do convencimento.

O direito fundamental à prova, portanto, tem conteúdo complexo e deve ser analisado de acordo com as dimensões objetiva e subjetiva, em especial, no que se refere aos novos ditames processuais instaurados pelo CPC.

A noção de direito autônomo à prova parte da quebra do paradigma de que o destinatário da prova é apenas o juiz. Yarshell propõe um conceito bipartido de prova, que compreende o direito de provar e o direito à prova em sentido estrito. Parte da ideia de que as dimensões apresentadas pela doutrina em matéria de prova seriam restritivas posto que vistas sob a perspectiva exclusiva do julgador (YARSHELL, 2009).

O referido autor não aceita que se possa vislumbrar a atividade probatória sob a perspectiva de necessária vinculação ao exercício da ação e defesa no contexto de um processo onde se visa a declaração de um direito no caso concreto. Seria dar maior abrangência à ideia de que a prova é plenamente exercida quando se permite requerê-la; vê-la admitida; participar da sua produção e, finalmente, obter a valoração.

Em outras palavras, a noção tradicional trabalhada na doutrina, pressupõe o direito de provar como desdobramento do direito de defesa (e ação), na busca pela verdade dos fatos em uma relação material quando posta em juízo.

Há algum tempo parte da doutrina, capitaneada por Yarshell e Daniel Neves, vem buscando a ampliação destas noções. Defendem o direito autônomo à prova (em sentido estrito), que prescindiria de uma vinculação direta entre a produção da prova e a existência de um processo onde haja controvérsia sobre determinada relação de direito material, ou seja, não seria mero desdobramento dos direitos de ação e defesa. Seria, para Yarshell, “o direito de pedir ao Estado que intervenha tão-somente para permitir a pesquisa e o registro de certos fatos. E, se isso é correto, o direito à prova pode ser entendido, então como direito simplesmente à obtenção de certa providência de instrução (YARSHELL, 2009)”.

Por tal concepção tradicional, contudo, apenas se justificaria tal direito, suscitado pelos professores que acabamos de citar, para hipóteses em que não haja função cautelar<sup>4</sup>.

---

4. Particularmente, discordamos deste entendimento, haja vista a possibilidade de produção de prova em caráter antecedente, pela via da PAP. Basta pensar na

O direito autônomo à prova seria a garantia de que gozam os interessados de formação de elementos indispensáveis e suficientes à formação de sua convicção acerca da conveniência de ajuizar ou não uma ação, assim como viabilizar a autocomposição ou outras formas alternativas de solução de conflitos (CALDAS; JOBIM, 2016); também serve para mera orientação ou registro de fatos.

### 3. DESTINATÁRIO DA PROVA E O ÔNUS DE PROVAR

---

O sistema romano-germânico tem por tradição o caráter público de processo. O processo seria exercício de poder do Estado apto a resolver situações e conflitos sociais através da força. Essa é a noção clássica. O processo não se manifestava como interesse das partes em primeiro plano, mas sim como interesse do Estado.

Também como característica, tinha predominantemente como destinatário da prova o juiz, haja vista seu claro papel de definição, decidibilidade, minimamente atuando para dizer quem está certo ou errado a partir de uma controvérsia que lhe fosse submetida.

A doutrina clássica já assegurava a noção afixada do direito romano-germânico.<sup>5</sup> Por tais origens que talvez seja tão difícil aceitar

---

hipótese de uso da produção antecipada de provas para desbloqueio de benefício previsto em cláusula contratual sob a qual recaia negócio jurídico processual de exclusividade de comprovação por apenas um meio de prova. Imaginemos que haja em testamento a previsão de liberação dos valores a um determinado herdeiro testamentário, apenas com a comprovação da sua idoneidade financeira, por exemplo. Tal prova seria feita por meio da PAP, mas não haveria necessária urgência.

5. Nesse sentido, *“Si hacemos un estudio de los procesos romano y germánico al penetrar en Italia en los primeros tiempos de la Edad media, distinguimos entre ambos profundas diferencias. El procedimiento germánico conserva el carácter del proceso primitivo, nacido históricamente como medio de pacificación social, encaminado a dirimir las contiendas, más que a decidir las, haciendo depender su solución, no del convencimiento del juez, sino por lo regular, del resultado de fórmulas solemnes, en las que el pueblo descubre la expresión de un acto superior e imparcial la divinidad. La prueba se dirige al adversario antes que al juez; y al presentarse ésta como un beneficio, corresponde ordinariamente al sujeto atacado, es decir, al demandado.*

que o processo e as provas, em verdade, têm por finalidade não o juiz, o processo ou mesmo os sujeitos, mas a solução do conflito entre eles. Nestes termos, ainda que admitamos que possa haver solução de uma controvérsia sem provas, ou mesmo fundado num quadro insuficiente, não é fácil negar o prejuízo para o escopo jurídico, que é o que se reflete para a sociedade como um todo, bem como o que justifica o exercício da jurisdição e do poder de instrução por parte do julgador.

Nesse sentido, também não há mais como entender o juiz como único destinatário da prova.

Na concepção de Luís Flávio Yarshell, a expressão *direito de provar* estaria compreendida nos direitos de ação e defesa, como um desdobramento deste, e, portanto, relacionado à utilização de todos os meios aptos à demonstração da verdade dos fatos em um processo que resolve uma controvérsia, atuando efetivamente no convencimento do julgador. (YARSHELL, 2009)

Podemos afirmar que qualquer defesa no sentido de que a prova tem como único destinatário o juiz, está completamente descontextualizada no momento atual.

É nesse sentido que, quanto à produção antecipada de provas ou a pré-constituição destas, é lícito afirmar que servem ao benefício da coletividade e ao escopo da jurisdição. A regra é simples: quanto mais e melhores elementos probatórios se fizerem presentes – especialmente de forma pré-constituída – maiores as chances de se obter um provimento mais qualificado.

---

(...). *Por el contrario, en el proceso romano la prueba se dirige a formar la convicción del juez, que figura entre las partes (cualquiera que fuese su función originaria) como arbitro y responsable de la decisión; se admiten los más diversos medios de prueba y constituyen su objeto los hechos particulares: la prueba se dirige al juez, y como representa una carga corresponde generalmente al que ataca, o sea al actor y sobre los resultados de las pruebas y contra pruebas realizadas, expresa el juez su libre apreciación en la sentencia definitiva que se produce al final del pleito*". CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922, p. 1-2.

#### **4. RELAÇÃO ENTRE A PROVA COMO DIREITO AUTÔNOMO (DIREITO À PROVA) E O DIREITO DE PROVAR**

---

Em um estado democrático de direitos, é íntima a relação entre o processo e a proteção dos direitos e garantias fundamentais assegurados na Constituição, pelo menos é o que se pressupõe.

O controle da sociedade por parte do Estado é exercido pela jurisdição e para que os direitos dos cidadãos tutelados pelo Estado sejam entregues de forma adequada, com exercício pleno, é preciso que se garanta o direito à prova.

Assim, a tutela jurisdicional efetiva é aquela onde há o correto acerto dos fatos sobre os quais irá se pronunciar o julgador, ou ao menos, aquela em que se garante às partes a possibilidade ampla de tentar demonstrar a sua posição. Falar em processo justo é falar em direito à prova, eis que se trata, igualmente, de direito fundamental. (MITIDIERO, 2012)

Deste modo, tomando como premissa lógica a existência de um autêntico direito fundamental à prova no nosso ordenamento, bem como delineado o seu conteúdo, vale dizer que tal direito deve ser analisado de duas perspectivas, conforme defendido por Yarshell.

Tal concepção demonstra que a prova pode ser entendida como o direito de provar e o direito à prova em sentido estrito. O direito de provar é uma espécie de desdobramento dos direitos de ação e de se defender, ou seja, é garantia de poder empregar todos os meios para a demonstração da sua verdade dos fatos. Já o direito à prova, em sentido estrito, seria autônomo e não necessita de situação de direito material ao qual se vincule, ou seja, não se apresenta como corolário dos direitos de ação e de defesa.

O direito autônomo à prova garante e tem por objeto algo diferente do direito de provar. Visa formar convicção acerca da conveniência em ajuizar ou não ajuizar uma demanda, por exemplo, ou mesmo de viabilizar um acordo.

Tal dimensão nos leva a pensar a prova como algo destinado às pessoas e nem sempre a um órgão julgador, como na concepção tradicional, como já vimos no subtópico anterior.

Nesse contexto, a prova tem como fim o esclarecimento às partes, para a formação e convicção, possibilitando a correta aferição a respeito de circunstâncias fáticas ligadas a uma determinada situação jurídica, para fundamentar uma decisão da parte sobre sua situação e futura posição, ou seja, se pretende desistir da ação ou mesmo de ajuizá-la; se pretende buscar a composição etc.

É muito lógico, embora a prova tenha como destinatário final o juiz, posto que este julgará as questões que lhe foram apresentadas, que a prova também será dirigida às partes, haja vista a influência que terão nas posturas a serem adotadas pelas partes em juízo ou mesmo fora dele. Há, nesta concepção – ora encampada – um direito de não apenas indicar, especificar, produzir e obter a adequada valoração da prova, mas, também, um direito de investigar e provar; seria um direito à prova como experimentação, a prova tendo com destinatário final – ao menos num primeiro momento – a própria parte.

## 5. LINHAS SOBRE O DIREITO COMPARADO

---

É certa a interação entre os sistemas das diferentes tradições jurídicas. A despeito de ser equívoca qualquer comparação, nos tempos de hoje, que presuma diferenciação absoluta entre os sistemas *civil* e *common law*, vale dizer que previsão trazida pelo NCPC nos aproxima dos ordenamentos que se filiam à estruturação no modelo *common law* (ALVES, 2016). Embora ainda exista grande distância em relação a tal estruturação, o novo texto passou a compreender a medida como forma de melhor conhecimento dos fatos para os interessados, na esteira de ordenamentos como o francês e o alemão (YARSHELL, 2016).

Os países tradicionalmente romano-germânicos geralmente preveem a produção antecipada de provas apenas em caráter cautelar, onde a certificação de fatos legados costuma ser efetivada dentro do processo onde se visa declarar o direito material (ação principal).

É o caso de Portugal, que tem dispositivos que vinculam a possibilidade de produção antecipada apenas nos casos em que haja urgência da medida, especialmente quando houver “justo receio de

vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação”<sup>6</sup>.

Tal hipótese é bastante elucidativa e esclarecedora, a despeito de trazer evidente limitação da atividade probatória em caráter antecipado, por impor o requisito da urgência, o que não se coaduna mais com o ordenamento brasileiro.

Contudo, tal previsão muito se assemelha com uma das possibilidades trazidas pelo NCPC e até é mais claro quando expressamente permite a produção de prova antecipada incidental, coisa que o nosso legislador não fez, obrigando a doutrina a fazer uma construção nesse sentido.

Em Portugal, desde as Ordenações do Reino, sempre se exigiu que o requerente demonstrasse, através de sumárias informações, o risco de perda ou grave dificuldade em relação à prova futura, como forma de legitimar a inquirição cautelar.

Também na Espanha, temos claro caráter instrumental na prova antecipada, cabível “*cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse em el momento procesal generalmente previsto*”<sup>7</sup>.

Contudo, também existe previsão que mais se aproxime dos incisos II e III do art. 381, do CPC/15, ao prever a produção antecipada quando “*por conductas humanas o acontecimientos naturales, que puedan destruir o alterar objetos materiales o estado de cosas, resulte*

---

6. Art. 419 do Código de Processo Civil português. Havendo justo receio de vir a tornar-se impossível ou muito difícil o depoimento de certas pessoas ou a verificação de certos factos por meio de perícia ou inspeção, pode o depoimento, a perícia ou a inspeção realizar-se antecipadamente e até antes de ser proposta a ação. PORTUGAL, Assembleia da república, lei 41/2013. Disponível em <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?ficha=401&artigo\\_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so\\_miolo=>](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?ficha=401&artigo_id=&nid=1959&pagina=5&tabela=leis&nversao=&so_miolo=>)>. Acesso em: 22 jul. 2017.

7. Art. 293, ley de ejudiciamiento civil esanhora. Procurar: Ref, ao final. ESPANHA. Congreso de los diputados.

*imposibile em su momento practicar una prueba relevante o incluso carezca de sentido proponerla*<sup>8</sup>”.

Na Itália também já existe, há algum tempo, movimento no sentido de desburocratização da instrução processual. É o que foi efetivado com a reforma processual de 2009 e estabelecimento das *misuri urgenti*, do *sequestro giudiziario* e da *istruzione preventiva*, todas medidas que se relacionam com a prova e o tempo, configurando claras adequações procedimentais. Ademais, momento no qual foi inserido no seu código de processo o art. 702-*bisi*, criando-se o chamado procedimento sumário, que nada mais é do que a previsão de uma instrução sem formalidades (GRECO, 2015).

De outro lado, na França e na Inglaterra<sup>9</sup>, a ação autônoma probatória não se prende ao *periculum in mora*; desse modo, é possível seu ingresso desde que o autor demonstre um justo motivo para tanto, entendido como a demonstração da utilidade na produção probatória.

O direito Inglês, no que toca ao processo civil, tem um cunho muito voltado a lidar com as causas de forma justa e menos onerosa. É a ideia central do sistema eminentemente adversarial (*case management*), que prevê maior participação das partes na fase instrutória. O sistema inglês conta com o instituto da *disclosure* (revelação), tanto na fase *pre-action*, anterior à demanda, quanto na *pre-trial*, que precede o julgamento, mas já com a demanda proposta. A *disclosure* permite que as partes revelem documentos e informações, pautados nas regras dos chamados *pre-action protocols*, que são treze situações onde resta demonstrado de que modo devem as partes trocar os dados (LAUX, 2015).

Seja na *pre-action*, ou mesmo na fase *pre-trial*, a revelação está apta a incluir a apresentação de informações “relevantes e

---

8. Art. 297, ley de ejudiciamento civil esanhora. Procurar. Ref, ao final. ESPANHA. Congreso de los diputados.

9. Vide *rule 31* da *Civil Procedure Rules*, da Inglaterra, que também abarca o País de Gales. A compreensão do sistema Inglês para obrigatoriamente pelo entendimento dos objetivos do processo (*overriding objectives*), descritos pelas *Civil procedure rules* de 1998.

potencialmente fortalecedoras não somente dos argumentos apresentados pela parte que as revela, mas também dos dados que possam enfraquecer tais alegações, ou mesmo fortalecer aquelas apresentadas pela parte contrária” (LAUX, 2015).

Em suma, o direito inglês permite à parte que, mediante uma espécie de aviso quanto à sua pretensão de mover um processo em desfavor de outrem, imponha a este a revelação de informações. Não é requerimento de documento específico – como na nossa exibição de documento ou coisa, por exemplo –, mas a apresentação de tudo que guarde relação com a matéria objeto do processo futuro. Caso não seja cumprido esse encargo, serão aplicadas as sanções relacionadas ao *Contempt of Court*, sem falar nos prejuízos subjetivos decorrentes de um sistema que é todo conformado com base na cooperação e boa-fé.

A experiência francesa prevê algumas técnicas aptas a tutelar direitos relacionados à produção de provas antes mesmo do processo principal. Seria o caso das chamadas *attestation e réfère probatoire*, que compõem a *enquête d'examen à futur* e delimitam, respectivamente, o recolhimento de declarações por escrito de testemunhas, a designação de perícias e oitiva de testemunhas e a exibição de documentos (LAUX, 2015), apenas diante dos requisitos das cautelares. Com o advento do código de 1975, em especial o art. 145, passou a ser possível a produção de qualquer meio de prova, desde que demonstrado motivo legítimo. O motivo legítimo poderia ser o perigo da demora, ou a conservação da prova (GUIMARÃES, 2009). A comprovação deveria recair sobre fatos relevantes, cujo esclarecimento pudessem influenciar diretamente na resolução da controvérsia.

Na Alemanha e na Itália também é possível uma ação probatória autônoma sem *periculum in mora*, mas limitada a produção de prova pericial; no direito germânico, ainda se admite essa espécie de ação quando houver concordância das partes na produção de prova (LAUX, 2009).

De outro lado, o sistema americano (Estado Unidos), filiado à tradição *common law*, costuma separar em duas fases o processamento e resolução de uma controvérsia jurídica. A fase preliminar,

conhecida como *pretrial* ou *pretrial discovery* serve para eventual apuração e delimitação de fatos e questões de direito que poderão ser objeto de apreciação quando do julgamento da causa, a *trial*.

O sistema adversarial da *common law* é, em sua essência, sistema que proporciona meios de prova e métodos mais incisivos e diretos, via de regra orientados pelos embates travados entre as partes e seus respectivos advogados<sup>10</sup>.

- 
10. “Essa realidade se verifica, por exemplo, na forma de inquirição de testemunhas na fase do discovery (pretrial) dos EUA; o juiz apenas intervém para resolver impasse entre advogados acerca do cabimento de determinada pergunta, que não pode, v.g., se inserir em regra de confidencialidade entre cliente-advogado, médico-paciente, ou, ainda, quando a testemunha não teve conhecimento direto dos fatos (hearsay rule), dentre outras. As perguntas são formuladas diretamente pelo advogado à testemunha, sem qualquer intervenção do juiz. Os depoimentos são normalmente gravados e datilografados por estenotipistas e serventuários da corte, podendo durar horas sem interferir na agenda do juiz, que não participa desses atos, em técnica conhecida como deposition. No caso de impugnação às perguntas, o juiz será consultado pelo serventuário por telefone — caso o advogado queira impedir a resposta da testemunha — ou será instado a resolver a impugnação posteriormente, após análise da impugnação pela degravação. Caso acolhida a impugnação, a resposta à pergunta será desconsiderada. [...] A produção de prova documental no discovery é, igualmente, muito diversa. Nessa etapa (pretrial), é realizada uma intensa busca por documentos, acumulando-se grande volume de informações que, posteriormente, serão selecionadas para estruturar o caso para julgamento (trial). Nos EUA, o dever de exibição de documentos é amplo, prévio ao requerimento da parte adversa, consistindo em “cópia de todos os documentos”, “listagem dos nomes e contatos de todas as pessoas que possuam documentos de interesse da causa”, dentre outros, em contraposição à individualização do documento, requisito muito mais restrito dos sistemas da civil law. No sistema vigente em determinados estados norte-americanos, caso a exibição não seja feita, o juiz pode chegar ao ponto de autorizar a busca e apreensão de arquivos e até mesmo de servidores de computador. [...] Quanto à prova pericial, na tradição anglo-saxã o perito originalmente não passava de uma testemunha qualificada (expert witness), que a parte convocava para depor a seu favor. Com a evolução do sistema processual inglês, o perito passou a ser um auxiliar imparcial do juiz, guardando deveres para com o tribunal que se sobrepõem à obrigação para com a parte. [...] Portanto, a prova pericial do sistema anglo-saxão sofreu considerável mudança em relação ao seu modelo originário, aproximando-se do sistema romano-germânico, embora ainda conservando a característica marcante de oralidade na inquirição do expert em audiência”. (MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: Uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 49)

O termo *discovery*, traduzido ao pé da letra, significaria “descoberta”, o que se compatibiliza perfeitamente ao objeto da fase preparatória da *trial*. Fica mais fácil pensar um processo em que, antes mesmo de se chegar a uma posição, seja possível entender melhor dos fatos e sobre a extensão do conhecimento e possibilidades dadas ao adversário. Também se extrai, de certo modo, as prováveis estratégias existentes na concepção das partes, haja vista as provas que produzem.

Só é viável alcançar a fase de julgamento da causa (*trial*) caso na fase do *pretrial* a colheita das provas tenha evidenciado às partes a viabilidade (ou a provável viabilidade) do direito que será requerido. Não havendo suporte ou indícios de viabilidade da demanda, não se chega à fase de julgamento da controvérsia. Contudo, acaso haja, as questões se estabelecem na *pretrial order*.

## 6. CONCLUSÕES

---

O direito autônomo à prova compreende o fato de que a pretensão deduzida em juízo não consiste num direito material aplicável a um caso concreto, tendo como objeto o direito à prova;

Vê-se com clareza que o processo autônomo de produção de prova foi ampliado no CPC/15, quando comparado com o código de processo civil anterior (CPC/73), passando a atender hipóteses desvenilhadas do perigo da demora. Trata-se de atendimento a um clamor doutrinário praticado há alguns anos e que finalmente ajusta e prevê expressamente uma possibilidade um tanto óbvia;

O simples fato de não haver previsão expressa desautorizava, no sistema anterior, a possibilidade que hoje vigora de produção antecipada de qualquer prova e com fundamentos diversos, a despeito de aparentemente já haver abertura no sistema para sua utilização ampla;

O procedimento probatório tradicional já não se prestava mais ao atendimento de todas as circunstâncias apresentadas na sociedade, de modo que, com o advento do NCPC e sua previsão quanto à produção antecipada de prova, a perspectiva das partes, ao menos com relação à possibilidade de conhecer melhor dos fatos, restou substancialmente melhorada.

## 7. REFERÊNCIAS

---

- ALVES, André Bruni Vieira. Da admissibilidade na produção antecipada de provas sem o requisito da urgência. In: *Coleção grandes temas do NCCP: Direito probatório*, v. 5, 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 557.
- CALDAS, Adriano; JOBIM, Marco Félix. A produção antecipada de prova e o novo CPC. In: DIDIER Jr., Fredie (Coord. Geral); JOBIM, Marco Félix; FERREIRA, William Santos (Coord.). *Coleção grandes temas do Novo CPC. Direito probatório*. v. 5. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 547.
- CAMPOS, João Vicente (Hugo Simas). Comentários ao Código de Processo Civil. *Revista Forense*, 1962 apud SILVA, Ovídio Araújo Baptista de. *Do processo cautelar*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil. Tomo 1. Madrid: Editora Reus, 1922, p. 1-2.
- DIDIER, Fredie; BRAGA, Paula Sarno. Curso de direito processual civil. v. 1. 17ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- \_\_\_\_\_; \_\_\_\_\_. OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*. v. 2. 10ª ed. Salvador: Juspodivm, 2015.
- GRECO, Leonardo. A reforma do direito probatório no processo civil Brasileiro: Primeira parte Anteprojeto do Grupo de Pesquisa “Observatório das Reformas Processuais” da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. *Revista de Processo*. v. 240, fev./2015, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 61-136.
- GUIMARÃES, Filipe. Medidas probatórias autônomas: panorama atual, experiência estrangeira e as novas possibilidades no direito brasileiro. *Revista de processo*. n. 178. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- LAUX, Francisco de Mesquita. Relações entre a antecipação da prova sem o requisito da urgência e a construção de soluções autocompositivas. *Revista de processo*, n 242. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril. 2015, p. 455-479.
- MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 702-703.
- MARTINS, André Chateaubriand. A prova pericial no projeto do CPC: Uma leitura a partir da experiência da arbitragem e do direito anglo-saxão. In: *Novas Tendências do Processo Civil*. V. 2. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 49
- MITIDIERO, Daniel. *Processo Civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

- \_\_\_\_\_. Processo justo, colaboração e ônus da prova. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 78, n. 1, p. 67-77, jan./mar. 2012.
- NEVES, Daniel Assumpção. *Ações Probatórias Autônomas*. São Paulo: Saraiva, 2008
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- \_\_\_\_\_. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T. 5. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 268.
- ROCHA, José de Moura. Produção Antecipada de Provas. *Revista de Processo*, V. 20, out. 1980. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1980, p. 57.
- TALAMINI, Eduardo. Produção antecipada de prova no Código de Processo Civil de 2015. *Revista de processo*, v. 260, out/2016. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- YARSHELL, Flávio Luiz. Da produção antecipada da prova. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. (Org.). *Breves comentários do código de processo civil*. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 1.027-1.028.
- \_\_\_\_\_. *Antecipação da prova sem o requisito da urgência e direito autônomo à prova*. São Paulo: Malheiros, 2009.



# Democracia, emancipação e mulheres: breves considerações a respeito dos feminismos como elemento de validade democrática

*Natalia Silveira de Carvalho\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Direitos humanos em perspectiva habermasiana; 3. O problema da esfera pública liberal e a multiplicidade de públicos; 4. Cidadania e sociedade civil; 5. Considerações Finais.

## 1. INTRODUÇÃO

---

“Lute como uma garota” tem sido uma linguagem comumente utilizada por determinados setores da sociedade civil em referência à emergência dos movimentos feministas e ao protagonismo das mulheres em lutas coletivas por direitos. Caso emblemático foi o movimento de ocupações de escolas públicas promovido pelo movimento secundarista em diversos lugares do país – movimento que contou com o protagonismo das garotas estudantes do ensino médio.

Ainda que estejamos vivendo momentos de vertigem democrática, é necessário dizer que nunca antes na história deste país tivemos tanta influência do voto feminino na esfera pública burguesa. Explíco: ainda que tenhamos alçado ao Palácio do Planalto um governo de notória tendência antidemocrática e misógina, a maioria do voto das eleitoras brasileiras não se direcionou a este grupo político; foram majoritariamente os homens que elegeram Jair Bolsonaro. Considerando os dados eleitorais da pesquisa Ibope em 2018, por diferentes

---

(\*) Advogada. Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia, sob orientação do Professor P6-Doutor Ricardo Maurício Freire Soares. E-mail: nsilveira.carvalho@gmail.com

estratos, o voto majoritário que elegeu o atual Presidente da República é proveniente de homens branco de classe média localizados no sul e sudeste do país, ainda que o Presidente tenha alcançado a maioria também entre as mulheres em sua totalidade – vale dizer, ainda, que a diferença de votos entre o primeiro e o segundo candidato restou mais apertada entre as mulheres, com uma diferença de quatro pontos percentuais somente.<sup>1</sup>

Além disso, contamos hoje com a maior bancada parlamentar feminina da nossa história democrática<sup>2</sup> e, pasmem, contamos com parlamentares assumidamente feministas. É o caso da parlamentar Talíria Petrone, quem prefacia o obra recém publicada no Brasil “Feminismo para os 99% – um manifesto”, de Nancy Fraser, Cinzia Arruzza e Tithi Bhattacharya. Nas palavras da parlamentar carioca:

[...] o caso brasileiro é emblemático: nas eleições de 2018, vira presidente um ex-militar apoiado pela indústria do armamento, igrejas fundamentalistas, latifundiários... E por um tal movimento integralista de ideário francamente nazifascista. O novo presidente brasileiro, Jair Bolsonaro, assumiu com o discurso abertamente retrógrado, contra o ‘politicamente correto’ e com medidas iniciais que ameaçam direta e concretamente mulheres, negros, indígenas, pessoas com deficiência, animais e floresta amazônica. (PETRONE, 2019, p. 19)

As autoras do mencionado manifesto verificam uma reconfiguração dos movimentos feministas em âmbito mundial e apontam, no caso brasileiro, uma primavera feminista que eclodiu na última década. A partir do ano 2000, foram criados importantes equipamentos de políticas públicas voltados ao combate das desigualdades de

- 
1. Segue o link com a divulgação dos dados da pesquisa Ibope: <https://politica.estado.com.br/noticias/eleicoes,bolsonaro-tambem-ganhou-entre-as-mulheres-diz-ibope,70002588225>
  2. Este dado foi retirado da página oficial da Câmara de Deputados, a partir da observação de gráfico elaborado pela Casa que apresenta a porcentagem de parlamentares femininas eleitas ao longo dos processos eleitorais. Vale ressaltar que segundo o gráfico mencionado, a participação feminina no Parlamento tem crescido ao longo dos pleitos eleitorais e aumentou cinco pontos percentuais desde a última eleição. Informações disponíveis no link: <https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/POLITICA/564035-BANCADA-FEMININA-NA-CAMARA-SOBE-DE-51-PARA-77-DEPUTADAS.html>

gênero e contra a violência contra as mulheres. Além disso, na última década assistimos à emergência dos estudos de gênero nas universidades brasileiras. E não podemos esquecer, evidente, da pressão promovida pelo movimento feminista e de mulheres junto à Assembleia Constituinte, conhecido como “lobby do batom”, como uma dos movimentos sociais a conquistar mais êxitos no reconhecimento de direitos no novo texto constitucional. Nas palavras de Nancy Fraser, as feministas brasileiras construíram um contra-público subalterno.

Evidente que este feito também se tornou possível graças à abertura democrática, lembrando que o feminismo brasileiro, ainda que pulverizado entre diversas organizações de esquerda, também foi protagonista na luta pela abertura democrática e contra o Estado Autoritário implementado pelo golpe militar de 1964.

Bem, é justamente este contra-público subalterno elaborado pelos feminismos brasileiros que é denominado pelo senso comum de “politicamente correto”(sic). Vale ressaltar também que é central na pauta ideológica do novo governo o combate à pauta feminista, ora de maneira explícita, ora sob o forjado discurso de combate ao “politicamente correto”(sic), por este falsear os verdadeiros valores da sociedade brasileira. Neste sentido, reduzir os terrenos discursivos paralelos à esfera pública liberal a algo que mereça ser combatido afeta a qualidade da democracia brasileira, visto que se trata de uma negação explícita ao pluralismo democrático.

Neste sentido, o problema considerado para o desenvolvimento deste trabalho é o protagonismo dos movimentos feministas no processo democrático como elemento assecuratório da própria democracia, ou melhor: como participação política feminista fortalece a democracia? A partir disso, elenquei como objetivo da investigação analisar o papel da emergência da cidadania social feminista – neste sentido, para além das demandas por reconhecimento de direitos, mas também passando por estas demandas – como elemento fundamental à radicalização democrática.

Para tanto, optei por realizar uma revisão bibliográfica sistemática considerando publicações que articulassem o campo da teoria do direito, da sociologia do direito e da ciência política em

perspectiva feminista. Como resultado de tais escolhas, acabei trabalhando principalmente com dois autores e uma autora, Jurgen Habermas, Boaventura de Sousa Santos e Nancy Fraser. Além disso, outras bibliografias foram consideradas, também no campo da filosofia, para melhor elucidar os conceitos centrais.

Inicialmente, o trabalho mergulha no conceito de direitos humanos de Jurgen Habermas, a fim de melhor situar suas elaborações teóricas na relação entre facticidade e validade das normas jurídicas, problema que me parece central em sua obra. Neste tópico, procuro abordar a relação entre direitos humanos, política e moral, interpretando que o autor fundamenta a legitimidade dos direitos humanos no processo democrático de tomada de decisão.

Considerando que os feminismos são fruto das contradições da modernidade, resta quase inevitável contestar o argumento monolítico da cidadania e da esfera pública. Deste modo, o argumento de justificação do direito de Habermas leva a uma contestação da própria esfera pública liberal, considerando sua defesa da pluralidade democrática. Não há pluralidade sem mulheres. Neste sentido, o segundo tópico aborda a leitura de Nancy Fraser ao argumento de Habermas de justificação do direito – para tanto, a autora acaba por desenvolver o conceito de contra-público subalterno.

No terceiro tópico, procuro demonstrar, com a ajuda do pensamento de Boaventura de Sousa Santos e Maria Betânia Ávila, que o contra-público subalterno promovido pelos feminismos é capaz de produzir um novo modelo de cidadania, emancipatório, que corrobora o fortalecimento democrático.

## **2. DIREITOS HUMANOS EM PERSPECTIVA HABERMASIANA**

---

Na perspectiva habermasiana, o conceito de direitos humanos é um conceito jurídico, ainda que dotado de certo grau de valores morais e de sentido político próprio. Para o autor, “[...] os direitos humanos, inscritos na prática de autodeterminação democrática dos cidadãos, têm de ser interpretados *a limine* como direitos jurídicos,

não obstante o seu conteúdo moral [...]” (HABERMAS, 1994, p. 140). Deste modo, o autor distancia-se da tradição liberal, segundo a qual direitos humanos seriam direitos pré-estatais fundamentados no direito natural ou no direito racional (LOHMANN, 2013).

A distinção entre direito e moral permeia o pensamento de Habermas e é um mecanismo importante para compreender seu rompimento com a tradição liberal dos direitos humanos. Tal ruptura ainda é evidente na concepção habermasiana do direito:

[...] o moderno direito normativo, que se apresenta com a pretensão à fundamentação sistemática, à interpretação obrigatória e à imposição. O direito não representa apenas uma forma do saber cultural, como a moral, pois forma, simultaneamente, um componente importante do sistema de instituições sociais. (HABERMAS, 1994, p. 110)

E ainda prossegue o autor, tratando da diferenciação entre direito e moral:

O direito é um sistema de saber e, ao mesmo tempo, um sistema de ação. Ele tanto pode ser entendido como um texto de proposições e de interpretações normativas, ou como urna instituição, ou seja, como um complexo de reguladores da ação. E, dado que motivos e orientações axiológicas encontram-se interligados no direito interpretado como sistema de ação, as proposições do direito adquirem uma eficácia direta para a ação, o que não acontece nos juízos morais. (HABERMAS, 1994, p. 111)

Afastando-se do fundamento moral, os direitos humanos são tomados como direitos fortes (LOHMANN, 2013), ou seja, direitos jurídicos, positivados pela lei dos Estados ou por Convenções internacionais de direitos humanos, reconhecidos pela esfera estatal e, por consequência, passíveis de demanda e de tutela jurisdicional. Entretanto, vale destacar a interpretação de Marcelo Neves (2008), no sentido de compreender que na visão habermasiana, mesmo o direito servindo como instrumento de poder, este ainda necessita de uma justificação moral. Trata-se de uma tensão que seria inerente ao direito, a tensão entre facticidade e validade da norma jurídica. Para o constitucionalista brasileiro,

Na teoria do discurso [...] não se pode definir a normatividade jurídico-positiva como momento de superação da tensão entre facticidade e validade. A normatividade refere-se à validade e, portanto, exige fundamentação moral ou, mais abrangentemente, justificação discursiva do direito. Neste sentido, as normas são concebidas em uma perspectiva universalista [...] o momento normativo, enquanto exige a justificação racional do direito, não soluciona a tensão entre facticidade e validade, estando nela envolvido. (NEVES, 2008, p. 111)

Além disso, Habermas (1994) defende que os direitos legais não são subordinados à moral – neste sentido, a visão do direito como direito positivo produzido por um processo democrático pelo legislador legitimado para tanto, é o critério de legitimidade da norma legal, inclusive as normas legais de direitos humanos. A positivação – o procedimento – confere a legitimidade do direito e aqui o autor trata do procedimento democrático de deliberação.

Não há, pois, uma moral universal nem uma racionalidade universal que fundamente o direito. Este problema é uma questão clássica em nosso campo, uma vez que, para Wolkmer (1994), por trás de todo poder, inclusive do poder jurídico, há uma condição consensual de valores que refletem os interesses, aspirações e necessidades de uma comunidade.

Por sua vez, o processo legislativo só confere legitimidade à norma jurídica se consideramos que:

[...] o princípio da soberania do povo significa que todo o poder político é deduzido do poder comunicativo dos cidadãos. O exercício do poder político orienta-se e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação da opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas. A aceitabilidade racional dos resultados obtidos em conformidade com o processo explica-se pela institucionalização de formas de comunicação interligadas que garantem de modo ideal que todas as questões relevantes, temas e contribuições, sejam tematizados e elaborados em discursos e negociações, na base das melhores informações e argumentos possíveis. (HABERMAS, 1994, p. 213)

Dito de outro modo, há uma relação simbiótica entre direitos humanos e soberania do povo (HABERMAS, 1994), e esta simbiose confere legitimidade ao direito produzido pelo Estado. O princípio democrático é justamente um dos elementos analíticos desta teoria que permite a compreensão da liga entre direitos humanos, política e moral. Pela via deste princípio, a validade legítima das leis encontra seu fundamento na racionalidade discursiva – aqui, a *performance* garante a possibilidade racional de elaboração de qualquer argumento, de todas as fundamentações possíveis, e da decisão racional sobre problemas práticos.

Assim, Habermas se afasta de posicionamentos teóricos que consideram que o direito fundamenta-se em si mesmo, como uma espiral de legitimidade, próprio da teoria sistêmica do direito<sup>3</sup>.

Segundo a interpretação de Georg Lohmann (2013, p. 95): “A tese de Habermas agora é que a soberania popular e direitos humanos são mediados um ao outro por uma ‘conexão interna’. A reconstrução dessa limitação [...] leva a um ‘princípio da democracia’, o qual se depreende da delimitação do ‘princípio do discurso’ e da ‘forma do direito’ [...]”.

Considerar que a ideia de direito surge da interação entre ação comunicativa, deliberação em igualdade de condições e forma jurídica, implica, em certa parte, dizer que a produção da norma legitima a própria norma. Para Habermas, no entanto, não há paradoxo no surgimento da legitimidade pela legalidade (HABERMAS, 1994), uma vez que o direito não legitima a si mesmo, como já dito anteriormente.

A possibilidade de uma via discursiva disponível a todos os cidadãos, pautada no respeito e na igualdade, faz com que o direito esteja aberto a outras fontes de legitimação, daí a relação entre direito e moral. Nesta interação entre direito e moral, o *medium* do direito

---

3. Como exemplo do modo como a teoria dos sistemas compreende o Direito: “O Direito constitui um sistema autopoietico de segundo grau, autonomizando-se em face da sociedade, enquanto sistema autopoietico de primeiro grau, graças à constituição auto-referencial dos seus próprios componentes sistêmicos e à articulação destes num hiperciclo. (TEUBNER, 1989, p. 53)

pressupõe “[...] direitos que definem o status de pessoas jurídicas como portadoras de direitos em geral.” (HABERMAS, 1994, p. 155).

Ainda segundo o autor,

O conceito "forma jurídica", que estabiliza as expectativas sociais de comportamento do modo como foi dito, e do princípio do discurso, à luz do qual é possível examinar a legitimidade das normas de ação em geral, nos fornece os meios suficientes para introduzir *in abstracto* as categorias de direitos que geram o próprio código jurídico, uma vez que determinam o *status* das pessoas de direito<sup>4</sup>[...] (HABERMAS, 1994, p. 159)

Assim, sujeitos de direito, cidadãos iguais entre si, estabelecem uma dinâmica discursiva normatizada pela forma do direito e produzem consenso. Esta produção do direito entre iguais é o que confere sua legitimidade – não se trata de uma legitimidade balizada por uma lei (moral) maior, mas pelo processo deliberativo entre cidadãos. Este espaço de interação Habermas denomina esfera pública.

Le desigua a las sociedades modernas un teatro em que la participación política es representada por medio del habla. Es el espacio en el que los ciudadanos deliberan sobre sus asuntos comunes; por lo tanto, es un terreno de interacción discursiva. Este espacio es conceptualmente distinto del estado; es un sitio para la producción y circulación de discursos que em principio pueden ser críticos del estado. El ámbito publico en el sentido de Habermas es también conceptualmente distinto de la economía oficial; no es un terreno de relaciones de mercado, sino más bien de relaciones discursivas: un teatro para debatir y deliberar, más que un lugar para comprar y vender. (FRASER, 1993, p. 25)

---

4. Tais categorias de direito são (HABERMAS, 1994): “Direitos fundamentais que resultam da configuração licitamente autônoma do *direito à maior na medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação*”; “Direitos fundamentais que resultam da configuração por licitamente autônoma do *status de um membro* numa associação voluntária de parceiros do direito”; “Direitos fundamentais que resultam imediatamente da *possibilidade de postulação judicial* de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual”; “Direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os civis exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo”; “Direitos fundamentais e condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para o aproveitamento, em igualdade de chances, dos direitos anteriores.”

A participação igualitária de sujeitos iguais entre si nesta esfera de deliberação pressupõe também o exercício da autonomia privada, ou seja, a força do direito não imputa a participação com o pavor da sanção e do dever; a via de participação é assegurada pela garantia das liberdades individuais.

O princípio da democracia é delineado, portanto, como o resultado da interligação entre o princípio do discurso e a forma jurídica – tal entrelaçamento é a origem lógica de direitos, segundo Habermas. A respeito deste entrelaçamento,

Ela começa com a aplicação do princípio do discurso ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral – constitutivo para a forma jurídica enquanto tal – e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica. Por isso, o princípio da democracia só pode aparecer como núcleo de um sistema de direitos. A gênese lógica desses direitos forma um processo circular, no qual o código do direito e o mecanismo para a produção de direito legítimo, portanto o princípio da democracia, se constituem de modo co-originário [...] (HABERMAS, 1994, p. 158)

A afinidade entre direitos humanos e soberania do povo assenta-se na conexão interna entre autonomia privada e autonomia pública (NEVES, 2008). Mais uma vez, Habermas se afasta da concepção liberal dos direitos humanos como condição necessária de democracia legítima, mas os compreende como condições possibilitadoras (LOHMANN, 2013), ou seja, construtoras dos mesmos direitos humanos. Deste modo, é possível compreender que a força do direito não reside na sanção, mas na enunciação da vontade legítima. Neste sentido, “Na positividade do direito, não se expressa a facticidade de uma vontade arbitrária, simplesmente contingente, mas sim a vontade legítima, que se deve à autolegislação presumivelmente racional de cidadãos politicamente autônomos” (NEVES, 2008, p. 112). Sendo assim, são válidas aquelas normas jurídicas cuja concordância poderia ser alcançada por todos os possíveis atingidos pela norma, concordância esta expressa por estes enquanto participantes de discursos racionais (HABERMAS, 1994).

Como *medium*, a linguagem do direito, de maneira distinta da comunicação promovida pela linguagem moral, é capaz de criar códigos de diálogo com a esfera da administração e do dinheiro, assumindo um caráter transformador do mundo da vida (HABERMAS, 1994). Considerando um contexto de Estado de Direito, o discurso jurídico está voltado ao controle de coerência normativa da ordem jurídica (NEVES, 2008).

Habermas não desconhece, porém, o papel do jogo de interesses no processo de formação da vontade estatal. Não se trata aqui de sujeitos orientados na busca do consenso, mas sim de negociações que visam à satisfação de interesses. Mas se sustenta que, no processo discursivo do Estado Democrático de Direito, essas negociações são suscetíveis de regulação procedimental. Dessa maneira, asseguram-se chances iguais de participação, de influência recíproca e de imposição dos interesses divergentes nas negociações. Fala-se, então, em ‘formação de compromissos’ com base em ‘negociações equitativas’. Nessa hipótese, embora os agentes estejam orientados para o êxito, o procedimento torna-o racional. (NEVES, 2008, p. 120)

A justiça da lei é justamente sua gênese democrática, num procedimento caracterizado pela discussão e pela esfera pública (HABERMAS, 1994) na formação do bem comum.

### **3. O PROBLEMA DA ESFERA PÚBLICA LIBERAL E A MULTIPLICIDADE DE PÚBLICOS**

---

A partir do exposto, verifica-se que na teoria de Habermas não existe autonomia do direito em relação à moral e à política sem democracia realizada (NEVES, 2008). Questão central para a legitimidade dos direitos humanos, ainda que eminentemente direitos jurídicos, é o princípio da democracia.

Habermas parte [...] da suposição de um consenso presente intuitivamente na prática cotidiana, que através da coordenação da ação por meios linguísticos de comunicação ultrapassaria o contexto da interação. Mediante esse tipo de coordenação, dependente da ‘formação de consenso’, constituir-se-ia a esfera pública. [...] Justamente porque Habermas parte do consenso constituído (ou das ‘certezas intuitivamente partilhadas’) na

prática cotidiana do mundo da vida, a esfera pública apresenta-se como horizonte de racionalização desse consenso nos quadros da coordenação da ação por meios generalizados [...] de comunicação. (NEVES, 2008, p. 131)

Considerando que a teorização apresentada por Habermas em *Direito e Democracia* compromete-se com a investigação a respeito de quais as condições comunicativas necessárias à emancipação social e à autonomia de dada coletividade (SILVA, 2011), necessário se faz retomar o conceito de esfera pública, tendo em vista que “El ámbito público produce contentimiento por medio de la circulación de discursos que construyen el ‘sentido común’ del momento y que representan al orden existente como natural y/o justa, pero no simplemente como una artimaña impuesta [...]” (FRASER, 1993, p. 33). Não há consenso, portanto, sem a participação dos cidadãos na esfera pública.

Na interpretação de Nancy Fraser (1993), a esfera pública apresenta-se em dois níveis no pensamento de Habermas. Primeiro, como mecanismo institucional a fim de racionalizar a dominação política; em outro nível, trata-se de um tipo específico de interação discursiva – uma discussão deve ser aberta e acessível a todos os cidadãos, colocando-se as desigualdades entre parênteses a fim de que os participantes da discussão deliberem como iguais.

[...] o caráter discursivo da formação da opinião e da vontade na esfera pública política e nas corporações parlamentares implica, outrossim, o sentido prático de produzir relações de entendimento as quais são “isentas de violência”, no sentido H. Arendt, desencadeando força produtiva da liberdade comunicativa. O poder comunicativo de convicções comuns só pode surgir de estruturas da intersubjetividade intacta [...] (HABERMAS, 1994, 190)

Para a formação do consenso democrático, as condições procedimentais racionais fundamentam a suposição que o processo democrático apresenta resultados também racionais (LOHMANN, 2013). Neste sentido,

[...] ele procura expor teoricamente sua intenção básica, segundo a qual os direitos humanos universalizados não atuam externamente como normas morais, mas internamente como

regras formais de procedimento da legislação e controle constitucional, de sorte que a tese da 'cooriginariedade' dos direitos humanos e da democracia é resgatada num modelo deliberativo de formação democrática da opinião e da vontade. (LOHMANN, 2013, p. 98)

Pois bem. Resta evidenciada a questão crucial ao debate sobre a validade do direito, qual seja o princípio democrático pautado na liberdade de participação igualitária dos sujeitos. Localizando a constituição da esfera pública na modernidade (HABERMAS, 1992; ARENDT, 2007), torna-se imperativo radicalizar suas contradições, tendo em vista a existência de obstáculos formais ao acesso à esfera pública – o silenciamento dos grupos marginalizados.

A ruptura com o absolutismo e a instituição de um Estado Liberal de democracia representativa operou na formação da sociedade civil (ARENDT, 2007; OKIN, 2008) rigidamente separada do Estado e na instauração de um espaço deliberativo composto por cidadãos, calcada na separação rígida entre esfera pública e esfera privada. Na modernidade, assistimos à elaboração desta dicotomia entre público (esfera da política, do trabalho produtivo) e privado (esfera da intimidade, da família).

Com a sociedade, as atividades relacionadas à sobrevivência, por exemplo, do trabalho, adquirem um caráter público. A família já não define a propriedade, como na Grécia antiga; agora é a propriedade que a define. Com isso, a atividade política se transforma e "[...] mais que ação, discurso e pensamento são fundamentalmente superestruturas relativas ao interesse social." (COSTA, 1998, p. 55)

Do mesmo modo que na esfera privada da Grécia Antiga, a mulher através da família, era a garantia da atenção às necessidades básicas para a atuação do homem *na polis*. *Também nessa época [modernidade] de certa forma, a atuação da mulher na esfera pública (nos salões) atendia aos mesmos interesses e, de fato, formavam parte da esfera privada. Finalmente, é seu papel como anfitriã, organizadora de encontros literários e, muitas vezes, sua sexualidade (atividades típicas da esfera privada), o que garantia as condições materiais necessárias para o desenvolvimento da intelectualidade e, em especial, a divulgação e intercâmbio cultural, fundamentais para o desenvolvimento do*

pensamento político de então, possibilitando, ao mesmo tempo, às mulheres romper com o isolamento e as cadeias do mundo privado. (COSTA, 1998, p. 58)

Para Nancy Fraser, constatar a ausência de participação das mulheres na esfera pública implica em identificar tal ausência tão somente na esfera pública burguesa. Isso quer dizer que para a autora há uma multiplicidade de esferas públicas, sendo que o Estado Democrático de Direito em acepção burguesa hierarquiza tais terrenos públicos, sendo ideológico o reconhecimento da existência de somente uma esfera pública. Para a autora, “Así que la visión de que la mujer estaba excluída del ámbito público resulta ser ideológica; se basa en una noción de lo público con prejuicios de clase y género. Una noción que acepta aparentemente el reclamo del público burgués de que ellos son *el* público.” (1993, p. 31).

Até o momento, é possível identificar dois tensionamentos elaborados pela teoria política feminista aos pressupostos teóricos de legitimação do direito elaborados por Habermas: o pressuposto de igualdade de condições para o diálogo e negociações em uma democracia deliberativa e a preferência por um âmbito público único – e com isso, problematiza-se a viabilidade da formação do consenso democrático.

Nancy Fraser (1993) considera ainda que, mesmo que ao longo do século XX tenhamos superado as barreiras formais de acesso aos espaços públicos de discussão e deliberação, ainda é necessário considerar o processo de interação discursiva de terrenos públicos formalmente inclusivos, em que as desigualdades entre interlocutores seriam colocadas entre parênteses. É tão necessário considerar as barreiras estruturais de gênero aos espaços deliberativos, quanto reconhecer a elaboração de outros âmbitos deliberativos desenvolvidos por mulheres e demais sujeitos marginalizados – os contra-públicos subalternos.

[...] son terrenos discursivos paralelos en donde los miembros de los grupos sociales subordinados inventan y hacen circular contradiscursos que, al mismo tiempo, les permiten formular interpretaciones de oposición acerca de sus identidades, intereses y necesidades. [...] mientras que estos contra-públicos

surjan como respuesta a las exclusiones dentro de los públicos dominantes, ayudarán a expandir el espacio discursivo. [...] En general, la proliferación de contra-públicos subalternos implica en acrecentamiento de la discusión discursiva, y esto es una cosa buena dentro de las sociedades estratificadas. (FRASER, 1993, p. 41-42)

Tais considerações são o resultado de uma interpretação dos conceitos de ação comunicativa e democracia deliberativa que radicalizam a concepção de sociedade pluralista como pressuposto necessário à validação das normas jurídicas. Para Fraser, a esfera pública burguesa ergue-se historicamente sobre “um número significativo de exclusões” (1993, p. 73), sendo as exclusões de gênero uma das mais visíveis. Para Céli Regina Pinto (2002, p. 89),

Fraser não se restringe em apontar a exclusão presente da constituição da esfera pública burguesa, sua contribuição mais importante é apontar para o fato de Habermas desconsiderar a existência de outros públicos que identifica como não liberais e não burgueses e que mesmo assim estão competindo na esfera pública.

A partir daí, assumindo a multiplicidade e conflituosidade dos públicos, Fraser (1993) elenca quatro premissas do trabalho de Habermas, quais sejam: 1) a igualdade social não é condição necessária à democracia política; 2) a preferência a uma esfera pública compreensiva à multiplicidade de públicos; 3) o discurso da esfera pública deve se ater à discussão sobre o bem comum e 4) a esfera pública democrática exige uma separação rígida entre sociedade civil e Estado.

A respeito da primeira premissa, Fraser tece contundentes críticas à suposição de igualdade entre agentes na esfera pública, considerando tal argumento uma falácia. Para a autora, em sociedades estratificadas, os grupos subalternizados possuem poucos recursos para se colocarem como interlocutores na esfera pública burguesa (PINTO, 2002). A este respeito, “O argumento conclusivo de Fraser sobre essa tentativa de colocar entre parênteses desigualdades e diferenças é o de que tal perspectiva tende a reproduzir desigualdade na medida em que não considera sua superação importante, não a tomando como problema para a constituição de uma esfera pública” (PINTO, 2002, p. 90).

Contraopondo-se a Habermas, Fraser sustenta a importância da existência de múltiplos contrapúblicos subalternos, em especial em sociedades estratificadas. Exemplo destes contrapúblicos subalternos é o movimento dos trabalhadores e trabalhadoras sem terra, especialmente se consideramos sua interlocução pública, como grupo de interesses, na esfera pública dominante (PINTO, 2002). Fraser exemplifica seu conceito de contrapúblico subalterno referenciando-se no movimento feminista norte americano da segunda metade do século XX, visto que tal movimento social, ao articular lutas sociais a partir da identidade, configurou-se como um espaço articulador de um contradicurso, elaborando sua própria lógica comunicativa ao passo que também conseguiu estabelecer códigos de inteligibilidade com outros públicos. Aqui, as feministas foram capazes de inventar novos termos para descrever a realidade social (FRASER, 1993).

Tanto Nancy Fraser quanto Marcelo Neves compreendem, a partir de suas leituras particulares da obra de J. Habermas, que a presença do consenso na esfera pública só é possível considerando tal esfera a partir das tensões estruturais do mundo da vida. Enquanto Nancy Fraser considera que o autor alemão concebe a existência de múltiplas esferas públicas, ainda que em suas análises tenha se restringido à esfera pública burguesa, para o constitucionalista Marcelo Neves (2008, p. 131),

[...] na compreensão da esfera pública, deve-se partir exatamente do dissenso estrutural já presente, em primeiro grau, na prática cotidiana de uma sociedade supercomplexa. [...] Nessa perspectiva, a esfera pública pode ser compreendida, no sentido estrito, como campo de tensão entre mundo da vida, de um lado, e sistemas político e jurídico, de outro, ou mais precisamente: como campo de tensão entre mundo da vida e Constituição enquanto acoplamento estrutural desses dois sistemas.

Para Celi Regina Pinto (2002, p. 92),

A condição de conflito em que essa interlocução ocorre reforça a própria noção de conflito entre os públicos e de provisoriedade da construção do senso comum (de um bem comum). A questão da terra é fundamentalmente uma questão de redistribuição, no entanto, a identidade do sem-terra se constituiu como diferença que busca reconhecimento. O êxito na constituição da identidade

está exatamente na capacidade de se tornar contra-público, daí uma questão fundamental se coloca: um contra-público para existir tem de se constituir a partir de uma identidade.

Os conflitos promovidos pelos contrapúblicos em relação à esfera pública dominante fazem com que se questione o que é próprio da esfera pública (FRASER, 1993) – é o que faz o movimento feminista do século XX, dado que até sua constituição como um contrapúblico em disputa as questões de gênero eram relegadas à esfera do privado. Deste modo, é identificável no pensamento de Nancy Fraser uma expansão dos limites da esfera pública e da natureza do bem comum (PINTO, 2002).

#### 4. CIDADANIA E SOCIEDADE CIVIL

---

Até agora, considereei que a emergência dos direitos humanos como garantia possibilitadora do Estado Democrático de Direito e, neste sentido, figura no horizonte o problema dos direitos humanos das mulheres. De certo modo, está em curso a ampliação do significados dos Direitos Humanos a todos os campos da vida social e, em virtude deste processo, os Direitos Humanos são reivindicados como questão central para a cidadania e o desenvolvimento da democracia (ÁVILA, 2002). Tendo em vista a desigualdade de gênero estrutural atualizada pela democracia liberal, a conquista da cidadania pelas mulheres representa uma profunda transformação nas relações de gênero (ÁVILA, 2002).

As barreiras à participação política das mulheres não se apresentam somente no âmbito institucional, mas encontram guarida nas relações de poder próprias da esfera privada de reprodução da vida. Muito já foi considerado por parte do pensamento feminista a respeito da divisão sexual do trabalho e sua repercussão na paridade de armas entre homens e mulheres na deliberação política.

Exemplo emblemático é a situação do trabalho doméstico. Boa-ventura de Sousa Santos tangencia o quanto o movimento feminista é relevante para a politização das relações no campo doméstico, mas não confere a mesma importância a este movimento político quando ressalta a necessidade da politização do mundo da produção. O

trabalho doméstico, majoritariamente exercido por mulheres, no Brasil, é uma esfera de trabalho produtivo, uma vez que é reprodutivo – a reprodução da vida é fundamental para a produção de riquezas, uma vez que é a força de trabalho e o consumo que sustentam o mundo da produção.

Além disso, ainda a respeito do trabalho doméstico, esta categoria de trabalhadoras alcançou com atraso a equiparação de seus direitos trabalhistas, visto que no Brasil o trabalho doméstico não é historicamente reconhecido como trabalho, uma vez exercido historicamente por mulheres negras (CARNEIRO, 2002).

A teoria liberal elaborou um ideário de cidadania individualista, reduzida ao exercício do voto (SANTOS, 2003) e compreende a sociedade civil de forma monolítica.

A sociedade civil é o mundo do associativismo voluntário e todas as associações representam de igual modo o exercício da liberdade, da autonomia dos indivíduos e seus interesses. Clubes, associações, empresas são assim manifestações equivalentes de cooperação, de participação e de voluntarismo. Esta indiferenciação produz uma dupla ocultação, uma das faces da qual foi cedo denunciada pelo pensamento socialista, enquanto a outra só na última década, com o aprofundamento dos movimentos feministas, viu reconhecida a sua importância. (SANTOS, 2003. p. 239)

A primeira ocultação identificada pelo autor é que o capitalismo reconhece a empresa como uma forma de associação voluntária, simulando que a “participação” na empresa daqueles que não detém os meios de produção é igualitária e, além disso, a leitura liberal em alocar a organização empresarial fora do campo político oculta as relações de exploração do trabalho, afinal, as decisões na empresa não são tomadas por meio do voto popular dos “participantes” do processo produtivo.

A segunda ocultação mencionada relaciona-se à naturalização das relações de poder configuradas no âmbito doméstico. Neste sentido, a teoria liberal “[...] ao converter a sociedade civil em domínio privado, a teoria liberal esquece o domínio doméstico das relações familiares, um domínio perante o qual tanto o domínio privado da

sociedade civil como o domínio público do Estado são, de facto, domínios públicos.” (SANTOS, 2003, p. 239).

Para Maria Betânia Ávila (2002, p. 128), “Quando as mulheres definiram mulheres como uma categoria política, instituindo assim um sujeito a partir do feminismo, fizeram-no no sentido de tomar a fixidez, a que estavam subordinadas, como uma questão cuja transformação teria de ser operada no espaço do político.” Deste modo, a conquista de direitos humanos das mulheres passa por uma inevitável enunciação do sujeito político mulheres no campo de disputa democrática.

A partir da concepção de multiplicidade de contra-públicos, a autora brasileira considera fundamental que a vida cotidiana influencie na definição da agenda política, posto que as transformações radicais são empreendidas por quem tem necessidades radicais. Trata-se de uma radicalização do projeto democrático que corrobora na percepção de múltiplas esferas públicas subalternas, o que é traduzido por Maria Betânia Ávila como crítica à separação rígida entre esfera pública e esfera privada e à hierarquização entre esfera de produção e de reprodução da vida. Para a autora,

No desenrolar da vida cotidiana é possível perceber que tanto a consciência de ser sujeito como a de ser cidadã – e uma alimenta a outra – produz de imediato uma mudança na qualidade de vida das pessoas, uma vez que a recusa em aceitar a desigualdade passa a ser algo incontornável. As ‘micro-revoltas’ passam a ser processos permanentes, e com elas acontecem as aquisições e os engajamentos no processo coletivo e político de mudança social. [...] A compreensão sobre direitos adquiridos como valor da sua condição de cidadã torna as mulheres mais fortes diante da adversidade. (ÁVILA, 2002, p. 130)

Avalio que a politização do cotidiano tem sido uma tarefa desempenhada pelos chamados Novos Movimentos Sociais (NMS) que despontam no cenário das esferas públicas a partir da década de sessenta e reorganizam o modo de articulação política de grupos subalternos. Em especial, foi o movimento feminista da segunda metade do século XX que empreendeu a politização das relações no campo do privado, ao considerar que “o pessoal é político” (MILETT, 1970).

Dentro da tradição da Teoria Crítica, é possível argumentar que esses movimentos rompem com uma tradição marxista de vislumbrar a Revolução pautada no modo de produção – aqui, uma compreensão que a transformação do modo de produção, a passagem do capitalismo ao comunismo, fosse por si só capaz de reconfigurar todas as relações de poder do seio social. Do contrário, a emancipação, na ótica destes NMS, é uma tarefa do presente. Deste modo, evidenciava-se a existência de múltiplas formas de opressão que não somente a promovida diretamente pelas relações de produção.

Tendo em vista o fundamento individualizante da cidadania liberal, os NMS promovem um giro epistêmico no modelo de cidadania, uma vez que “As formas de opressão e de exclusão contra as quais lutam não podem, em geral, ser abolidas com a mera concessão de direitos, como é típico da cidadania [...]” (SANTOS, 2002, p. 261). Para o sociólogo português, tais movimentos reconfiguram os modelos de desenvolvimento, exigem transformações concretas e promovem o alargamento da política para além do marco liberal.

Assim, o paradigma da democracia representativa não é mais suficiente para a radicalização democrática promovida pelo NMS. Neste sentido,

A nova teoria de democracia [...] tem, pois, por objectivo alargar e aprofundar o campo político em todos os espaços estruturais da interação social. No processo, o próprio espaço público liberal, o espaço da cidadania, sofre uma transformação profunda. A diferenciação das lutas democráticas pressupõe a imaginação social de novos exercícios de democracia e de novos critérios democráticos para avaliar as diferentes formas de participação política. E as transformações prolongam-se no conceito de cidadania, no sentido de eliminar os novos mecanismos de exclusão da cidadania, de combinar formas individuais com formas colectivas de cidadania e, finalmente, no sentido de ampliar esse conceito para além do princípio da reciprocidade e simetria entre direitos e deveres. (SANTOS, 2002, p. 276)

Tal entendimento aproxima-se do que Habermas denomina de democracia deliberativa ou discursiva que, “[...] ao conjugar considerações pragmáticas, compromissos, discursos de autocompreensão e de justiça, fundamenta o pressuposto de que resultados racionais

e justos serão obtidos por meio de um fluxo de informação relevante cujo o emprego não deve ser obstruído.” (HABERMAS, 1994, b, p. 19)

Assim, um governo só é legítimo a partir da interação entre a formação da vontade democraticamente constituída nos espaços institucionais e a elaboração da opinião informal em espaços extra-institucionais (FARIA, 2000). Assim, a democracia deliberativa implica na multiplicidade de públicos e na consequente separação rígida entre sociedade e Estado, como já aludido em tópico anterior.

A democracia, como bem sustentam Ricardo Maurício Freire Soares e Marco Aurélio Nascimento Amado (2018), é um conceito difícil, e sua expressão puramente representativa encontra-se em crise profunda, ainda mais nos países periféricos. Para os autores, “A construção sólida da democracia deve perpassar pela participação política, o diálogo e a interação pública, exercitando-se a argumentação pública (debate público) ao seu patamar mais elevado.” (SOARES, AMADO, 2018, p. 360)

Voltando aos contra-públicos subalternos, a esfera pública, considerada em sua perspectiva geral, apresenta-se como meio de comunicação irrestrito, possibilitando a percepção de novos conflitos e a articulação de novas identidades e sujeitos políticos, reverberando no aparato institucionalizado de deliberação.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

A partir das proposições de radicalização democrática, seja pela via da democracia deliberativa, ou pela via da teoria democrática pós-moderna, a democracia deve ser analisada considerando 1) o grau de legitimação das decisões tomadas na institucionalidade amparado na sociedade, considerando uma esfera pública atuante, com respeito e igualdade entre cidadãos e 2) o sistema político deve estar atrelado por vias comunicativas aos múltiplos públicos subalternos vistos como interlocutores imprescindíveis, influenciando nas decisões tomadas.

Tendo em vista a potência das redes informais de comunicação, os contra-públicos subalternos teorizados por Nancy Fraser figuram

elementos centrais de validação democrática nos Estados Democráticos de Direito. A partir disso, o reconhecimento dos saberes feministas, tanto nas vias informais quanto nas institucionais tendem a reconfigurar a própria racionalidade discursiva, se consideramos que o paradigma de racionalidade é historicamente localizado. No entanto, este já é assunto para outros trabalhos.

Ao longo do texto, procurei reforçar o entendimento que só há direitos legítimos quando seu fundamento reside na sociedade civil democraticamente preservada. Neste sentido, os direitos, em especial os direitos humanos, não encontram fundamento no autoritarismo, uma vez que este se revela como ausência discursiva. Em outras palavras, o discurso de ódio não é discurso, é um anti-discurso que promove a aniquilação.

Recuperando a relação entre validade do direito e processo democrático, o grau de legitimidade da norma jurídica é medido pela qualidade democrática e o direito tem o condão de racionalizar esta interação.

A respeito da relação participação política feminista e fortalecimento democrático, aquilo que o senso comum reconhece como “politicamente correto” nada mais é do que novos códigos criados por vozes subalternas. Ao passo que Habermas apresenta a estrutura de interação entre sociedade civil e Estado pela metáfora da relação centro-periferia, aqui também vale o paralelo: em alta qualidade democrática, os discursos da margem invadem as verdades do centro, podendo promover transformações profundas de cunho emancipatório. A fim de que existam possibilidades reais de consenso, as mulheres emergem como sujeito político no processo democrático.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

---

ARENT, Hannah. *A Condição Humana*. Tradução: Roberto Raposo. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

ARRUZZA, Cinzia; BHATTACHARYA, Tithi; FRASER, Nancy. *Feminismo para os 99%: um manifesto*. Tradução: Heci Regina Candiani. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2019.

- ÁVILA, Maria Betânia. Cidadania, direitos humanos e direitos das mulheres. BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC, 2002.
- CARNEIRO, Sueli. Gênero e Raça. BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC, 2002.
- COSTA, Ana Alice Alcantara. *As donas no poder. Mulher e política na Bahia*. Salvador: Assembléia Legislativa da Bahia/NEIM-UFBa, 1998. (Coleção Bahianas, v. 2).
- FARIA, Cláudia Feres. Democracia deliberativa: Habermas, Cohen e Bohman. *Lua Nova*, São Paulo, n. 50, p. 47-68, 2000. Disponível em <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-6445200000200004&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6445200000200004&lng=pt&nrm=iso)>. acessos em 25 jun. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452000000200004>.
- FRASER, Nancy. Repensar el ámbito público: uma contribuição a la crítica de la Democracia realmente existente. *Debate Feminista*, ano 4, volume 7. México, 1993.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. tradução: Flávio Beno Siebeneichler. – Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, volume I e II.
- LOHMANN, Georg. As definições teóricas de Direitos Humanos de Jürgen Habermas: o princípio legal e as correções morais. *Trans/Form/Ação*, volume 36, p. 87-102. Marília, 2013.
- NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 9 ed. São Paulo: Cortez, 2003.
- SILVA, Felipe Gonçalves. Entre potenciais e bloqueios comunicativos: Habermas e a crítica do Estado democrático de direito. *Cad. CRH*, Salvador, v.24, n. 62, p. 307-330, Aug. 2011. Available from <[http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0103-49792011000200006&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792011000200006&lng=en&nrm=iso)>. access on 20 June 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-49792011000200006>.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire; AMADO, Marco Aurélio Nascimento. Crise da Democracia Representativa e a (i) legitimidade política através do Direito: a solução grega. *Revista Populus*, nº 4. Salvador: 2018.
- MILLET, Kate. *A política sexual*. Trad. Alice Sampaio, Gisela da Conceição e Mariana Torres. Lisboa: Publicações Dom Quixote, 1970.
- OKIN, Susan Muller. Gênero, o público e o privado. *Estudos Feministas*, ano 16, nº 440. Florianópolis, 2008.

- PETRONE, Talíria. *Prefácio à Edição Brasileira de Feminismo para os 99%: um manifesto*. 1 ed. São Paulo: Boitempo, 2019.
- PINTO, Céli Santos. Teoria política feminista, desigualdade social e democracia no Brasil. In BRUSCHINI, Cristina; UNBEHAUM, Sandra G. (org.). *Gênero, democracia e sociedade brasileira*. São Paulo: FCC, 2002.
- TEUBNER, Gunter. *O Direito como Sistema Autopoiético*. Tradução José Engrácia Antunes. Fundação Calouste Gulbenkian: Lisboa, 1989.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Entre legitimidade e legalidade: uma distinção necessária. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 31, nº 124. Brasília: 1994.



# A função da justiça restaurativa como efetivação do acesso à justiça, democratização do Direito Penal e o Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

*Paulo Alberto Carneiro da Costa Filho\**

**SUMÁRIO:** 1. Reflexões Introdutórias; 2. Justiça Restaurativa: Acesso à Justiça e o Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC); 3. O Tribunal de Justiça da Bahia e ações de implementação da Justiça Restaurativa; 4. Crise do sistema penal e função da Justiça Restaurativa como efetivação do Acesso à Justiça; 5. Considerações finais.

## 1. REFLEXÕES INTRODUTÓRIAS

---

O objetivo do presente projeto é demonstrar que as ações promovidas através da Resolução nº 24/2015 do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia e a implantação Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos, através de uma análise interdisciplinar, promovem o acesso à justiça através da justiça restaurativa, e que este acesso à justiça com a participação ativa da vítima, ofensor e comunidade na solução dos conflitos decorrentes da ocorrência de uma infração pode ser conciliada com a natureza pública dos interesses protegidos pela ciência penal.

Com efeito, a plausibilidade teórica mostra-se possível com a ponderação entre os interesses públicos e privados. Ainda, temos como objetivo, além da demonstração, promover a execução dos fins

---

(\*) Aluno especial do Mestrado em Direito Público da Universidade Federal da Bahia.

propostas de análise neste trabalho, em ação conjunta com os cursos de psicologia e serviço social.

Conforme é sabido, existem três modelos de resolução de conflitos ocorridos entre as relações intersubjetivas, em especial, na contemporaneidade, que são a autotutela, que é caracterizada quando o sujeito, por si, fora dos casos permitidos em lei, impõe a resolução do conflito de acordo com sua vontade; a autocomposição, quando há, basicamente, acordo entre as partes, com a concessão recíproca e, por sua vez, a heterocomposição, quando o conflito é solucionado mediante a intervenção de um agente exterior à relação conflituosa original. (SENA, 2010).

Nesta linha, acerca da heterocomposição, temos a jurisdição, arbitragem, mediação, conciliação e, também a Justiça Restaurativa, que entremostra-se um novo paradigma do Direito, em especial na seara penal.

Com efeito, os meios alternativos de resolução de conflitos vêm tomando cada vez mais espaço no estudo do Direito, bem como, na criação de um sistema de acesso à justiça cada vez mais democrático e com vistas à promoção da dignidade da pessoa humana. Ainda, temos que os meios alternativos de resolução de conflitos, complementam a função do sistema jurisdicional.

Segundo alguns autores (SLAKMON, 2005), o sistema alternativo de resolução de conflitos, seja pela democratização, seja pelo ganho qualitativo na resolução das demandas, devem ser objeto de acompanhamento e detida avaliação, com vistas à sistematização de boas práticas, para que possam ser fomentadas e efetivadas.

Contudo, em que pese isso, o nível de solução de resolução dos conflitos no Brasil através dos meios alternativos ainda é muito baixo, e o número de litigiosidade é alta, o que acaba por gerar uma grande demanda ao Judiciário<sup>1</sup>.

---

1. Disponível em: [http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/2665/adriana\\_sena\\_justica\\_restaurativa.pdf?sequence=1](http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/bitstream/handle/11103/2665/adriana_sena_justica_restaurativa.pdf?sequence=1). (Acesso em 14 de junho de 2019).

Some-se à isso, a alta taxa de crimes no Brasil e o número de encarcerados, que coloca o país como o terceiro no mundo, atrás apenas dos Estados Unidos e China, cujo modelo tradicional de Direito Penal impede, na maioria das vezes, espaço para democratização e uma consequente implementação de práticas restaurativa, possibilitando, portanto, maior acesso à justiça e, nessa linha, de legitimidade das decisões.

Com efeito, como ponto de partida, entende-se que essa prática sob o manto desse novo paradigma do Direito, deve rejeitar a chamada **Estabilização de Expectativas de Comportamento** (HABERMAS, 1997), pois se defende, de acordo com citada perspectiva, que em sociedades funcionalmente diferenciadas, o Direito deve se especializar em generalizar consensualmente expectativas na dimensão temporal, social e objetiva, possibilitando uma solução de conflitos de modo contingente.

No campo da resolução alternativa de conflitos, em especial da Justiça Restaurativa, citada estabilização de expectativas de comportamentos que chama Habermas, mostra-se em muito contrária às práticas restaurativas, em especial no que tange à efetivação do acesso à justiça à luz da dignidade da pessoa humana, haja vista que cada caso há de ser estudado e resolvido de acordo com suas peculiaridades, em especial, levando-se em conta a perspectiva de vontade das partes, o que naquele modelo de estabilização de perspectivas de modo contingente, data vênua, resta por vezes, prejudicado.

Assim, em especial no âmbito no Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, que registra, conforme é sabido, número elevado de contingenciamento de processos, a implementação da Justiça Restaurativa à luz do Acesso à Justiça possibilita uma solução mais eficaz e de melhor legitimação das decisões.

Pedro Scuro Neto (2010, p.112), afirma que a Justiça Restaurativa *“atende o imperativo psicológico básico da sociedade moderna: o desejo de reconhecimento, pelo qual o indivíduo procura suprimir o estado de tensão que reina na sua fonte pulsional, geradora de necessidades”*.

## 2. JUSTIÇA RESTAURATIVA: ACESSO À JUSTIÇA E O CENTRO JUDICIÁRIO DE SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS (CEJUSC)

---

De logo, nos surge, diante do tema, a seguinte pergunta: É possível garantir o direito de acesso à justiça através da justiça restaurativa mediante as ações implementadas pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia através da Resolução nº 24/2015 através do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC)?

De pronto, a resposta é positiva à indagação.

A busca do ideal de Estado Democrático de Direito e do Social de Direito tem sido vista como um dos grandes problemas a ser materializado na atualidade, em especial, no que diz respeito ao acesso à justiça pelo cidadão, que a partir de novo perfil que vem sendo suplantado pelas constantes transformações sociais, reivindica maior atenção aos seus anseios, em especial uma maior participação e influência nos espaços públicos, bem como, uma maior interferência na solução dos conflitos, em especial os que o atingem diretamente.

Nesse sentido, a Justiça Restaurativa<sup>2</sup> se insere como efetivação do acesso à justiça de modo eficaz (SOUZA, 2015), pois ao permitir a participação da vítima, ofensor e comunidade na solução dos conflitos decorrentes dos ilícitos (criminal ou não), passa a garantir a democratização das soluções que tendem a maior efetividade, haja vista que as partes envolvidas no conflito passam a dialogar buscando entender a causa real do conflito, com o objetivo de restaurar a harmonia e o equilíbrio entre todos os envolvidos.

Com efeito, a ideia habitual de acesso à justiça entremostra-se divergente da que cotidianamente resume-se apenas como acesso do Poder Judiciário, mas, sobretudo adquire um sentido e significado mais amplo e concreto de acesso ao Direito e de realização dos

---

2. É um novo modelo de Justiça, diferente do processo convencional, voltado para solucionar os problemas resultados das relações pessoais prejudicadas por situações de violência (criminal ou não). (Núcleo de Justiça Restaurativa. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/imagens/stories/jrcartilha.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2015.

direitos (BEZERRA, 2008), promovendo por consequência a tutela da dignidade da pessoa humana (SOARES, 2010).

Ainda, importante frisar que o Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, através da Resolução nº 08 de 28 de Julho de 2010<sup>3</sup> criou o Núcleo de Justiça Restaurativa<sup>4</sup>, que tem como objetivos o restabelecimento dos laços rompidos com o delito, promovendo assim maior participação social, atendendo aos anseios do novo cidadão acima mencionado, bem como promovendo o respeito e a dignidade entre as partes envolvidas no conflito.

Nesse sentido, o Núcleo de Justiça Restaurativa garante a efetivação do acesso à justiça em sua plenitude, em especial, porque além de promover a solução dos conflitos trazendo seus agentes para a discussão, permitindo sua interferência, exige comunhão de esforços de diversos outros profissionais além da área jurídica, garantido seu caráter interdisciplinar<sup>5</sup>.

Contudo, imperioso definir critérios para situações em que a Justiça Restaurativa não alcance seus objetivos, em especial o acesso à justiça almejado, sendo necessária a ponderação de interesses numa dimensão tridimensional: (a) mesmo diante de bens jurídicos disponíveis haverá necessidade premente de limitação da interferência e participação dos particulares; (b) que a proposição de solução do litígio pelas vias habituais não deixem de lado as funções do Direito Penal e da Justiça Restaurativa, buscando a conciliação plena entre estes; (c) é necessária à existência de uma relação de

---

3. Resolução vigente atual é a número 24/2015.

4. Núcleo Modelo em Salvador localizado nas 5ª e 6ª Varas do Sistema dos Juizados Especiais Criminais. Travessa São Marcelino, s/n - Lapinha - Salvador/BA. CEP: 40.375-640 - Telefones: (71) 3312-4204 / 3312-4283. E-mail: njrestaurativa2@tjba.jus.br

5. Os facilitadores ou mediadores que integram a equipe multidisciplinar são profissionais das áreas jurídicas, psicológica e social, que realizam o atendimento às partes, avaliando os fatos à luz dos parâmetros legais e éticos, definindo prioridades e estratégias de ação compatível com cada caso a fim de estabelecer o plano restaurativo. ((Núcleo de Justiça Restaurativa. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014. p. 7).

complementaridade entre os dois modelos, de modo que o Estado esteja legitimado a intervir pelos meios tradicionais, no caso de ineficiência da justiça restaurativa (ELEOTÉRIO, 2011).

### **3. O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA BAHIA E AÇÕES DE IMPLEMENTAÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA**

---

O Tribunal de Justiça do Estado da Bahia vem implementando ações e projetos que visam imprimir maior celeridade na prestação jurisdicional, não deixando de perder de vista a efetivação do acesso à justiça através da justiça restaurativa, que consiste em um novo modelo de Justiça e acesso à justiça, diferenciando-se do processo comumente conhecido, voltado para solução de problemas resultantes das relações intersubjetivas, prejudicadas por situações de violência (criminal ou não).

Nesse contexto, a ação promovida pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, inicialmente através da Resolução nº 08 de 28 de Julho de 2010, com vigência na atual de nº 24/2015, busca promover efetivamente o acesso à justiça através da justiça restaurativa na medida em que trás para resolução do conflito os principais atores do conflito, que através da ação de equipe multidisciplinar visa garantir a harmonia e equilíbrio das relações rompidas com a ocorrência do ilícito.

Desta forma, percebe-se que a justiça restaurativa como efetivação do acesso à justiça é uma realidade cada vez mais presente no Brasil, em especial, no âmbito da justiça estadual da Bahia que apresenta altos índices de morosidade na resolução dos processos, segundo o Conselho Nacional de Justiça<sup>6</sup> (CNJ).

Em que pese todo um arcabouço de pontos positivos, há patentes deficiências com relação à justiça restaurativa como efetivação do acesso à justiça no âmbito do Tribunal de Justiça da Bahia, em especial a ausência de uma base teórica sólida. Por conta disso, impende

---

6. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14323:presidente-do-tjba-aponta-saidas-para-a-morosidade>. Acesso em 08 de outubro de 2016.

infirmar, que diante desse estado de coisas, constata-se uma elevada divergência quanto às origens, conceitos, objeto e finalidades da justiça restaurativa, principalmente quando passa-se para sua análise à luz do acesso à justiça.

Assim, surge um novo paradigma no âmbito do observatório judicial no Estado da Bahia, que a partir da Justiça Restaurativa e sua característica da interdisciplinariedade, garante o acesso à justiça de modo atender aos anseios dos envolvidos, mas também do ideal de Justiça a ser buscada na dimensão da existência do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>7</sup>, cujo contorno ganha maior dimensão com a crescente expansão do Centro Judiciário de Solução Consensual de Conflitos (CEJUSC).

Em vista disso, o despertar do pesquisador para este tema reside na observância de sua prática na advocacia criminal e em sala de aula, da visualização da necessidade de medidas alternativas penais que priorizem o amplo e irrestrito acesso à justiça através da justiça restaurativa, superando o modelo atualmente conhecido (punitivo), propiciando a construção de um novo sistema que atenda ao ideal de justiça.

Nessa linha, buscando sistematizar e aprofundar as ações, o Tribunal de Justiça da Bahia criou a Revista Consenso<sup>8</sup>, cujo objetivo é a disponibilização de artigos com enfoque em projetos autocompositivos, implementados pelo Poder Judiciário, com o objetivo de que as iniciativas positivas possam ser difundidas e dissipadas, com fins a propiciar maior conhecimento por parte dos jurisdicionados, maior

---

7. O Projeto atende, atualmente, às regiões urbanas com população estimada em mais de um milhão e duzentos mil habitantes, uma vez que o Núcleo de Justiça Restaurativa instalado na Capital recebe termos circunstanciados das Delegacias de Polícia da Liberdade (2ª DP), Bonfim (3ª DP), São Caetano (4ª DP), Periperi (5ª DP), Madre de Deus (17ª DP) e da Delegacia Especializada de Tóxicos e Entorpecentes, as quais abrangem regiões e bairros diversos. [http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com\\_content&view=article&id=10&Itemid=12](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=10&Itemid=12). Acesso em 12 de outubro de 2014.

8. Para download da revista: [http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/atualizada\\_revista\\_consenso\\_ano\\_i\\_edicao\\_i\\_nupemec.pdf](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/atualizada_revista_consenso_ano_i_edicao_i_nupemec.pdf) acesso em 15 de junho de 2019).

legitimação das decisões/ações, apresentando, para tanto, novos modos de “fazer Justiça”, com fulcro no Consenso.

#### **4. CRISE DO SISTEMA PENAL E FUNÇÃO DA JUSTIÇA RESTAURATIVA COMO EFETIVAÇÃO DO ACESSO À JUSTIÇA**

---

A crise atual por qual passa o direito penal tem sido objeto de estudos detalhados de cientista penais, juristas, criminólogos, professores dentre outros (BUSATO, 2011). Em razão de sua intervenção na sociedade ser mais agressiva que outros ramos do direito, interferências em situações de baixa lesividade e periculosidade da conduta nos moldes habitualmente conhecidos, são vistas como desnecessárias, sem antes passar por outras formas de resolução do conflito, e justamente neste ponto que a garantia de acesso à justiça promovida através da ação do Tribunal de Justiça da Bahia com o Núcleo de Justiça Restaurativa garante a promoção de resolução do conflito sem à necessidade de proceder a litigação do processo nos moldes hodiernamente conhecidos, com a consequente eficiência na obtenção de uma resolução ao conflito originado com muito mais eficiência e efetividade.

Some-se a isso as diversas críticas à pena privativa de liberdade, principalmente em razão de sua nítida incapacidade para prevenir a prática de novos delitos, ressocializar o apenado, ou mesmo diminuir a criminalidade (BITENCOURT, 2004). Tudo isso acaba por gerar progressiva crise de legitimidade da pena privativa de liberdade e do sistema penal, o que acabar por demonstrar que o acesso à justiça prescinde de outros meios diversos daqueles que historicamente são conhecidos.

Nesse diapasão, é consectário que todo esse processo abriu espaço para uma reflexão e crítica interna, que acabaram fazendo surgir modificações estruturais no decorrer o século passado, como, por exemplo, a criação das penas e medidas alternativas (BITTENCOURT, 2006).

Contudo, em que pese tais alterações, estas não foram resultado de um processo de reforma premente por qual passava o sistema,

haja vista que não enfrentaram as deficiências estruturais do próprio sistema.

Na visão de Vera Regina Pereira de Andrade (2006, p. 459-488),

“Trata-se do movimento reformista em curso que, sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a ela (com base nos binômios criminalidade grave/pena de prisão x criminalidade leve/penas alternativas), desenvolve-se desde a década 80 do século XX. Regra geral, essas reformas têm se caracterizado, segundo a lógica do sistema penal, por uma “eficácia invertida”, contribuindo, paradoxalmente, para ampliar o controle social e relegitimar o sistema penal”.

Registra-se que entre as décadas de 60 e 70 ocorreu uma verdadeira revolução epistemológica, com o surgimento da Criminologia Crítica, que busca romper com o paradigma etiológico da Criminologia Positivista (GUIMARÃES, 2007). Através de um processo de construção de uma teoria materialista do desvio pautada nas relações de classe, esta nova criminologia descortina as funções reais/ocultas do sistema penal, com a nítida verificação e conclusão que sua existência até o momento servia apenas como forma de garantir as assimetrias econômicas e a opressão de classe, fruto da visão imperialista que opera no sistema, que avança sem limites (SANTOS, 2008).

Para Alessandro Barata (2002, p. 161),

“Na perspectiva da criminologia crítica a criminalidade não é mais uma qualidade ontológica de determinados comportamentos e de determinados indivíduos, mas se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos, mediante uma dupla seleção: em primeiro lugar, a seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos destes bens, descritos nos tipos penais; em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre todos os indivíduos que realizam a normas penalmente sancionadas. (...)A criminalidade é um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema sócio-econômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

Nesse contexto, como alternativa a este processo surge ideais deslegitimadores do sistema penal mais representativos da

criminologia contemporânea: o Abolicionismo e o Minimalismo (QUEIROZ, 2002). Em que pese suas semelhanças teóricas, existem diferenças significativas entre ambos, ao tempo que o Abolicionismo propõe a supressão radical e completa de todo o sistema de justiça penal (Judiciário penal, Ministério Público, Polícia, penitenciárias etc.), enquanto que o Minimalismo propõe a máxima redução do sistema penal, apenas deixando-o como instrumento subsidiário-residual (ANDRADE, 2007).

O problema da dificuldade em solução dos conflitos de forma satisfatória, deve-se em grande parte na esfera penal em decorrência do crescente processo de ideias de tratamento penal das mais variadas forma, a exemplo do movimento de “lei e ordem”, que opondo-se aos ideais de Abolicionismo e Minimalismo, passou a ganhar espaço no cenário internacional pregando crescente intervenção da esfera penal, através de mecanismos de intolerância de toda e qualquer conduta que viola-se qualquer bem jurídico.

Como consequência, constata-se o hiperdimensionamento do sistema penal, com a criação de novos tipos, que passavam a punir toda e qualquer conduta, por mais infirma que fosse a lesão ao bem jurídico e o grau de periculosidade do agente, endurecimento das penas, com considerável aumento desproporcional das penas, crescimento do número de prisões, superlotação carcerária e a consequente crise do sistema (CERVINE, 2002).

Todo esse processo dificultou cada vez mais o acesso à justiça através da Justiça Restaurativa, haja vista que incutiu na mentalidade da população que toda e qualquer violação a bem jurídico deve proceder uma dura penalização, interferência total do Estado-Juiz na condução do processo, sem qualquer participação ativa as partes, ao qual caberia todo o direcionamento e resolução do conflito.

Diante disso, os movimentos de vítimas e a Vitimologia ganham cada vez mais importância no cenário exprimindo a preocupação com a situação de ostracismo que a ciência penal, criminologia crítica e a forma de com era feito o “acesso à justiça” reservavam espaço para a vítima (FIGUEIREDO, 2002).

Diante desse estado de coisas, dos problemas socioeconômicos, e da crise dos sistemas governamentais, aliado a nítida falência do sistema de justiça penal até então praticado, que se insere o surgimento da justiça restaurativa, humanizando, portanto, cada vez o acesso à justiça (SICA, 2007).

Nesse sentido, em razão da problemática do sistema atual, a justiça restaurativa mostra-se como um caminho para dirimir os conflitos sem as dilações normalmente observadas pelos meios tradicionais, com custos abaixo do normalmente exigidos, bem como proporcionar o resgate dos interesses da vítima e da comunidade, ficando sobejamente demonstrado que este mecanismo de resolução dos conflitos materializa a real função de acesso à justiça na dimensão do ideal da dignidade da pessoa humana (PALLAMOLLA, 2009), havendo uma quebra do modelo até então conhecido.

Selma Pereira de Santana entende que:

Nas sociedades modernas, o indivíduo reforçou sua legitimidade em detrimento do Estado, tornando-se raiz, projeto e limite. O Estado restringiu o seu domínio para aumentar aquele que reserva à livre determinação da pessoa. Os direitos do homem, sobre os quais se constrói a sociedade, constituem a afirmação de uma ética social fundada sobre uma certa ideia do Homem considerado como um ser livre, titular de direitos fundamentais, cujo respeito se impõe a todos, inclusive ao Estado<sup>9</sup>.

Por sua vez, a inserção da equipe multidisciplinar no âmbito do Núcleo de Justiça Restaurativa promove uma maior efetividade de tratamento pontual na resolução do conflito, pois se busca entender a dinâmica dos fatos relacionados ao ato ilícito, sob diversos aspectos, imprimindo o alcance desejado em razão dos envolvidos sentirem-se agentes transformadores e atores principais do processo, mediante a valorização de suas opiniões, em especial, com efeitos mais significativos na parcela da população mais sensível do ponto de vista educacional e econômico.

---

9. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/download/493;jsessionid=F5C-FB8D03D24B47ED7532D36DE806996>. Acesso em 08/01/2016.

Sobre isso, a concepção de Wilson Alves de Souza, para o qual:

A tentativa de solução deste problema está nas políticas governamentais, em investimentos maciços e bem orientados em educação e numa melhor divisão da renda do país de modo a que todos os cidadãos tenham condições dignas de vida. Esse talvez seja o mais relevante dado para melhorar o acesso à justiça. É que estamos convencidos de que, em geral, quanto mais economicamente desigual, quanto menos educada e informada uma sociedade maior a existência de conflitos entre os seus componentes. Aliás, a democracia começa aí. Só se pode afirmar que um Estado é efetivamente democrático se ele oferece igualdade de oportunidades a todos os seus cidadãos, e a tentativa dessa igualdade começa pela disponibilidade de acesso à escola pública gratuita e de qualidade a todos que não podem pagar, porque evidentemente que mais para frente será disparatada a diferença de oportunidades na vida entre aqueles que frequentaram e aqueles que não frequentaram escolas de qualidade. Assim, também não podemos afirmar como efetivamente democrático um Estado que imprima uma política econômica fundada numa elevada desigualdade da renda. Determinados governantes esquecem de pensar globalmente, ou seja, não se dão conta, como visto acima, de que aquilo que se deixa de investir em educação exige um investimento maior a posteriori em saúde, em segurança pública, em justiça<sup>10</sup>.

No entanto, é comum adotar-se o conceito desenvolvido por Marshall, para este *“a justiça restaurativa é um processo pelo qual todas as partes que têm interesse em determinada ofensa, juntam-se para resolvê-la coletivamente e para tratar suas implicações futuras.”* (PALLAMOLLA, 2007).

Por sua vez, Cláudia Cruz Santos (2009, p. 209-229), citando Zher:

A justiça restaurativa é um processo dirigido a envolver, na medida do possível, todos os que tenham um interesse numa particular ofensa, e a identificar e atender coletivamente os danos, necessidades e obrigações decorrentes daquela ofensa, com o

---

10 Disponível em: [http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp\\_page=interna&tmp\\_codigo=332&tmp\\_secao=15&tmp\\_topico=direitoproccivil&wi.redirect=ST-WC52NMWUXJ7PJBSRQM](http://www.evocati.com.br/evocati/interna.wsp?tmp_page=interna&tmp_codigo=332&tmp_secao=15&tmp_topico=direitoproccivil&wi.redirect=ST-WC52NMWUXJ7PJBSRQM). Acesso em 18 de outubro de 2015.

propósito de sanar e remediar os danos da melhor maneira possível.

Não se pode, contudo, perder de vista que existem divergências doutrinárias relacionadas aos conceitos de justiça restaurativa, mas também, com relação aos princípios, objetivos, origens e práticas, tornando o estudo de certa complexidade, não obstante a dificuldade de sistematização<sup>11</sup>.

Em vista disso, o novo modelo de acesso à justiça através da justiça restaurativa, criado pela Resolução nº 08 de 28 de julho de 2010 pelo Tribunal de Justiça da Bahia busca dirimir problemas inerentes ao acesso à justiça conhecidos hodiernamente e da própria aplicação da justiça restaurativa com a criação de cartilha informativa<sup>12</sup>.

Importante frisar, que o **CEJUSC – Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos** – na estrutura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia<sup>13</sup> é vinculado ao **NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos** – buscam atender a lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), cuja determinação é no sentido de que os tribunais criem os Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos (Cejuscs). Conforme a Lei de Mediação, *“os tribunais criam centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”* (art. 24).

Assim, o modelo de justiça restaurativa e de acesso à justiça, se insere na necessidade de busca por formas mais adequadas de resolução de conflitos do que aquelas oferecidas pelo sistema de justiça criminal tradicional, não significando, no entanto, abandono dos

---

11. As Nações Unidas aprovaram a Resolução 2002/12, onde estabelece os princípios básicos norteadores da justiça restaurativa e de suas práticas.

12. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/imagens/stories/jrcartilha.pdf>. Acesso 18 de outubro de 2016.

13. [http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1&Itemid=2](http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/index.php?option=com_content&view=article&id=1&Itemid=2). Acesso em 21 de junho de 2019).

métodos tradicionais, mas apenas a busca de equalização e equilíbrio entre os meios de resolução de conflitos promovendo a dignidade da pessoa humana e, no âmbito do Núcleo de Prática Jurídica se mostra como ação inovadora para a busca da formação de profissionais com novas competências.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

O modelo de justiça restaurativa, como visto, se bem aplicado, é um importante instrumento de complementação de acesso à justiça ao sistema vigente, e constitui um importante meio de construção de uma justiça mais participativa, com ações de resolução mais legítimas, em razão da participação efetivas das partes nesse processo.

A necessidade de construção de uma justiça mais democrática, em especial no campo do Direito Penal é premente, haja vista que o modelo de justiça atual não pode, simplesmente, dizer o direito no caso concreto, quando as relações entre as partes foram quebradas pelo cometimento do delito.

O estudo e debate acerca da Justiça Restaurativa no Brasil ainda se apresenta em estágio inicial, o que acaba por dificultar a difusão efetiva do método restaurativo, havendo poucas iniciativas nesse sentido.

No âmbito do observatório do sistema judicial, em especial no Estado da Bahia, nota-se diversas ações que buscam atender a esse novo modelo alternativo de resolução de conflitos através do CE-JUSC – Centros Judiciários de Solução Consensual de Conflitos – que na estrutura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia é vinculado ao NUPEMEC – Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos – cujo objetivo é buscar atender a lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) e o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015).

Com efeito, integrado a esta estrutura, estão as práticas restaurativas, cujas ações resultaram na edição de dois importantes documentos, uma Cartilha e uma Revista, conforme acima indicadas.

## 7. REFERÊNCIAS

---

- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos e Abolicionismos: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: REVISTA DA ESMESC, v.13, n. 19, 2006, pp. 459-488. Disponível em: <http://www.esmesc.com.br/pub/index.pub.php?s=revista&ss=download&ano=2>, acesso em 01.05.2010.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. A Ilusão da Segurança Jurídica. Do controle da violência à violência do controle penal. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53.
- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 3.ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002, p. 161-163.
- BEZERRA, Paulo César Santos. O acesso aos direitos e justiça. Um direito fundamental. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, Salvador: Fundação Faculdade de Direito da Bahia, nº 14/2007.1, p.49-69, 2007.
- \_\_\_\_\_. Acesso à justiça: um problema ético-social no plano da realização. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. Falência da pena de prisão: causas e alternativas. 3.ed., São Paulo: Saraiva, 2004.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. Novas penas Alternativas: análise político criminal das alterações da Lei n. 9714/9. 3. ed. rev. atual., São Paulo, Saraiva, 2006
- BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.
- CARVALHO, Salo de. Antimanual de Criminologia, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.
- CARVALHO, Salo de. Pena e Garantias. 3 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. Acesso à justiça. Porto Alegre: Fabris, 1988.

- CERVINE, Raúl. Os processos de descriminalização. 2.ed. rev. da tradução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- COELHO, Inocêncio Mártires. As ideias de Peter Haeberle e a abertura da interpretação constitucional no direito brasileiro. Revista Arquivos do Ministério da Justiça, Brasília, ministério da Justiça, ano 50, n. 189, 1998.
- COELHO, Yuri Carneiro Coelho. Introdução ao direito penal. 1. ed. Salvador: editora juspodivm, 2009.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/atos-administrativos/14323:presidente-do-tjba-aponta-saidas-para-a-morosidade>. Acesso em 08 de outubro de 2014.
- CUNHA JR., Dirley da. Curso de Direito Constitucional. 5 ed. Salvador: Editora Jus Podivm, 2011.
- \_\_\_\_\_. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. ZOMER, Ana P., CHOUKR, Fauzi H., TAVARES, Juarez, GOMES, Luiz F. (trad.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, pp. 267-271.
- FIGUEIREDO, Elizabeth. Globalização e Vitimologia. In: KOSOVISK, Ester, SÉGUIN, Elida (org). Temas de Vitimologia. 1.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000, pp. 27-28.
- GIL, Antônio Carlos. Métodos e técnicas de pesquisa social. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999
- GUIMARÃES, Cláudio Alberto Gabriel. Funções da pena privativa de liberdade no sistema capitalista. Rio de Janeiro: Revan, 2007
- HABERMAS, J. Direito e Democracia: entre facticidade e validade. Vol. II, tradução Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. Hermenêutica constitucional – a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1997.
- JACCOUD, Myléne. Princípios, Tendências e procedimentos que cercam a Justiça Restaurativa. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). Justiça Restaurativa. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Disponível em: [http://www.ibrj.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.ibrj.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf). Acesso: 06.09.2014.
- KARAM, Maria Lúcia. Pela Abolição do Sistema Penal. In: PASSETTI, Edson (org.). Curso Livre de Abolicionismo Penal. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

- LEAL, Saul Tourinho. *Ativismo ou altivez?: o outro lado do Supremo Tribunal Federal*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- MARTINS, Ives Gandra da Silva. *A Cidadania e o Poder*, In: *As Garantias do Cidadão na Justiça*, Sálvio de Figueiredo Teixeira (coord.). São Paulo: Saraiva, 1993.
- NUNES, Rizzatto. *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- OXHORN, Philip. SLAKMON, Catherine. *Micro-justiça, Desigualdade e Cidadania Democrática A Construção da Sociedade Civil através da Justiça Restaurativa no Brasil*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, pp. 203-204. Disponível em: [http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf). Acesso em: 06.05.2010.
- PALLAMOLLA, Raffaella da Porciuncula. *Justiça Restaurativa: da teoria à prática*. 1.ed. São Paulo: IBCCRIM, 2009.
- PARKER, L. Lynette. *Justiça Restaurativa: Um veículo para a Reforma?* In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005. Disponível em: [http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf). Acesso: 06.05.2010.
- PAZ, Silvana S., PAZ, Silvina M. *Justiça Restaurativa – Processos Possíveis*. In: SLAKMON, C., R. DE VITTO, R. GOMES PINTO (org.). *Justiça Restaurativa*. Brasília/DF: Ministério da Justiça e PNUD, 2005, p. 125-126. Disponível em: [http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca\\_restaurativa.pdf](http://www.ibjr.justicarestaurativa.nom.br/pdfs/LivroJustca_restaurativa.pdf). Acesso em: 06.05.2010
- POPPER, Karl. *Lógica das Ciências Sociais*. 3. ed. Trad. Estevão de Rezende Martins, Apio Cláudio Muniz Acquarone Filho, Vilma de Oliveira Moraes e Silva. Rio de Janeiro: Tempo rasileiro, 2004.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2.ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. GREGO, Luís (trad.). 2.ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- SALIBA, Marcelo Gonçalves. *Justiça Restaurativa e paradigma punitivo*. Curitiba: Juruá, 2009.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Um discurso sobre as ciências*. 4ª Ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.
- SANTANA, Selma Pereira de. *Justiça Restaurativa – A Reparação Como Consequência Jurídico-penal Autônoma do Delito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- \_\_\_\_\_. JUSTIÇA RESTAURATIVA, UM NOVO OLHAR SOBRE AS VÍTIMAS DE DELITOS, E A INJUSTIFICÁVEL CONTRAPOSIÇÃO DA VITIMODOGMÁTICA. Disponível em: <http://150.162.138.7/documents/download/493;-jsessionid=F5CFB8D03D24B47ED7532D36DE806996>.
- SANTOS, Claudia Cruz. A proposta restaurativa em face da realidade criminal brasileira. Revista de Ciências Criminais n.81, novembro-dezembro de 2009. RBCCRIM, pp. 209-229.
- SANTOS, Juez Cirino dos. A Criminologia Radical. 3. ed. Curitiba: Lumen Juris, 2008.
- SICA, Leonardo. Justiça Restaurativa e Mediação Penal: o novo modelo de justiça criminal e de gestão do crime. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.
- SENA, Adriana Goulart de. Resolução de Conflitos e Acesso à Justiça: Efetividade Material e Judicial. In: Dignidade Humana e Inclusão Social: Caminhos para a Efetividade do Direito do Trabalho no Brasil / Adriana Goulart de Sena, Gabriela Neves Delgado, Raquel Portugal Nunes. São Paulo: LTr, 2010.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire. Hermenêutica e Interpretação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2010.
- \_\_\_\_\_. O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. São Paulo: Saraiva, 2010.
- SOUZA, Wilson Alves de. Acesso à justiça. Salvador: Dois de Julho, 2011.
- \_\_\_\_\_. Acesso à justiça. Disponível em [http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=332](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=332). Acesso em 22 de outubro de 2014.
- SCURO NETO, Pedro. A Justiça como Fator de Transformação de Conflitos: Princípios e Implementação. (2.000). Recuperado de <[http://www.restorativajusti.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20\\_Nest\\_.pdf](http://www.restorativajusti.org/rj3/Full-text/brazil/EJRenato%20_Nest_.pdf)>.
- TRIBUNAL DE JSUTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Disponível em: <http://www5.tjba.jus.br/conciliacao/images/stories/jrcartilha.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2014.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Rio de Janeiro: Revan, 1991.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. Direito Penal brasileiro: teoria geral do Direito Penal. Vol. I. Rio de Janeiro: Revan, 2005.

## Capítulo XVII

# O Estado Federal Brasileiro: uma abordagem crítica

Ricardo Maurício Freire Soares\*

Charles Silva Barbosa\*\*

**Sumário:** 1. Premissas teóricas: federalismo e federação. 2. A estrutura principiológica de uma federação. 3. Modelos de federalismo e o caso da federação brasileira. 4. A dicotomia federalismo simétrico x federalismo assimétrico e seus reflexos na ordem jurídica brasileira. 5. O binômio federalismo centrípeto x federalismo centrífugo e o caso brasileiro. 6. Evolução histórico-constitucional brasileira: do Estado Unitário ao Estado Federal. 7. Estrutura normativo-organizacional da Federação brasileira de 1988. 8. Notas conclusivas: a situação atual do estado federal brasileiro. 9. Referências.

---

(\*) Ricardo Maurício Freire Soares – Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito (Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Como Professor-Visitante, realizou palestras e pesquisas em renomadas instituições: Università degli Studi di Roma La Sapienza, Università degli Studi di Roma Tor Vergata, Università degli Studi Roma Tre, Università degli Studi di Milano, Università di Genova, Università di Pisa, Università del Salento, Universidade Autónoma de Lisboa, Universidade de Algarve, Universidad de Burgos, Universidad de Salamanca, Fordham University, Martin-Luther-Universität e Universität Heidelberg. Figura também como Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros, do Instituto dos Advogados da Bahia, do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia e da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Advogado. Autor de diversas obras jurídicas pela Editora Saraiva. E-mail: ric.mauricio@ig.com.br

(\*\*) Charles Silva Barbosa – Doutor e Mestre em Direito Público (Universidade Federal da Bahia). Especialista em Direito Constitucional (UNISUL/IDP), com formação pedagógica para o magistério superior. Bacharel em Direito e Ciências Contábeis. Especialista em Ciência e Tecnologia da Informação, com formação profissional pela Carl Duisberg Gesellschaft – Alemanha. Foi consultor, coordenador e gerente de divisão de sistemas de informação e processos de informatização, gestão e governança de TI em instituições nacionais e internacionais. Ex-assessor jurídico do Ministério Público Federal, com atuação na Procuradoria Regional Eleitoral e Procuradoria da República. Ex-chefe da Consultoria Jurídica da Presidência do Tribunal de Justiça da Bahia. Consultor e pesquisador independente na área jurídica/ciência e tecnologia da informação. Professor Universitário (graduação e pós-graduação). Membro do Corpo de Avaliadores da Revista de Direito da Cidade/UERJ (Qualis A1) e da Revista Quaestio Juris/UERJ (Filosofia – Qualis A2). E-mail: charlessb@terra.com.br

## **1. PREMISSAS TEÓRICAS: FEDERALISMO E FEDERAÇÃO**

O federalismo se afigura como uma forma de Estado, baseada num modelo próprio de distribuir e exercer o poder no espaço de um determinado território, resultando da necessidade de preservar a diversidade de culturas e de tradições políticas dos Estados-Membros e demais entes locais.

Nesse contexto, o federalismo constitui um compromisso peculiar entre difusão e concentração do poder em função de algum modelo nacional compartilhado e de graus socialmente desejados de integração política e de equidade.

Como refere Elazar (1987, p. 186), por serem estruturas não-centralizadas, os sistemas federais contemporâneos modulam formas peculiares de relações intergovernamentais, constitutivamente competitivas e cooperativas, bem como modalidades de interação baseadas na negociação entre esferas de governo. Assim, a existência de competências concorrentes e de competências comuns entre instâncias governamentais decorre tanto da natureza não-centralizada do federalismo, como da intervenção do governo central.

De outra parte, o caráter negociado das relações intergovernamentais levou os estudiosos a considerar que o federalismo é, ao mesmo tempo, uma estrutura estatal peculiar e um processo, que opera no duplo sentido de redefinição constante de competências e atribuições entre as esferas de governo nacional e subnacionais.

Embora sejam termos correlatos, o federalismo não se confunde com federação. Decerto, o federalismo, em uma primeira perspectiva, vincula-se aos valores e concepções do mundo que exprimem uma filosofia compreensiva da adversidade na unidade. Ao revés, a federação é entendida como forma de aplicação concreta do federalismo, objetivando incorporar as unidades autônomas ao exercício de um governo central, sob a égide jurídica de bases constitucionais.

Nesse sentido, o princípio federativo pode existir sem a estrutura federal e vice-versa, podendo ser apontados Estados que não adotam a estrutura federal, mas que apresentam evidentes práticas federativas, como, por exemplo, a Espanha e a Itália.

Para Almeida (1991, p. 49), o federalismo objetiva garantir o exercício de uma democracia participativa, com a multiplicação de círculos de decisões políticas em que o cidadão fica mais próximo do poder, além de assegurar que se processe a convivência harmônica com as diferenças culturais, sociais e econômicas existentes entre os entes federativos. Nesta perspectiva, o federalismo é um meio para que o povo de um Estado possa viver em conjunto de forma harmônica, apesar das diferenças históricas e sociais existentes.

O modo de exercício do poder político em função do território origina o conceito de forma de Estado, que traduz como o poder político é exercido sobre os cidadãos em função ou diante de seu território. Assim, o Estado classifica-se quanto a sua forma de acordo como se verifica a concentração de poder e a forma que a estrutura estatal se fará exercitável.

Torna-se, assim, necessário examinar a classificação das formas de Estado, que vem evoluindo para contemplar as seguintes categorias: Estado Unitário; Estado Unitário Descentralizado; Estado Constitucionalmente Descentralizado e o Estado Federal.

O Estado Unitário se caracteriza pela centralização político-administrativa em único centro de poder produtor de decisões, enquanto o Estado Unitário Descentralizado é aquele que apresenta uma descentralização política.

A seu turno, o Estado Constitucionalmente Descentralizado ou Estado Regional é aquele em que a descentralização política está prevista na Constituição. As regiões não possuem poder constituinte próprio, sendo organizadas por lei nacional. Em face da acentuada autonomia que é conferida às regiões, esta forma de Estado muitas vezes é confundida com o Estado Federal. A Itália e a Espanha são exemplos de Estados que adotam a forma de Estado Constitucionalmente Descentralizado.

Por sua vez, o Estado Federal é concebido como a união de Estados, prevista na Constituição, em que se reconhecem a autonomia e a participação política. Esta forma de Estado pressupõe a consagração de certas normas constitucionais para a sua estruturação e manutenção de sua indissolubilidade.

Como salienta Antonio D'Atena (2006, p.68), do ponto de vista estrutural, os ordenamentos que são qualificados de base descentralizada, como o ordenamento federal, apresentam alguns elementos comuns, os quais se diferenciam dos ordenamentos do tipo unitário centralizado: a) a existência de níveis territoriais de governo em posição intermediária entre o Estado central e os entes menores de base; b) a circunstância de que estes níveis intermediários dispõem de competência garantida pela Constituição; c) o fato que tal competência compreenda também a legislação.

A Federação é a forma de Estado adotada pela República do Brasil (Constituição Federal, art. 1º).

A atual Carta Magna de 1988 inovou o sistema federativo brasileiro, ao organizar uma modalidade de federalismo tridimensional, em que figuram a União, como ente soberano, e os Estados-Membros e Municípios, como entes autônomos. Todos os referidos entes federativos – União, Estados Membros e Municípios – apresentam a capacidade de autogoverno, auto-administração e auto-organização.

## **2. A ESTRUTURA PRINCIPIOLÓGICA DE UMA FEDERAÇÃO**

A ciência jurídica tem reconhecido a existência de princípios constitutivos de uma federação como pilares de um Estado federal: a separação, a autonomia, a participação, a coordenação e a subsidiariedade.

De acordo com o princípio da separação, a Constituição deve ter normas precisas sobre a repartição de competências legislativas entre os níveis de governo. Em geral, a divisão de competência resulta de dois critérios: o da distinção entre as matérias de interesse nacional e local e das atividades de interesse *inter* e *intra* local.

Conforme o princípio da autonomia, cada nível de governo é autônomo no seu âmbito de competência. Em consequência, um nível de governo não pode exercer sobre o outro nenhum controle hierárquico ou direito de tutela.

Segundo o princípio da participação, os Estados-Membros devem estar representados e participar das decisões federais. Em

geral, esta representação se faz pelo bicameralismo federal, em que a segunda cada legislativa representa todos os entes federados, de forma mais ou menos igualitária.

A seu turno, o princípio da coordenação resulta da necessidade de coordenação entre as autoridades políticas para sejam aplicados simultaneamente os princípios da separação e da autonomia.

Tratando do tema, Croisat (1995, p. 138-143) vislumbra três formas de coordenação: a) a primeira delas é uma coordenação autoritária devida às imperativas prescrições impostas aos Estados-Membros pelo governo federal, cuja prática deve ser considerada como excepcional e provisória, exceto em caso de medidas de urgência como em caso de guerra; b) a segunda delas consiste na reforma constitucional que permite tanto a transferência de competência, como a adoção de competências comuns para as matérias que sofreram modificação no contexto histórico; c) a terceira e última forma de coordenação resulta da realização de acordos intergovernamentais para a aplicação de programas e financiamentos conjuntos.

É, contudo, o princípio da subsidiariedade que merece atenção especial, em face de sua destacada importância para o federalismo.

O princípio da subsidiariedade tem o escopo de limitar a intervenção do Estado, em respeito às liberdades dos indivíduos e dos grupos sociais que o integra. Seus fundamentos são a liberdade e a justiça. A subsidiariedade visa a concretizar a liberdade de iniciativa e de escolha. Para isso, determina a limitação da autoridade central às atividades de direção, controle e supervisão e confere às autoridades inferiores a realização do interesse público. O princípio da subsidiariedade remete também à justiça, que é realizada quando os indivíduos e grupos sociais menores exercem suas competências e poderes que lhes são naturalmente pertencentes, impedindo que sua liberdade de iniciativa seja sacrificada pela iniciativa pública.

Nesse sentido, Torres (2001, p. 37) afirma que o princípio da subsidiariedade apresenta três objetivos: fundamentar o papel subsidiário do Estado em relação à sociedade; indicar parâmetros de repartição de competência entre as autoridades públicas ou privadas de diversos níveis; e, por fim, o de nortear o âmbito de atuação estatal.

Segundo o princípio da subsidiariedade, o Estado deve desempenhar uma função subsidiária em relação aos particulares. Na sua função subsidiária o Estado apresenta duas atribuições essenciais: criar as condições necessárias para possibilitar a atuação do particular e suprir as atividades dos particulares, quando estas se tornam insuficientes ou inadequadas. Sendo assim, o Estado não deve realizar as atividades que a iniciativa privada pode desenvolver sozinha com eficiência.

Com efeito, sustenta Baracho (1996. p. 27) que o princípio da subsidiariedade impede o intervencionismo estatal desenfreado, preservando o fenômeno do pluralismo, que conduz ao reconhecimento da necessidade de um processo de equilíbrio entre as múltiplas tensões na ordem social. O poder do Estado não deve estar assentado em base unitária e homogênea, mas no equilíbrio plural das forças que compõe a sociedade.

De outro lado, com o princípio da subsidiariedade, deve-se priorizar a norma de natureza regulamentadora em detrimento da norma de natureza de controle, pois aquela prima mais pela determinação dos limites da atividade econômica. A norma de natureza de controle existe no Estado intervencionista, que é aquele que conduz a atividade econômica. Já a norma de natureza regulamentadora provém de um Estado regulador, que, ao invés de intervir na economia, apenas a fiscaliza.

Ademais, o princípio da subsidiariedade se revela como um instrumento eficaz de promoção do regime democrático, pressupondo o exercício da cidadania ativa. Esta não se exerce apenas através de participação política, mas por meio de uma intensa participação na vida comum, visto que a iniciativa privada deve trabalhar em prol da coletividade, desempenhando tarefas de interesse geral.

O reconhecimento do princípio da subsidiariedade gera duas importantes conseqüências. A primeira delas é que o povo passa a se tornar parte da gestão da *res publica*, evitando que o Estado seja visto como um corpo estranho e, pois, apartado da sociedade. A outra importante conseqüência é que o povo também passa a ter maior responsabilidade sobre a realização e otimização do serviço público.

A responsabilidade pela realização de tarefas públicas incrementa a participação, contribuindo concretamente para a formação da cidadania ativa.

Essas são as razões pelas quais, no plano jurídico-político, o princípio da subsidiariedade se traduz no princípio federativo, empregando-se quer como critério de repartição de competência entre as diversas esferas federativas, quer como regra para a solução de conflitos de atribuições que surjam entre elas, de modo a fortalecer sempre, afinal, o poder local, e manter a gestão administrativa o mais próximo possível do cidadão.

No Brasil, a prática do federalismo ainda não incorporou, em sua plenitude, os princípios da separação, autonomia, participação, coordenação e subsidiariedade, mantendo-se ainda longe da realidade dos entes federativos, ante a concentração de poderes verificada no âmbito do governo central.

### **3. MODELOS DE FEDERALISMO E O CASO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA**

---

A doutrina sobre o federalismo não é especialmente precisa na utilização de termos que qualificam os seus vários gêneros, nem tampouco há tipologias consensuais que permitam classificá-los, mesmo quando há convergência quanto aos critérios de classificação empregados.

Para o presente trabalho, a tipologia da Acir – *Advisory Commission on Intergovernmental relations* (1981, p. 3), cujo critério é a natureza da relações intergovernamentais, apresenta grande utilidade. Ela distingue três tipos de arranjos federativos. O primeiro, chamado federalismo dual, espelha o modelo americano originário, simultaneamente descritivo e prescritivo, no qual os poderes do governo geral e dos estados, ainda que existam e sejam exercidos nos mesmos limites territoriais, constituem soberanias distintas e separadas, que atuam de forma separada e independente, nas esferas que lhes são próprias.

Os dois outros modelos de federalismo resultam da transformação do arranjo dual, em face da tendência à expansão do âmbito

do governo federal, isto é, de um processo mais ou menos acentuado de centralização. Assim, o federalismo centralizado implica na transformação dos governos estaduais e locais em agentes administrativos do governo federal. Este possui um forte envolvimento nos assuntos das unidades subnacionais, além de primazia decisória e de recursos. Já o federalismo cooperativo comporta graus diversos de intervenção do poder federal e se caracteriza por formas de ação conjunta entre instâncias de governo, nas quais as unidades subnacionais guardam significativa autonomia decisória e capacidade própria de financiamento.

No federalismo cooperativo, ocorre uma mudança dos poderes de decisão nos níveis de governo – federal e federado – em benefício de um mecanismo, mais ou menos complexo e formalizado, de acordo intergovernamental. Com base nisso, verifica-se uma tendência de redução das políticas que sejam conduzidas por um só governo, havendo uma interdependência e coordenação das atividades governamentais, com base numa decisão voluntária de todos os entes da federação, sem fundamentar-se numa pressão hierárquica.

Com o federalismo cooperativo, vislumbra-se uma alteração no conceito de autonomia, que passa a se medir menos pelas disposições jurídicas e pela defesa das barreiras constitucionais e mais pela capacidade de influência, tanto no âmbito das negociações entre todos os entes da federação, como nos procedimentos que devem assegurar a igualdade entre os entes representados. Para um governo federado, a defesa da autonomia passa a depender de sua capacidade de negociação nos âmbitos que considera prioritários. Os atores mais influentes serão aqueles que possuírem a maior variedade de informação e que puderem se comunicar de forma mais objetiva.

No federalismo cooperativo, os entes federados perdem, assim, uma parte de sua autonomia originária. No entanto, esta autonomia perdida não é confiscada pelo governo federal, porque, na realidade, as matérias de competência exclusiva ou privativa de competência do ente federal também são afetadas.

Saliente-se que o federalismo cooperativo não elimina os conflitos de competência, as concorrências ou as duplicações de atividades

entre os entes da federação, mas procura minimizar o alcance destes problemas através de acordos políticos negociados.

Essas tipologias de federalismo correspondem a padrões de relacionamento que tanto podem descrever o perfil predominante das relações entre instâncias de governo, em dado país e período, como podem conviver, lado a lado, com outras formas de interação, em diferentes campos de atuação governamental. Em ambos os casos, designam relações intergovernamentais em que a não-centralização, típica do ordenamento federativo, convive de forma complexa e freqüentemente conflitiva com a lógica da centralização-descentralização.

Nesses tipos de federalismo, a existência de competências comuns, própria do federalismo, convive e se entrecocha com o princípio da definição nítida de funções entre níveis de governo, característica própria dos Estados unitários. O que nestes constitui superposição irracional de funções, resultante da desordenada expansão da ação governamental, torna-se característica constitutiva dos arranjos federativos.

No que se refere ao Brasil, a Carta Magna de 1988 estabeleceu o marco legal do federalismo cooperativo, dando forma às aspirações de descentralização e reforma social amplamente disseminadas na sociedade brasileira com o término da ditadura militar (1964-1985). O sistema federal foi redesenhado em favor dos Estados e Municípios, estes últimos reconhecidos como entes federativos com o mesmo status legal de autonomia dos demais níveis de governo.

A nova Constituição consagrou a tendência à redistribuição dos recursos fiscais em detrimento do governo federal, que já vinha se esboçando nos anos anteriores. No terreno das políticas sociais, a Constituição apontou para uma modalidade de federalismo cooperativo, caracterizado pela existência de funções compartilhadas entre as diferentes esferas de governo e pelo fim de padrões de autoridade e responsabilidade claramente delimitados. O sistema federativo, no plano abstrato, figurou também marcadamente descentralizado, em contraste com a legislação e as práticas do autoritarismo burocrático.

Outrossim, a Carta Magna de 1988 previu competências comuns para União, Estados e Municípios nas áreas de saúde, assistência social, educação, cultura, habitação e saneamento, meio ambiente, proteção do patrimônio histórico; combate à pobreza e integração social dos setores desfavorecidos, e educação para o trânsito. Legislação complementar deveria definir as formas de cooperação entre os três níveis de governo (Constituição federal, art.23).

De outro lado, foram atribuídas competências legislativas concorrentes aos governos federal e estaduais em uma ampla gama de áreas: proteção ao meio ambiente e aos recursos naturais; conservação do patrimônio cultural, artístico e histórico; educação, cultural e esportes; juizado de pequenas causas; saúde e previdência social; assistência judiciária e defensoria pública; proteção à infância, à adolescência e aos portadores de deficiências; organização da polícia civil (Constituição federal, art. 24).

Ainda assim, a descentralização assumiu significados e conteúdos distintos, conforme o desenho de cada política específica, a distribuição prévia de competências e do controle sobre os recursos, entre os três níveis de governo. Descentralização podia significar transferência parcial ou total de responsabilidades do governo federal para os estados; do governo federal para o nível local, ou do governo estadual para o local. Podia significar, também, mudança de funções entre níveis de governo, ou de um nível do governo para outras organizações públicas ou privadas, por exemplo: do governo estadual para as escolas; ou do governo para organizações não-governamentais.

#### **4. A DICOTOMIA FEDERALISMO SIMÉTRICO X FEDERALISMO ASSIMÉTRICO E SEUS REFLEXOS NA ORDEM JURÍDICA BRASILEIRA**

---

As designações simetria e assimetria são empregadas para os relacionamentos dentro de um sistema federal.

No federalismo simétrico, afigura-se ideal que cada Estado-Membro mantenha o relacionamento com a autoridade central e que a divisão de poderes entre os governos central e estaduais seja a

mesma. Ademais, é imperioso que a representação no governo central esteja na mesma base para cada ente federado e que, finalmente, as atividades do ente federal sejam igualmente distribuídas.

De outro lado, no federalismo assimétrico, verifica-se que a assimetria de cada unidade política separada do sistema apresenta uma única característica ou um conjunto de características que distingue seu relacionamento para o sistema como um todo, para com a autoridade federal e para com outro Estado".

Com efeito, Ramos (1998, p. 96-98) descreve quais os aspectos da simetria e da assimetria que devem ser considerados para a definição dessas modalidades de federalismo:

- a) a população, o território e a riqueza de cada ente federado afeta o seu poder, sua influência e a necessidade de atenção a lhe ser dada;
- b) o grau de autonomia e de poderes conferidos ou exercidos na prática por cada Estado-Membro; c) a representação nas instituições federais;
- d) a representação relativa e a influência de cada ente federado, onde há acordos ou processos para a conduta das relações intergovernamentais;
- e) o grau de uniformidade na aplicação de uma Declaração de Direitos;
- f) a existência de uniformidade ou variação no peso relativo ou no papel do Estado-Membro o processo de Emenda Constitucional, e
- g) o grau de uniformidade imposto sobre os entes federados nos dispositivos relativos a suas próprias Constituições.

No Brasil, são várias as normas da Constituição da República brasileira que revelam a opção pela assimetria: art. 23, parágrafo único; art. 43, §1º, I, II, §2º, I, II, III, IV, §3º; art. 151, I e art. 155, I, b, §2º, VI, XII, g. Estas normas estabelecem uma cooperação entre os entes da federação e têm como objetivos: a diminuição de desigualdades; o desenvolvimento equilibrado; a criação de regiões e o estabelecimento de distribuição de receitas e outras formas de

incentivos como os juros favorecidos, isenções, reduções e adiamento temporário de tributos federais devidos por pessoas físicas ou jurídicas.

Ao examinar-se a questão sob o prisma crítico, constata-se que a Constituição da República de 1988 e as leis infraconstitucionais consagraram excessos e abusos no tratamento assimétrico de direito, em favor dos entes federativos situados no Norte-Nordeste, em detrimento daqueles situados na região Sul-Sudeste do País.

O excesso no tratamento assimétrico de direito leva ao acomodamento e à perda de responsabilidade do beneficiário dos recursos destinados ao desenvolvimento, pois, quando os recursos são concentrados e distribuídos, há sempre um grau de sujeição de quem os recebe. Por sua vez, o abuso no tratamento assimétrico de direito implica uma ampliação da boa situação financeira do ente federado que a possui, comprometendo a situação da outra entidade que está em dificuldade.

Deve-se, no entanto, buscar-se uma solução de equilíbrio entre os entes federativos do sistema jurídico brasileiro, o que pode ocorrer quando a União, os Estados-Membros e os Municípios mais ricos cooperarem com os entes federativos mais pobres, mas sem afetar as suas demandas sociais próprias.

## **5. O BINÔMIO FEDERALISMO CENTRÍPETO X FEDERALISMO CENTRÍFUGO E O CASO BRASILEIRO**

---

A ciência jurídica costuma utilizar critérios de classificação para definir se uma federação pode ser considerada centrípeta ou centrífuga.

A primeira classificação considera a realidade interna de uma federação, ou seja, como se distribuem as competências e poderes entre União e Estados Membros. Sendo assim, se uma federação concentra poderes e competências na União, ela é mais centralizada e, denominada de federação centrípeta. Se uma federação desconcentra competências e poderes da União, conferindo maior autonomia aos Estados Membros, ela é mais descentralizada e, denominada de federação centrífuga.

Por sua vez, a segunda classificação não leva em conta a realidade interna de cada federação, mas, isto sim, qual o movimento histórico que levou à formação do Estado federado. Com efeito, se uma federação se originou a partir de vários Estados Soberanos que abdicaram de suas soberanias para formar um Estado federado, essa federação é considerada centrípeta, como, por exemplo, no caso norte-americano. Se uma federação se originou de um Estado Unitário que se desmembrou, cedendo autonomia aos Estados-membros, essa federação é centrífuga, como na experiência brasileira. A terceira classificação baseia-se no movimento atual existente numa federação. Em conformidade com esse posicionamento, a federação dos EUA é uma federação centrípeta, pois buscar centralizar poderes e competências na União, enquanto a federação brasileira é uma federação centrífuga, que procura descentralizar poderes e competências da União em favor dos Estados e Municípios.

Sendo assim, o federalismo norte-americano é um federalismo centrípeta, exatamente por ser descentralizado e ter por espoco a busca de um pouco mais de centralização. Essa descentralização decorre da história do federalismo norte-americano, que surgiu de Confederações que abriram mão de suas soberanias para se tornarem Estados federados. O movimento nessa federação é de busca de centralização em momentos frágeis, no intuito de fortalecer a União, haja vista a grande descentralização já existente em seus Estados-Membros.

Nessa acepção, o federalismo brasileiro é centrífugo, pois se verifica muita centralização de poder na União e se busca uma maior descentralização. Esta centralização deflui da tradição histórica do federalismo brasileiro, que surgiu de um Estado Unitário que conferiu autonomia aos Estados Membros para se tornar um Estado Federado. O movimento nessa federação aponta para a busca de descentralização, no intuito de fortalecer os Estados Membros e os Municípios, haja vista a grande centralização já existente no catálogo de competências da União.

Logo, as federações de formação histórica centrífuga possuem uma realidade de centralização de poder e fazem um movimento atual de busca de maior descentralização, como sucede no federalismo brasileiro.

## 6. EVOLUÇÃO HISTÓRICO-CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: DO ESTADO UNITÁRIO AO ESTADO FEDERAL

---

O estudo sobre o federalismo brasileiro não prescinde de investigação sobre os antecedentes históricos que conduziram o delineamento de uma formação unitária, centralizada e concentrada do poder.

Cediço que o poder é a disciplina jurídica da força, emergem importantes as circunstâncias que marcaram a concepção da ordem constitucional de 1824, especialmente no que se refere às correntes políticas que informaram a construção de seu texto, considerada a dissolução da Constituinte pelo Imperador.

Decorrente de ato de outorga, a Constituição de 25 de março de 1824 foi marcada por severa influência da cultura europeia continental da segunda metade do século XVIII, em um movimento despótico-esclarecido (ou absolutista-ilustrado), a descerrar, ao lado da próxima relação com o absolutismo, um cenário em que protagonizam ideias de liberdade e igualdade.

Representa importante trânsito entre o conservadorismo e o liberalismo, na exata perspectiva de que a Constituição do império não foi só na história do País a Constituição-modelo do nosso liberalismo, mas ostentou alcance incomparável, pela força de equilíbrio e compromisso que significou entre o elemento liberal (Revolução Francesa), disposto a acelerar a caminhada para o futuro, e o elemento conservador – descendente da Santa Aliança e do absolutismo –, propenso a referendar o *status quo* e, se possível, tolher indefinidamente a mudança e o reformismo nas instituições. (BONAVIDES; ANDRADE, 2006, p. 105).

A leitura do texto da Constituição do Império revela a indelével marca da centralização e unidade de exercício do poder, consubstanciada no instituto do denominado Poder Moderador, a atribuir ao Imperador um feixe quase que infindável (tanto quantitativa quanto qualitativamente) de competências, de forma a evidenciar as entranhas do ideário absolutista fincadas em um texto constitucional, uma figura que ultrapassa até mesmo a construção metafísica mais

absurda, considerada a incompatibilidade natural entre absolutismo e constitucionalização.

A Confederação do Equador, irrompida no pós-independência, representou evidente reação ao modelo constitucional imperial, em cujo âmbito elites regionais e intelectuais se aliaram aos grupos populares na deflagração de um movimento político, de natureza liberal, emancipatório e republicano, cujo centro se localizava nas proximidades da linha do equador (daí a sua denominação), movimento que representou uma antecipação da independência do Brasil, especialmente em decorrência da assinatura da Convenção de Beriberi e estabelecimento da Junta Governativa, ocorrida em Pernambuco. (LEITE, 1996, p.5-6).

Conquanto naufragado o movimento, as ideias republicanas e federalistas desenvolvidas em seu domínio lograram estabelecer um ponto de partida para grandes transformações na forma de se conceber o governo, de maneira que avanços importantes ocorreram na passagem do Primeiro para o Segundo Império.

Como o texto frio das constituições não possui a natureza fluida de seu conteúdo, a evolução no sentido do abandono das ideias absolutistas foi alcançada no Segundo Reinado, como sustenta BONAVIDES e ANDRADE (2006, p. 107): “Graças a um Pedro II tão distinto do Pedro I das Comissões Militares do Primeiro Reinado, se tornou possível aqui um constitucionalismo costumeiro, que medrou à sôbra do cetro e cujo fruto veio a ser a sábia experiência parlamentar da monarquia”.

O caminho para a república e para o federalismo experimentava a formação de um lastro teórico-político, inspirado pelos diversos movimentos que irrompiam mundo afora, decorrentes, sobretudo, das insatisfações com um modelo hereditário, vitalício e irresponsável, característicos das monarquias.

É possível identificar a gênese do pensamento federalista na estrutura político-espacial da Grécia do século VIII a.C., com a formação da *Polis*, das Cidades-Estados, sobretudo pela independência e autonomia daquelas comunidades políticas, marcadas por elevado grau de desconcentração político-administrativa.

Nada obstante, essa referência histórica não serviu de suporte à formação do Estado Grego contemporâneo, na medida em que as ideias de autonomia e independência delineadas na antiguidade grega não se traduziram na necessária tensão entre forças centrípetas e centrífugas, característica das Federações, de maneira que, na atualidade, a maneira mais adequada para se caracterizar as treze periferias gregas é percebê-las componentes de um Estado Unitário descentralizado.

Não se desconhece que a questão territorial é fator importante para a formação dos Estados Federais. Todavia, impõe-se considerar que, se de uma vertente, há Estados federativos com territórios bastante exíguos, como é o caso da Suíça e da Bélgica, de outra, há Estados com vasta extensão territorial que se mantiveram como unitários, como é exemplo a China. Assim, também na questão grega, o elemento territorial não pode ser alçado à condição de determinante.

As controvérsias que marcam a concepção federalista seguem seu curso histórico, de maneira que, de forma mais estabilizada e concreta, observa-se na experiência norte americana ultimada em 4 de julho de 1776, com a independências das treze colônias britânicas, o embrião para o movimento consolidador do federalismo de 1787, ponto de partida para o estudo mais seguro dos caracteres do federalismo e, por consequência, do Estado federal.

No Brasil, o processo de desconcentração e descentralização do poder central, malgrado impulsionado pela importante questão territorial, experimentou forte influência do pensamento federalista, de forma que os movimentos políticos, de matriz republicana, findaram por lograr a positivação da forma federativa de Estado no Decreto-01 de 15 de novembro de 1989 e, ato seguinte, consolidado naquela que foi a Constituição republicana com maior vigência na histórica do Brasil, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

O ideário liberal associado à vasta extensão territorial, além das influências desenvolvidas a partir do processo de colonização, terminaram por dar ensejo a fracionamentos culturais importantes, que, com o tempo, serviram de lastro para o fortalecimento do pensamento federalista.

A Constituição de 1891 representa a implementação textual do liberalismo, consubstanciando diversos dos seus dispositivos a evolução dos ideais de liberdade oriundos da Revolução Francesa.

Nada obstante, é preciso reconhecer que o pensamento republicano não seguia em compasso com o ideário federalista, especialmente porque os adeptos da monarquia eram mais numerosos, pelo que o cenário de apoio à federação era, não raro, um cenário de apoio à monarquia, reforçado pela divisão entre os republicanos.

Rui Barbosa combatia o Governo e até a Coroa, mas não empregara suas armas poderosas numa pregação nitidamente republicana. Defendia a Federação com o trono, se possível, ou mesmo sem ele ou contra ele. Por outro lado, era e foi toda vida um cético em relação às formas de Governo, tendo dito que uma República poderia ser a de Francia ou a de Solano Lopez do mesmo modo que a monarquia poderia ser livre e democrática como a da Rainha Vitória (BALEIRO, 2012, 12).

Observa-se, do texto da Constituição de 1891, o resultado das discussões acerca da conformação federativa, especialmente no tocante ao papel dos Municípios, na medida em que o reconhecimento da autonomia municipal se desenvolvia sob o domínio das Constituições dos Estados, em um modelo que tensionava a tradição da colônia com a experiência federalista norte americana, como se pode observar do texto do artigo 2º c/c artigo 68, da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, *verbis*:

Art. 2º Cada uma das antigas províncias formará um Estado, e o antigo município neutro constituirá o Districto Federal, continuando a ser a capital da União, enquanto não se der execução ao disposto no artigo seguinte. [...]

Art. 68. “Os Estados organizar-se-hão de forma que fique assegurada a autonomia dos municípios, em tudo quanto respeite ao seu peculiar interesse”.

O movimento centrífugo que então marcava a formação dos Estados Unidos do Brasil experimentava a tensão das forças centrípetas, associadas a um cenário político de instabilidade saliente, sobretudo pelo descontentamento de poderosos grupos com o cenário político descerrado.

Resultam desse estado de coisas a Revolução de 1930 e a Revolução de 1932, que são antecedentes históricos fundamentais à conformação da Constituição de 1934, na medida em que foram responsáveis pela queda do regime e derrocada da Constituição de 1891, com significativa redução dos delineamentos federativos alcançados, como, por exemplo, a autonomia dos Estados (FERREIRA, 1954).

Não se pode descurar que as intensas transformações político-sociais não eram vicissitudes exclusivas do Estado brasileiro. O mundo e, em particular, os países europeus se encontravam em meio a uma travessia de momentos constitucionais, orientados por ideologias que ensejavam rupturas políticas importantes, em cujo âmbito foram desencadeados movimentos fundamentalistas, autocráticos e totalitários.

A República de Weimar consubstancia um período representativo dessas transformações, especialmente porque, assim como ocorreu no Brasil de 1824 para 1891, a Alemanha transitava do modelo monárquico para o republicano. Todavia, as coincidências cessam neste ponto, já que o Estado alemão se encontrava mergulhado em severas crises decorrentes da Primeira Guerra Mundial, que terminaram por desaguar naquele que foi o período mais sombrio de sua história: o Nacional Socialismo, consolidado em 1934.

Enquanto no cenário alemão eram expostas as entranhas de um regime totalitarista, no Brasil, sob a roupagem da Assembleia Nacional Constituinte, parecia emergir um Estado Democrático e Republicano, cujos pilares de sua edificação restaram plasmados no preâmbulo da Constituição de 1934 nos seguintes termos: “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte”

Nada obstante, como que um passo atrás na história, a inspiração dos constituintes de 1934 emanava, em boa parte, da Constituição de Weimar de 1919 e da Constituição Espanhola de 1931. Autores como Mirkine Guetzevitch (1933) eram fonte das ideias que

forjaram as normas da Constituição de 1934, marcadas por ideais republicanos e democráticos, que, ao fim e ao cabo, foram se traduzindo em uma mera peça de retórica constitucional: um verdadeiro álibi político.

Não se desconhece o importante papel histórico-evolutivo representado pela Constituição de 1934, todavia é preciso também reconhecer que a sua normatividade questionável terminou por ensejar um semantismo constitucional que culminou com o naufrágio de 1937, passando para a história como a Constituição que menos tempo viveu.

A fragilidade normativa e o cenário de instabilidade institucional que marcava o mundo naquele período favoreceram a consolidação de convicções antiliberais, tendentes ao estabelecimento de regimes ditatoriais que despontavam como opção segura para a condução da sociedade massificada.

Nesse ambiente é que a Constituição de 1937 – conhecida como Polaca, em referência ao modelo polonês – é concebida. Em meio à ditadura do Estado Novo, Getúlio Vargas entrega a Francisco Luís da Silva Campos a missão de produzir a nova Carta Política, cujo conteúdo normativo foi absolutamente ignorado. Na verdade, como amplamente conhecido, questiona-se a vigência da Carta Política de 1937, porquanto a simples verificação do seu texto revela que a hipertrofia do poder central, a redução do protagonismo estadual, a fragilização da separação das funções estatais e a severa violência aos direitos fundamentais foram obras da atuação do regime, que desconheceu o Texto Constitucional. Um movimento que ensejou severo abalo ao federalismo pátrio.

Dessa forma, a alcunha de “facista” não se compatibiliza com o Texto de 1937, porquanto em seu conteúdo se identificam normas que, inclusive, consignavam garantias aos juízes e conferia direitos individuais, previa a responsabilização do Chefe de Governo, além de assegurar autonomia aos Estados membros.

Essas disposições, por evidente, destoam da ideologia facista, que tem como marca indelével o nacionalismo fundamentalista, a

postura autocrática e a centralização do poder nas mãos de um só, que paira intocável sobre a sociedade e o Estado.

Decerto que não se está a defender a conformidade constitucional, sob o prisma material, do texto da Constituição de 1937, em sua totalidade. Deveras, basta um olhar sobre dispositivos, como o art. 171, para que se observem as rachaduras normativas que fragilizavam a estrutura do Estado e viabilizava a hipertrofia do poder ditatorial. Veja-se: “Art. 171 – Na vigência do estado de guerra deixará de vigorar a Constituição nas partes indicadas pelo Presidente da República”.

O enunciado normativo é uma afronta à separação das funções Estatais e uma clara outorga constitucional ampla e irrestrita, sem qualquer controle e com potencialidade lesiva das mais nefastas, com consequências importantes para a Federação e para a República. Todavia, impõe-se reconhecer que, considerada a absoluta ausência de força normativa constitucional – na verdade, ausência de qualquer normatividade –, a previsão do art. 171 e todas as demais se revelam inclusive despiciendas, considerada inobservância do estabeleceu o art. 187: “Esta Constituição entrará em vigor na sua data e será submetida ao plebiscito nacional na forma regulada em decreto do Presidente da República”. É dizer: inócurrenente o plebiscito, afigura-se acertado negar a sua vigência.

Superado o período da ditadura, as Eleições de 1945 despontam com um marco na redemocratização do Estado, especialmente pela baixa conflituosidade ao derredor dos procedimentos e resultados das Eleições, cenário que favoreceu os trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte, instalada em 1946.

Em sentido oposto à saliente fragilização da estrutura federativa do Estado brasileiro, implementada pelos atos do regime de 1937, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946 favoreceu uma restauração dos elementos da Federação, especialmente no que se refere ao retorno do Senado ao seu status de 1891, no âmbito do Poder Legislativo, e aos Municípios, que, além do resgate das normas da Constituição de 1934, obtiveram em seu benefício outras disposições que fortaleciam sua posição no Estado brasileiro e que viriam a servir

no futuro à sua transformação em Ente federativo, com, por exemplo, o que estabelecia o artigo 29, *verbis*: “Além da renda que lhes é atribuída por força dos §§ 2º, 4º, 5º e 9º do art. 15, e dos impostos que, no todo ou em parte, lhes forem transferidos pelo Estado, pertencem ao Municípios os impostos: [...] V – de indústrias e profissões”.

Essas implementações normativas ensejaram o robustecimento da autonomia financeira municipal, ao tempo em que promoveram a reorganização das competências federativas, em observância ao princípio da predominância do interesse, tendência que foi sentida nas alterações posteriormente implementadas pelas Emendas Constitucionais n. 5/1961 e n. 10/1964, que perfilhavam a mesma direção de fortalecimento da autonomia administrativo-financeira municipal.

A essência do Texto de 1946 se compatibilizava com o sentido que Mirkine-Guetzevitch delineava sobre a Federação nas novas constituições: “*La construcción del federalismo tiene igualmente cambios esenciales em las nuevas Constituciones. Veremos dos variantes de federaciones: las modificaciones del federalismo en un Estado que antes era federal (Alemania) y la transformación de un Estado antes unitario (Austria) en Estado Federal*” (1931, p. 23).

Decerto que o exame do autor versa constituições europeias, sobretudo a alemã e a austríaca, todavia suas relevantes contribuições inspiraram movimentos federalistas em todo o mundo, inclusive no Brasil, pelo que a observação que a seguir se destaca exsurge com saliente importância para a compreensão de um movimento federalista afastado do elemento político e aproximado ao elemento organizatório-racional, a cristalizar a formação do Estado. Veja-se:

*Desde que el federalismo cesa de ser político (intereses dinásticos, tradiciones históricas, pretensiones nacionalistas, conflictos nacionales) y se racionaliza, es decir, es penetrado por el Derecho, en seguida todo el aspecto del problema se modifica, y en lugar de dificultades y obstáculos, de conflictos recíprocos entre las autoridades centrales y locales, se crea un sistema lógico y armónico de gran autonomía y prudente descentralización* (Mirikine-Guetzevitch, 1931, p. 25).

Nada obstante, o que se observa na realidade brasileira nos anos que se seguiram é justamente um perfilhamento díspar, na medida

em que transformações normativas deslocaram o centro de exercício do poder, em notório movimento antagônico-centrípeto.

Basta uma simples análise comparativa do art. 18, da Constituição de 1946, com o art. 13, § 1º, da Carta de 1967, para que possa concluir, sem qualquer margem para equívocos, que as competências estaduais cederam à atração da União, especialmente pelo elemento limitante que marcou as disposições constitucionais deste último Diploma.

Advertem Cavalcanti, Brandão e Baleeiro (2012, p. 38) que muitas outras regras impositivas também disciplinaram a autoadministração dos Estados, em matérias como paridade e despesas com o pessoal, vinculação de receitas tributárias etc. Assinalam, ainda, a preocupação do constituinte em sublinhar o planejamento nacional e regional. Sustentam que estas regras identificam a presença, no texto constitucional, da facção tecnocrática da elite de poder empossada em 1964, a revelar a imposição de normas circunstanciadas aos Estados como garantia de transplantação do modelo ou das disposições básicas que ordenam o governo da União.

Os autores levantam que a estrutura da Federação na Carta de 1967 reflete o quadro contraditório de forças na vida brasileira. De um lado, a disciplina de composição e escolha dos órgãos nacionais de governo revela distorções que privilegiam os Estados menos desenvolvidos; portanto, aqueles onde a vontade das oligarquias agrícolas aparece mais decisiva. De outro lado, as relações entre as órbitas de poder obedecem, a um só tempo, a pressupostos estruturais e de conjuntura. Tanto as condições socioeconômicas em processo como o papel desempenhado pela elite de poder, a partir de 1964, conduziram a uma rígida centralização político-administrativa. O novo sistema tributário, de seu turno, consolidou a hegemonia financeira da União e favorece os Estados industrializados. (2012, p. 40).

A Constituição de 1988, na perspectiva desenvolvida por José Afonso da Silva, buscou o resgate do princípio federativo, todavia revelou uma dilatação das competências da União e a redução ainda mais acentuada do espaço de atuação dos Estados-membros, sobretudo por força das competências exclusivas assinaladas aos Municípios (SILVA, 2007, p. 478).

Ocorre que, se, de um lado, os Municípios comprimem a área estadual, de outro emergem como Entes federativos marcados por debilidades severas em seu posicionamento na Federação brasileira, de maneira a ensejar a seguinte reflexão: “E os Municípios transformaram-se mesmo em unidades federadas? A Constituição não o diz. Ao contrário, existem onze ocorrências das expressões unidade federada e unidade da Federação (no singular e no plural) referindo-se apenas aos Estados e Distrito Federal, nunca envolvendo os Municípios” (SILVA, 2007, p. 640).

A reflexão exige incursão na estrutura normativa-organizacional da Federação brasileira, de maneira a que se possa examinar os delineamentos do República Federativa do Brasil na Constituição de 1988, especialmente no que se refere às relações entre os Entes parciais e à ruptura com o modelo de dois níveis que marca a natureza das federações.

## **7. ESTRUTURA NORMATIVO-ORGANIZACIONAL DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA DE 1988**

---

O estudo da normatividade constitucional que rege o Estado federal brasileiro não possui outro ponto seguro de partida, que não o artigo 1º, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]”.

Os incisos que seguem o *caput*, indicados como fundamentos do Estado, constituem os pilares que sustentam a interpretação constitucional, especialmente no que se refere à condução político-administrativa do Estado, de maneira que soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e pluralismo político formam um corpo normativo estruturante e monolítico, cujas fissuras hodiernamente observadas ensejam a fragilidade do federalismo e cuja ruptura representaria o naufrágio do próprio Estado federal.

Por uma perspectiva, pode-se observar que a ausência de referência à União no texto do art. 1º, *caput*, da CRFB-88, revela uma

deficiência redacional que, todavia, não implica déficit normativo, na medida em que, considerado a unidade da Constituição, a interpretação sistemática supre referida mácula ao incluir no cenário hermenêutico o artigo 18, cujo texto exhibe os quatro entre federativos que compõe a peculiar estrutura do Estado brasileiro: União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por ângulo diverso, sustenta-se redundância tocante a referidos dispositivos, na medida em que “Dizer que a República Federativa do Brasil é formada pela *união indissolúvel* dos Estados e Municípios e do Distrito Federal não é diverso de dizer que ela compreende a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, porque *união indissolúvel* (embora com inicial minúscula) do art. 1º é a mesma União (com inicial maiúscula) do art. 18”. Dessa forma, estar-se-ia diante de uma “Repetição inútil, mas que não houve jeito de evitar, tal o apego à tradição formal de fazer constar no art. 1º essa cláusula que vem de constituições anteriores, sem levar em conta que a metodologia da Constituição de 1988 não comportava tal apego destituído de sentido”. (SILVA, 2007, p. 472).

A União e os Estados são entes naturais da formação federativa, pouco importando os traços históricos, o modelo de estruturação, cenário político etc., de maneira que a sua ausência redundaria na desconfiguração da própria federação.

O art. 18, da Constituição da República Federativa do Brasil autoriza a formação de novos Estados, seja a partir de Estados existentes ou de Territórios Federais, submetendo essa ação ao crivo do plebiscito e do Congresso Nacional, por meio de Lei Complementar.

No art. 18, §4º, do Diploma Constitucional de 1988, encontra-se a previsão para a cisão, fusão, desmembramento e incorporação de Municípios, dispositivo em torno do qual orbitam controvérsias legislativas e jurisprudências, mormente por força da imposição constitucional, implementada pela Emenda Constitucional 15/1996, de existência de Lei Complementar Federal, que defina o período em que referidas transformações podem ser ultimadas.

Deflui desse cenário uma das colisões importantes entre normas constitucionais que conformam o pacto federativo, na medida

em que determinados Estados, ausente a referida Lei Complementar, editaram leis ordinárias por meio das quais foram criados novos Municípios, em flagrante vilipêndio constitucional, recrudescido pela também inobservância da regra do plebiscito e dos estudos de viabilidade municipal, que constituem, de igual sorte, requisitos à gestação de novos Entes municipais.

Objeto de impugnação nos autos da ADI 2240/2007, a Lei 7.619/2000, do Estado da Bahia, que criou o Município de Luís Eduardo Magalhães, foi declarada inconstitucional. Todavia, com lastro na segurança jurídica, ao fundamento de que o Município foi efetivamente criado e assumiu existência de fato, há mais de seis anos, como ente federativo, o STF perfilhou entendimento no sentido de que “O estado de exceção é uma zona de indiferença entre o caos e o estado da normalidade. Não é a exceção que se subtrai à norma, mas a norma que, suspendendo-se, dá lugar à exceção – apenas desse modo ela se constitui como regra, mantendo-se em relação com a exceção”, pelo que deixou a Corte Suprema de pronunciar a nulidade pelo prazo de 24 meses. (STF. ADI 2.240, *DJ* de 3-8-2007).

Nos autos da ADI 3.682/2007, o STF voltou a reconhecer e, desta vez, “declarar o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, em prazo razoável de 18 (dezoito) meses, adote ele todas as providências legislativas necessárias ao cumprimento do dever constitucional imposto pelo art. 18, § 4º, da Constituição, devendo ser contempladas as situações imperfeitas decorrentes do estado de inconstitucionalidade gerado pela omissão”. Obtemperou, neste sentido que “Não se trata de impor um prazo para a atuação legislativa do Congresso Nacional, mas apenas da fixação de um parâmetro temporal razoável, tendo em vista o prazo de 24 meses determinado pelo Tribunal nas ADI nºs 2.240, 3.316, 3.489 e 3.689 para que as leis estaduais que criam municípios ou alteram seus limites territoriais continuem vigendo, até que a lei complementar federal seja promulgada contemplando as realidades desses municípios”. (STF. **ADI 3.682**, *DJ* de 6-9-2007).

Malgrado as declarações de inconstitucionalidade das leis estaduais, implementadas em diversas Ações Diretas, bem como o

reconhecimento da mora legislativa com o peculiar assinalamento de prazo ao legislador, referida lei complementar não foi criada e em seu lugar sobreveio a EC 57/2008, que promoveu a inclusão do art. 96, nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, com o seguinte teor: “Ficam convalidados os atos de criação, fusão, incorporação e desmembramento de Municípios, cuja lei tenha sido publicada até 31 de dezembro de 2006, atendidos os requisitos estabelecidos na legislação do respectivo Estado à época de sua criação”. Postura referendada pelo próprio STF, na ADI 2.381 AgR, Dje de 11-4-2011.

A estrutura da Federação brasileira exigiu a construção de um modelo complexo de repartição de competências, com a finalidade de preservar a autonomia dos Entes federativos e reduzir a possibilidade de conflito de interesses.

Com diversos lapsos interruptivos na sua edificação histórica, o Federalismo brasileiro, (implementado pela Constituição de 1988, possui inspiração maior na *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* Lei Fundamental da República Federal da Alemanha de 1949), possuindo marcas de repartição horizontal, compatível com o modelo originário dos Estados Unidos da América, bem como traços de verticalidade, alinhados aos avanços trazidos pelo federalismo cooperativo.

Além de ter perfilhado esse binômio, a complexidade se intensifica, na medida em que se observa temperamentos de verticalidade em previsões expressas que delineiam competências horizontais.

Nessa perspectiva, malgrado alguma dissidências na compreensão doutrinária e jurisprudencial, pode-se elencar 7 (sete) categorias de competências, que se encontram disciplinada no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, conformadas com regras que atribuem ao Judiciário a função de dirimir eventuais conflitos, como aquela estabelecida no art. 102, I, *f*.

Identificam-se, pois, as competências, exclusivas, privativas, comuns, concorrentes, reservadas ou remanescentes, suplementar-complementares, suplementar-supletivas.

No artigo 21, da CRFB-1988, são expressamente listadas as competências exclusivas, que possuem natureza material ou administrativa, assinaladas à União e sem a possibilidade de delegação.

Cuida-se da inauguração da Constituição de 1988 do modelo horizontal, típico do federalismo dual e rígido, originário da Constituição Americana de 1787, em que se exclui a atuação de todos os demais entes federativos, ao estabelecer que: “Art. 21. Compete à União: [...]”, fazendo seguir 25 incisos, que exigem o protagonismo exclusivo da União.

As matérias previstas no art. 21, como sói ocorrer com a sistemática da repartição implementada pela Constituição de 1988, atendem ao princípio da predominância do interesse, no que assinalam à União matérias que dizem respeito a todo o Estado Federal.

O artigo 22 estabelece que “compete privativamente à União legislar sobre: [...]”. Cuida-se, portanto, de competência privativa, de natureza legiferante, com possibilidade de delegação, como estabelece o parágrafo único de referido dispositivo, *verbis*: “Lei complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo”.

Observa-se, portanto, que as matérias disciplinadas nos 24 incisos do artigo 22 podem ser delegadas aos Estados, assim como também ao Distrito Federal, por força do artigo 32, §1º, CRFB-1988, que estabelece: “Ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios”, dispositivo que confere a natureza dúplice ou ambivalente àquele Ente federativo.

Assim, constata-se a adoção de um temperamento no modelo dual (horizontal) de repartição de competências, na medida em que assuntos que são enumerados como competências privativa da União podem, considerado o interesse, experimentar regulações específicas pelos Estados e DF. Ou seja, *v.g.*, malgrado a matéria penal seja privativa da União, nada impede que, considerado um interesse específico e localizado dos Estados, possam estes também legislar em matéria penal para atender às suas peculiaridades.

O art. 23, da CRFB-1988, principia a implementação do modelo de repartição vertical, na medida em que admite a atuação de mais de um Ente federativo em um mesmo campo material. Cuida-se da competência comum, de natureza material ou administrativa, atribuída à União, aos Estados-membros, aos Municípios e ao Distrito Federal, submetida ao comando do parágrafo único do mesmo dispositivo, que estabelece: “Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional”.

O artigo 24, da CRFB-1988, segue com a implementação do modelo vertical, ao estabelecer competências concorrentes, de natureza legiferante, assinaladas à União, aos Estados e ao Distrito Federal, como se observa do seguinte recorte:

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

§ 1º No âmbito da legislação concorrente, a competência da União limitar-se-á a estabelecer normas gerais.

§ 2º A competência da União para legislar sobre normas gerais não exclui a competência suplementar dos Estados.

§ 3º Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

§ 4º A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

Observa-se, portanto, que em relação aos 16 incisos que compõem a matéria do artigo 24, a Constituição estabelece uma competência concorrente não-cumulativa, na medida em que os parágrafos de referido dispositivo, acima destacados, fixam normas que estabelecem níveis de atuação, com limitações a cada um dos Entes, assinalando as normas gerais à competência da União e as normas específicas ao campo de atuação dos Estados e do Distrito Federal.

A competência dos Estados é primordialmente disciplinada pelo artigo 25 e seu §1º, *verbis*: “Art. 25. Os Estados organizam-se

e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição. § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição”.

Mais uma vez, parece que a Constituição retorna ao modelo horizontal, uma vez que reserva aos Estados tudo o que não integre a competência da União e dos Municípios, além de estabelecer competências expressas, como aquelas fixadas nos §§ 2º e 3º, do artigo 25:

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

Assim, esta competência reservada ou remanescente, assinalada aos Estados e ao Distrito Federal, delineia a estrutura federativa dos dois níveis existentes em todos os Estados Federativos, de maneira a arregimentar os fluxos das forças centrípetas e centrífugas que se debatem no âmbito da Federação.

Ocorre que, a existência de Municípios como Entes federativos faz do Estado brasileiro uma Federação *sui generis*, na medida em que não outra Federação no Globo que ostenta tal estrutura, circunstância inovadora que, malgrado aparente fortalecer o pacto federativo com o reconhecimento da autonomia municipal, na verdade se apresenta com fonte de diversos contratempus e inconformidades, que põe em abalo o Estado federal.

Historicamente, os Municípios entabulam batalhas judiciais e políticas na persecução do respeito à autonomia garantida pela Constituição, bem como na perspectiva de cumprir as missões que lhes são assinaladas por meio das regras constitucionais de competência, cujo respectivo sistema encerra complexidade ímpar, já que o Brasil abandonou o clássico modelo federativo de dois níveis.

O modelo complexo de repartição de competências implementado pela Constituição de 1988 contempla a enumeração das com-

petências da União e dos Municípios, cabendo aos Estados a denominada competência reservada, pelo que se impõe reconhecer a necessária observância pelos Estados e União, considerado o que estabelece o artigo 30, da Constituição de 1988, especialmente quando preceitua “Compete aos Municípios: I – legislar sobre assuntos de interesse local”.

Um dos severos problemas decorrentes da autonomia municipal, que enseja inclusive um vilipêndio à teoria federativa, emerge da ausência de representação dos Municípios no pacto federativo. É dizer, enquanto Estados e Distrito Federal possuem o Senado, os Municípios, conquanto categorizados como Entes federativos, não possuem qualquer representação, o que revela um déficit político importante, cuja amenização dos deletérios efeitos tem sido perseguida por meio da criação de entidades e órgãos que se arvoram à condição de defensores dos interesses municipais.

E, de fato, em diversas oportunidades, é a atuação de entidades como a Confederação Nacional dos Municípios (CNM), que tem viabilizado pressões políticas no sentido da garantia das condições mínimas para que os Entes municipais possam apresentar os resultados que devem emergir do exercício das competências federativas, mormente no tocante às políticas públicas destinadas à garantia dos direitos fundamentais de segunda dimensão.

Por meio da amplamente divulgada Marcha a Brasília em Defesa dos Municípios, que em 2017 completou 20 anos, a CNM movimentou participantes das mais diversas instâncias federativas, inclusive dos Estados e União, com a pretensão de discussão das questões municipais, especialmente reivindicações relacionadas à gestão pública, tendentes a minimizar o déficit de representação que compromete o protagonismo municipal no pacto federativo.

Essa reação político-social, representada por referido movimento, tão somente reforça a compreensão doutrinária sobre a inconfortável posição dos Municípios na Federação brasileira.

Note-se que até mesmo na fiscalização e controle da gestão pública municipal, os Municípios, ressalvada a situação do Rio de Janeiro

e São Paulo, que contam com Tribunal de Contas do Município, ficam submetidos à ação de órgãos estaduais, seja por meio de Tribunais de Contas dos Municípios do Estado, como é o caso dos Estados da Bahia, Goiás e Para (O do Estado do Ceará foi extinto em 2017), seja por ação dos próprios Tribunais de Contas do Estado (TCE).

O artigo 31, *caput* e § 1º, da CRFB-88, estabelece que: “A fiscalização do Município será exercida pelo Poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo Municipal, na forma da lei. § 1º O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver”.

No particular, observa-se que a Constituição de 1988 reduziu ainda mais a autonomia organizacional e fiscalizatória dos Municípios, na medida em que o § 4º, do mesmo dispositivo, preceitua que: “É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais”.

A situação dos municípios na Federação brasileira tem sido objeto de investigação e discussão tanto no campo acadêmico, quanto político e jurídico, âmbitos em que se observa posições as mais diversas. Todavia, é possível afirmar que o cenário de dificuldades que hodiernamente envolve os entes municipais encontra justificção teórica na posição de José Afonso da Silva, para quem “Não existe federação de municípios. Existe Federação de Estados.” (SILVA, 2007, p. 639/642).

Mesmo após 30 anos da promulgação da Constituição de 1988, as celeumas sobre as competências municipais, especialmente quando, por algum aspecto, entram em colisão com interesses nacionais ou regionais, seguem seu curso, como se pode perceber (a título meramente ilustrativo), da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, nos autos do Recurso Extraordinário 194704/MG, cujo respectivo Acórdão, publicado no Dje de 17 de novembro de 2017, restou assim ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. LEI MUNICIPAL 4.253/85 DO MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE. PREVISÃO DE IMPOSIÇÃO

DE MULTA DECORRENTE DA EMISSÃO DE FUMAÇA ACIMA DOS PADRÕES ACEITOS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OFENSA À REGRA CONSTITUCIONAL DE REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS FEDERATIVAS. INOCORRÊNCIA. NORMA RECEPCIONADA PELO TEXTO VIGENTE. RECURSO EXTRAORDINÁRIO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Nos casos em que a dúvida sobre a competência legislativa recai sobre norma que abrange mais de um tema, deve o intérprete acolher interpretação que não tolha a competência que detêm os entes menores para dispor sobre determinada matéria (presumption against preemption). 2. Porque o federalismo é um instrumento de descentralização política que visa realizar direitos fundamentais, se a lei federal ou estadual claramente indicar, de forma adequada, necessária e razoável, que os efeitos de sua aplicação excluem o poder de complementação que detêm os entes menores (clear statement rule), é possível afastar a presunção de que, no âmbito regional, determinado tema deve ser disciplinado pelo ente menor. 3. Na ausência de norma federal que, de forma nítida (clear statement rule), retire a presunção de que gozam os entes menores para, nos assuntos de interesse comum e concorrente, exercerem plenamente sua autonomia, detêm Estados e Municípios, nos seus respectivos âmbitos de atuação, competência normativa. 4. Recurso extraordinário a que se nega provimento (STF, RE 194704/MG, Dje 17/11/2017). (Grifou-se).

A incursão no teor dos votos proferidos oferece uma miríade de argumentos que expõe o tensionamento entre forças centrípetas e centrífugas, com nítido predomínio para o movimento centrípeto, como, inclusive, pode-se observar dos termos de referido julgado, que tão somente implementa interpretação adequada aos preceitos constitucionais alusivos à repartição das competências federativas.

No particular, observa-se que a linha adotada pela Corte, mesmo para os Entes municipais, foi aquela estabelecida pelo Constituinte, no art. 24, da CRFB-88, sede da competência concorrente que, advirta-se, não faz referência aos Entes municipais, conforme emerge do seu *caput*: “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...]”.

Essa orientação acompanha a técnica legislativa adotada na implementação da Emenda Constitucional n. 85/2015, que incluiu o art. 291-B na Constituição Federal, a regular o Sistema Nacional de

Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI), em cujo âmbito se estabeleceu uma relação de concorrência na forma do art. 24, com a distinção importante tocante à inclusão dos Municípios, conforme se observa da respectiva redação:

Art. 219-B. O Sistema Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação (SNCTI) será organizado em regime de colaboração entre entes, tanto públicos quanto privados, com vistas a promover o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação”.

§ 1º Lei federal disporá sobre as normas gerais do SNCTI.

§ 2º Os Estados, o Distrito Federal e os Municípios legislarão concorrentemente sobre suas peculiaridades.

Não se desconhece que toda repartição de competência é orientada pelo princípio da predominância do interesse, todavia impõe-se reconhecer que na Federação brasileira, além da tendência centrípeta e, portanto, centralizadora, há uma supremacia implícita que faz periclitara a atuação dos Entes locais no exercício da sua competência, especialmente quando se está diante de situações que envolve uma maior necessidade de recursos públicos.

Cite-se como exemplo o caso do Município de Belo Horizonte, que versou matéria atinente ao direito ambiental, em que se observou nitidamente que a autonomia municipal restou mantida diante do silêncio de regras estaduais e federais sobre a questão específica das limitações legislativas que poderiam ser impostas ao Ente municipal, no que prevaleceu, portanto, o regramento do art. 30, da CRFB-88, a predominar o interesse local.

São diversas as investidas contra a autonomia municipal que, não raro, são obstaculizadas pelo Supremo Tribunal Federal, na diretiva de preservar o status dos municípios na Federação Brasileira.

Marco importante para compreensão desse cenário é a decisão nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1642/RJ, em cujo âmbito restou questionada a higidez da Lei Complementar n. 87/1997, da Lei n. 2.869/1997 e do Decreto n. 24.631/1998, todos do Estado do Rio de Janeiro, por meio dos quais se instituiu a Região Metropolitana do Rio de Janeiro e a Microrregião dos Lagos, bem com se promovia a transferência da titularidade do poder concedente para

prestação de serviços públicos de interesse metropolitano ao Estado do Rio de Janeiro.

A Corte Suprema consignou como premissa que

A Constituição Federal conferiu ênfase à autonomia municipal ao mencionar os municípios como integrantes do sistema federativo (art. 1º da CF/1988) e ao fixá-la junto com os estados e o Distrito Federal (art. 18 da CF/1988). A essência da autonomia municipal contém primordialmente (i) autoadministração, que implica capacidade decisória quanto aos interesses locais, sem delegação ou aprovação hierárquica; e (ii) autogoverno, que determina a eleição do chefe do Poder Executivo e dos representantes no Legislativo.

Nessa perspectiva é que, malgrado tenha perfilhado o entendimento de que “O interesse comum e a compulsoriedade da integração metropolitana não são incompatíveis com a autonomia municipal”, preservou a estatura constitucional do Município ao declarar a inconstitucionalidade dos normativos na parte em que promoviam a transferência da titularidade do poder concedente para o Estado do Rio de Janeiro, o que representava a submissão dos municípios à decisão da Assembleia Legislativa do Estado. Veja-se:

O parâmetro para aferição da constitucionalidade reside no respeito à divisão de responsabilidades entre municípios e estado. **É necessário evitar que o poder decisório e o poder concedente se concentrem nas mãos de um único ente para preservação do autogoverno e da autoadministração dos municípios.** Reconhecimento do poder concedente e da titularidade do serviço ao colegiado formado pelos municípios e pelo estado federado. A participação dos entes nesse colegiado não necessita de ser paritária, desde que apta a **prevenir a concentração do poder decisório no âmbito de um único ente. A participação de cada Município e do Estado deve ser estipulada em cada região metropolitana de acordo com suas particularidades, sem que se permita que um ente tenha domínio absoluto. Ação julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade da expressão “a ser submetido à Assembleia Legislativa”** constante do art. 5º, I; e do § 2º do art. 4º; do parágrafo único do art. 5º; dos incisos I, II, IV e V do art. 6º; do art. 7º; do art. 10; e do § 2º do art. 11 da Lei Complementar n. 87/1997 do Estado do Rio de Janeiro, bem como dos arts. 11 a

21 da Lei n. 2.869/1997 do Estado do Rio de Janeiro. 6. Modulação de efeitos da declaração de inconstitucionalidade. (STF, ADI 1642/RJ, DJe 16/09/2013). (Grifou-se).

São, portanto, diversas as questões que tornam complexo o estudo das competências Federação brasileira, sendo que nesta investigação se aborda apenas uma diminuta parte do problema, gerado principalmente pela ruptura com a estrutura clássica do federalismo de dois níveis, perfilhada pelo Constituinte de 1988.

## **8. NOTAS CONCLUSIVAS: A SITUAÇÃO ATUAL DO ESTADO FEDERAL BRASILEIRO**

---

O Brasil vivencia uma lenta mudança de uma forma de federalismo centralizado para um modelo cooperativo descentralizado. A passagem de um tipo de federalismo para outro implica não só na definição das formas e mecanismos da cooperação, mas também em descentralização de competências nas esferas federal, estadual e municipal.

O processo de transição para o federalismo cooperativo vem enfrentando muitos obstáculos.

O primeiro surge do choque de duas lógicas operantes nas últimas décadas: a lógica da situação de emergência econômica e a da descentralização propriamente dita. A primeira subordinava as iniciativas governamentais ao imperativo de administração da inflação e às exigências de austeridade fiscal. A consequência foi uma enorme instabilidade no valor e no fluxo de recursos efetivamente repassados para os governos subnacionais.

O segundo obstáculo à transição para o federalismo cooperativo consiste na dificuldade do próprio governo federal em definir mecanismos de cooperação que embutam incentivos eficazes à descentralização. Quando o governo central foi capaz de construir aqueles mecanismos a descentralização aprofundou-se a cooperação entre níveis de governo estadual e municipal. Onde o centro não se afigurou capaz de produzir uma política consistente, o modelo cooperativo não se desenvolveu e a redefinição efetiva de funções ficou

na dependência de iniciativas dos governos estaduais e, em certas áreas, dos governos locais.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil optou pela substituição do federalismo centralizado, legado do autoritarismo, por um modelo cooperativo e descentralizado. Essa mudança desponta como um processo gradativo e negociado, pois implica, simultaneamente, construir as formas da cooperação entre unidades políticas, transferindo atribuições e responsabilidades para os governos subnacionais, de modo a permitir a adequação dos arranjos intergovernamentais às diferenças de capacidades financeiras, administrativas e técnicas entre os entes federativos brasileiros.

A experiência brasileira realizada até agora parece indicar que o andamento dessa dupla construção de mecanismos de cooperação e de descentralização de responsabilidades depende muito das iniciativas do governo federal e de sua capacidade de conferir instrumentos fiscais, gerenciais e políticos adequados aos governos subnacionais.

Neste sentido, as singularidades desse processo não resultam de falhas do modelo de federalismo cooperativo consagrado pela Constituição de 1988, mas, isto sim, das circunstâncias econômicas e das limitações políticas que dificultaram a definição de instrumentos de cooperação e de incentivos à descentralização na Federação brasileira.

O federalismo brasileiro permanece, contudo, desequilibrado, sendo comumente marcado por uma tensa negociação entre os entes federativos, o que dificulta a divisão de responsabilidades entre as esferas de governo nacional e subnacionais, resultando na crescente concentração de poderes no âmbito do governo central.

## 9. REFERÊNCIAS

- ADVISORY COMMISSION ON INTERGOVERNMENTAL RELATIONS (ACIR). *The condition of contemporary federalism: conflicting theories and collapsing constraints*. Washington: Acir, 1981.
- ALMEIDA, Fernanda Dias Meneses de. *Competências da Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 1991.

- ARRETCHE, Marta. *Estado federativo e políticas sociais – determinantes da descentralização*. Rio de Janeiro: Revan, 2000.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- CROISAT, Maurice. *El federalismo en las democracias contemporáneas*. Barcelona: Hacer, 1995.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O Estado Federal*. São Paulo: Ática, 1986.
- D’ATENA, Antonio. *Lezioni di Diritto Costituzionale*. Torino: G. Giappichelli, 2006.
- ELAZAR, Daniel. *Exploring federalism*, Alabama. University of Alabama Press. 1987
- FERRAZ, Anna cândida da cunha. *O poder constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.
- GRODZINS, Morton. *The american federalism*. Chicago: Rand McNally & Co. 1966.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Direito Constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Federalismo assimétrico*. São Paulo: Plêiade, 1998.
- TORRES, Silvia Faber. *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- WATTS, Ronald L. *Comparing federal systems*. Montreal: McGill-Queens University Press, 1999.
- BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História constitucional do Brasil*. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.
- LEITE, Glacyra Lazzari. *A Confederação do Equador*. São Paulo: Ática, 1996.
- Hoffman, Ronald and Albert, Peter J., ed. *Diplomacy and Revolution: The Franco-American Alliance of 1778*. U. Press of Virginia, 1981. 200 pp.
- BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras – Volume II*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.
- CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Constituições Brasileiras – Volume VI*. 3. ed. Brasília: Senado Federal, 2012.
- FERREIRA, Waldemar Ferreira. *História do Constitucionalismo Brasileiro*. São Paulo: Max Limonad, 1954.

MIRKINE-GUETZEVITCH, Boris. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2. ed. Madrid: Editorial España, 1931

\_\_\_\_\_. *As Novas Tendências do Direito Constitucional*. São Paulo: Cia. Editora Nacional, São Paulo, 1933.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários à Constituição Federal de 10 de novembro de 1937*. Rio de Janeiro: Irmãos Pongetti, 1938.

# A conformação do raciocínio jurídico e o sopesamento dos princípios materializados no julgamento do Recurso Especial nº 1. 584.501 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça

*Sarah da Silva Falcão de Freitas Borja\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução; 2. Princípios e direitos básicos em face do superendividamento; 3. Princípios fundantes e a dignidade da pessoa humana; 4. A dignidade da pessoa humana no contexto brasileiro; 5. A expressividade do direito fundamental social referente ao mínimo existencial e sua aplicação aos casos de superendividamento; 6. O superendividamento: fenômeno socioeconômico que tangencia a dignidade humana dos consumidores; 7. A argumentação e a lógica jurídica no julgamento do Recurso Especial nº 1. 584.501 pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ); 8. Considerações finais; 9. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

O valor atribuído ao destinatário da norma jurídica, como fim em si mesmo, constitui o axioma ideológico sobrelevado no mundo ocidental. A ordem constitucional erigida pelo Estado Democrático de Direito é pautada em postulados cuja inferência lógica determina o respeito à dignidade da pessoa natural, como preceito sedimentado nas comunidades civilizadas. O conteúdo axiológico, dele decorrente, reforça a coibição de práticas que vilipendiem a existência ontológica do jurisdicionado no âmbito das relações de natureza

---

(\*) Mestranda em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA), sob a orientação da professora Dra. Joseane Suzart Lopes da Silva.

pública e privada, emergindo daí a imprescindibilidade quanto à adoção de medidas destinadas a preservação das condições materiais indispensáveis à subsistência do consumidor. Nesse sentido, a justaposição da teoria do superendividamento, como hipótese para o reexame dos contratos de crédito, consubstancia a eficácia horizontal do aludido princípio.

Na jurisprudência nacional, verifica-se a prolação de decisões favoráveis ao endividado. Em razão da ausência de regramento legal específico capaz de disciplinar a matéria em questão, o exegeta tem aplicado o sobredito preceito ético-moral como fundamento para conceder a limitação do valor das parcelas relativas a empréstimos, mormente os consignados, com vistas a preservar o direito do devedor ao mínimo existencial. A partir da análise do Recurso Especial nº 1. 584. 501, apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, perscrutou-se a forma com a qual foi conduzido o julgamento, bem como o raciocínio prático utilizado na ponderação das normas incidentes no processo e a argumentação enunciada através do acórdão que denegou o pedido interposto pela Instituição Financeira, ora Recorrente.

No campo dos métodos científicos tradicionais, elegeu-se na elaboração do presente artigo, tanto o método dedutivo quanto o indutivo. Já no que se refere ao método filosófico, preferiu-se o hermenêutico. Quanto ao método jurídico, em vista dos modelos teóricos existentes, optou-se pela utilização do hermenêutico e argumentativo. No que concerne aos tipos genéricos de investigação, selecionou-se o jurídico-exploratório. Em relação a vertente teórico-metodológica, escolheu-se a jurídico-sociológica. No que se refere ao tipo de pesquisa, considerando os objetivos pretendidos, optou-se pela modalidade exploratória, sendo empregado o procedimento bibliográfico.

## **2. PRINCÍPIOS E DIREITOS BÁSICOS EM FACE DO SUPERENDIVIDAMENTO**

---

Os princípios jurídicos podem ser classificados como normas diretas, dotadas de conteúdo axiológico, que prescrevem funda-

mentos para a interpretação e cominação do Direito pelo exegeta. Correspondem, outrossim, a preceitos de otimização com elevado grau de generalidade (ALEXY, 2012, p. 90), prescindindo de regramento legal que os institua ou consagre expressamente (DWORKIN, 2014, pp. 20-25), porquanto passíveis de aplicação consoante a situação fática e jurídica existente (ALEXY, 2012, p. 117). Ao examinar o sistema constitucional à época vigente, Ronald Dworkin criticou veementemente o juspositivismo de Hart (ÁVILA, 2013, p. 39), uma vez que, segundo essa corrente filosófica, a legislação constitui-se unicamente por regras de caráter impositivo e autorizante, cuja estrutura legitima o modelo aberto de argumentação (discricionariedade em sentido forte) das decisões judiciais (DWORKIN, 2002, p. 28). Entrementes, uma de suas teses consistiu na distinção entre os imperativos mandamentais e os princípios (DWORKIN, 2002, p. 39), sendo largamente empregada, *a posteriori*, pela jurisprudência e doutrina moderna (SILVA, 2014, p. 44).

O sobredito tratadista aduziu que, se a hipótese segundo a qual deve incidir a regra for completamente preenchida, o magistrado, como administrador da justiça, não poderá se eximir de aplicá-la, sendo-lhe rechaçado relegar a lei imposta em nome de sua consciência (PERELMAN, 1906, p. 643). Entretanto, se constatada a invalidade daquela, seu descarte compulsório é medida que se impõe; derivando daí a instituição do modelo de aplicação normativa *all-or-nothing*<sup>1</sup> (DWORKIN, 2002, p. 39). Em sentido diametralmente oposto, sobrelevam-se os princípios, os quais são imbuídos de fundamentos corolários a outros preceitos legais (ÁVILA, 2013, p. 40). Todavia, a utilização dessas prescrições axiológicas, pelo juiz encarregado de dizer o direito, não se dá de maneira absoluta ou incondicionada (DWORKIN, 2002, p. 53).

Ao contrário das regras, as normas-princípio são dimensionadas por seu peso (*dimension of weight*).<sup>2</sup> Assim, em caso de colisão entre diretrizes fundamentais, por não haver hierarquia entre elas,

---

1. Tudo ou nada.

2. Dimensão do peso.

prevalecerá a que for mais equânime e compatível com a demanda *sub judice* (ALEXY, 2012, p. 93), sem que isso destitua a validade do princípio jurídico não aplicado ao caso concreto, porquanto inderrogável pelo não uso (DWORKIN, 2002, p. 42). Nessa vertente, inexistente uma fórmula perfeita capaz de solucionar, de maneira razoável e justa, toda e qualquer controvérsia envolvendo direitos de quintessência, atribuindo-se ao aplicador do Direito, o encargo de avaliar e sopesar qual dos interesses colidentes deverá se sobrepor ao outro, considerando as especificidades da situação fática (DWORKIN, 2002, p. 51).

A concepção de justiça é tradicionalmente representada pela efígie da deusa *iustitia*.<sup>3</sup> Essa estátua, sobre a qual foi colocada uma venda que obscurece sua acuidade visual, simboliza os ideais de lisura e retidão refletidos pela imparcialidade (PERELMAN, 1906, p. 158). Paralelamente, a proposta de equacionar valores desiguais e contrapostos, considerando a extensão de seus efeitos no caso concreto, impõe a supremacia de um deles em detrimento do outro. Com isso, reforça-se a crença de que, os elementos de convicção judicial exigem a utilização do raciocínio prático e analítico lastrado na persecução das consequências decorrentes da (in) aplicação de um preceito. Assim, a tutela jurisdicional, tal como retratada alegoricamente, expressa a noção de igualdade indissociável da ideia formal de justiça, por considerar apenas o peso, ou ascendência, dos interesses justapostos na “balança”, dispensando, *a priori*, a investigação acurada dos atributos pessoais pertencentes aos sujeitos que integram a relação processual (PERELMAN, 1906, p. 19).

Como é cediço, o fundamento da justiça, sob uma ótica universal, corresponde à cláusula abstrata da isonomia (ALEXY, 2011, p. 281). A ideologia, segundo a qual foi projetado o cerceamento de privilégios a determinadas categorias, adveio da Revolução Francesa de 1789. No entanto, com a transposição da democracia liberal para a social, aperfeiçoou-se o paradigma de juridicidade ultrapassado, ao se introduzir a ideia de igualdade material ou real. Essa mudança

---

3. Justiça.

expressiva, no cenário social e jurídico, decorreu em função da necessidade de ser dispensada uma tutela substancial e efetiva para indivíduos em condição de vulnerabilidade (PERELMAN, 1906, p. 218). Em termos práticos, justifica-se, por exemplo, a concessão de certas prerrogativas ao consumidor, tal como a inversão do ônus da prova, considerando a debilidade técnica e/ou econômica daquele. A proposta humanista, ora introjetada ao sistema formal vigente, apenas reproduziu a máxima aristotélica<sup>4</sup>, cuja aplicabilidade é consentânea às relações jurídicas desiguais. Assim, o ideal de justiça concreta, efetivou-se a partir da reestruturação do precedente modelo isonômico-liberal essencialmente comutativo.

A aspiração quimérica do positivismo jurídico, segundo o qual o sistema normativo deve consistir num complexo de regras claras e precisas, de tal modo que incumbiria ao operador do direito tão somente aplicá-las, como um genuíno autômato, demonstra-se utópica e inatingível. Isso porque, o legislador não se revela um oráculo capaz de prever todos os deslindes da conduta humana que exigem a regulamentação do Estado (ALEXY, 2011, p. 280). A ideologia que consagrou a escola de exegese conferiu primazia à manutenção da segurança e da ordem jurídica existente, restringindo as atribuições do juiz, ao múnus de adequar a lei ao caso concreto, circunscrevendo, com isso, sua discricionariedade. Assim, mitigar-se-iam as arbitrariedades e injustiças, tendo em vista a completude de um ordenamento sublime concatenado por essa corrente jusfilosófica (PERELMAN, 1906, p. 69).

Em contrapartida, a solução atribuída aos casos nos quais se verifica a incompatibilidade entre regras, sucede a partir da declaração de invalidade de uma delas (SOARES, 2013, p. 120). As antinomias jurídicas, ao revés das contradições, não correspondem ao verdadeiro e o falso (PERELMAN, 1906, p. 644), mas pressupõem, necessariamente, a disparidade entre os textos interpretados (PERELMAN, 1906, p. 643.). Não obstante, havendo conflito entre duas ou mais leis imperativas, é possível empregar postulados, ou metanormas,

---

4. Tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais na medida de suas desigualdades.

capazes de resolver o problema antitético-jurídico inerente à situação controvertida, considerando os aspectos cronológicos, hierárquicos, ou os elementos constitutivos das normas em apreço, tais como, respectivamente: *lex posterior derogat priori* (lei posterior derroga anterior), *lex superior derogat inferiori* (lei superior derroga inferior), *lex specialis derogat generalis* (lei especial derroga geral) (SOARES, 2013, p. 122).

A estruturação da tese distintiva, que subdivide o Direito em regras e princípios, resultou de um paulatino processo de teorização construtiva (HABERMAS, 1997, p. 258). Uma das principais características do neoconstitucionalismo, como expressão do movimento pós-positivista, consiste justamente na utilização, muito amiúde, das diretrizes jurídicas como sustentáculo para processos decisórios e hermenêuticos, conciliando o ideal de justiça e segurança exigidos pelo jusnaturalismo e juspositivismo, nessa ordem (SOARES, 2013, p. 247). Os preceitos fundamentais, de origem constitucional, assumiram um papel transcendente em termos de escalonamento valorativo, não apenas para o ordenamento jurídico dos Estados de tradição anglo-saxônica, fundados no *common law*, como também para os países de origem romano-germânica (direito continental), esteados no *civil law*. De fato, as normas principiológicas possuem natureza multifuncional, dado que não se adstringem ao preenchimento das lacunas existentes na legislação pátria (caráter supletivo), tal como prevê o art. 4º da Lei de Introdução as Normas do Direito Brasileiro (LINDB), destinando-se, outrossim, ao cumprimento das funções fundamentadora e hermenêutica (DINIZ, 2014, p. 474).

A primeira competência, a qual se reporta a doutrina, concerne à possibilidade da autoridade legítima, a quem se atribui o encargo de julgar, valer-se dos princípios para motivar suas decisões e lastrear seus argumentos. No que tange a segunda função retromencionada, refere-se aos parâmetros estabelecidos não apenas para a adequação, mas também interpretação do sistema jurídico como um todo uniforme e correspondente. Com efeito, resta-se evidenciada a superação do modelo substantivo, relegado pelos jurisconsultos, em razão da fraqueza de sua justificação e restrita aplicabilidade prática (SOARES, 2013, p. 300).

Os princípios gerais do ordenamento positivado, “em vez de afirmarem o que é, determinam o que vale: estabelecem um valor, o valor mais geral, do qual se deduzem as normas, os imperativos, as ordens” (PERELMAN, 1906, p. 58). Segundo Ronald Dworkin, os preceitos de otimização prescindem de regramento legal que os institua manifestamente. Assim, para alcançar o ideal de justiça, finalidade maior do Estado (COMPARATO, 2006, pp. 105-106), é possível a aplicação de certas normas, mesmo inexistindo previsão constitucional que as consagre expressamente (princípios implícitos). À guisa de exemplo, é possível destacar o axioma jurídico “*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*” (ninguém pode se beneficiar da própria torpeza), da qual se utilizam os magistrados para fundamentar suas decisões (DWORKIN, 2014, pp. 20-25). Essa prescrição inteligível impõe-se conforme a situação fática se apresenta e a exige. Apesar de não integrar o complexo normativo de maneira explícita, sua aplicação decorre da racionalidade que germina o senso de justiça, corolário a própria essência da personalidade humana, assim entendida desde a antiguidade (COMPARATO, 2006, pp. 35-37).

### **3. PRINCÍPIOS FUNDANTES E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**

---

O ordenamento jurídico brasileiro consagra diversos princípios cuja observância é obrigatória, porquanto positivados (SILVA, 2014, p. 45). Todavia, apesar de inexistir gradação entre os preceitos de origem constitucional, a dignidade da pessoa humana representa, indubitavelmente, o mais fulgurante e sobressalente, considerando sua abrangência e magnitude. Essa cláusula principiológica, aplica-se não somente aos vínculos jurídicos de caráter público, como também privado, tendo em vista que nela se materializam diretrizes axiológicas e teleológicas, destinando-se, precipuamente, a balizar os direitos subjetivos contrapostos, a partir da aplicação da razoabilidade no âmbito das relações jurídicas de natureza processual (SOARES, 2013, p. 301).

O fundamento ético-normativo referenciado consubstancia a máxima Kantiana segundo a qual o ser humano constitui um fim

em si mesmo (GIANCOLI, 2008, p. 103). Em razão de seu dinamismo e da capacidade que possui de atuar como protagonista de sua própria história, o sujeito social não pode transformar-se em objeto destinado a satisfação dos interesses de seus semelhantes (ARENDDT, 2007, p.108), tal como os bens corpóreos (a *res* romano-germânica). A condição humana assegura, por si só, o exercício da autonomia volitiva como atributo personalíssimo intangível (ARENDDT, 2007, p. 105), não obstante o reconhecimento do direito à liberdade previsto pelo art. 5º da Constituição vigente. Ademais, o ordenamento pátrio confere a toda pessoa natural a garantia da dignidade intrínseca a essência do ser em si (SOARES, 2013, p. 248).

Esse preceito, excelso e abstrato, torna possível a tutela da integridade física e moral dos destinatários da norma, a partir da qual se deduz a coibição de atos ou práticas que vilipendiem a existência ontológica do jurisdicionado. Nesse sentido, o estatuto jurídico aludido se estende a preservação dos recursos materiais mínimos indispensáveis à manutenção da subsistência dos seres sencientes (SOARES, 2013, p. 248). Apesar das variações supranacionais que conduzem a múltipla adequação desse princípio atemporal, sua transcendência é formalmente reconhecida como *conditio sine qua non* para concretização da justiça substancial (PERELMAN, 1906, p. 402).

No pós-positivismo, essa cláusula axiológica pode ser invocada por qualquer das partes interessadas, competindo ao juiz aplicá-la. Ressalte-se, contudo, que seu fundamento não deve ser conclamado amiúde, pelos sujeitos que integram a lide, como panaceia destinada a garantir o perene triunfo processual, mormente se considerada a inexistência de princípios absolutos. A dignidade da pessoa humana não resulta, portanto, de inferências lógico-dedutivas meramente procedimentais, mas constitui um produto cultural-evolutivo (SOARES, 2013, p. 249) que condensa os padrões tradicionalmente instituídos a partir da atribuição de valores a estes (BAUMAN, 2012, p. 86).

O respeito à inteireza físico-psíquica dos indivíduos que integram as comunidades civilizadas, emergiu de matrizes longínquas na Antiguidade. O momento histórico no qual se sedimentaram as raízes desse preceito fundamental é resultado da propagação do cristianismo (SARLET, 2015, p. 38). As mensagens professadas por

Jesus Cristo enunciavam a grandeza da caridade, benevolência, fraternidade, mas principalmente, da igualdade (COMPARATO, 2006, pp. 75-76). Esse ser humano inigualável, em cujo corpo habita toda plenitude da divindade, tal como descreve São Paulo na missiva aos Colossenses (PFEIFFLEX; VOS; REA, 2017, p. 431), não fazia acepção de pessoas em seus discursos, tendo dedicado sua existência terrena para propalar o evangelho da paz e da salvação a todos, indistintamente. Um dos mandamentos decorrentes da aliança do Sinai consistia no amor incondicional que recomendava a seus apóstolos e discípulos cultivarem para com seus semelhantes (COMPARATO, 2006, pp. 70-71). Com isso, o autor da fé cristã revolucionou a história, ao demonstrar o valor que cada um conserva em si mesmo, independentemente do estamento social ao qual pertence, de suas posses, dotes ou dons (GIANCOLI, 2008, p. 104).

O plano de fundo sócio-político que demarcou o reconhecimento da dignidade humana no mundo ocidental, erigiu-se após o término da segunda grande guerra, na década de 1940. O estado de horror instalado, e as atrocidades impingidas durante aquela batalha armada, suscitou um amplo debate acerca das incoerentes abstrações jusnaturalistas e do alheamento ético da doutrina juspositivista (SOARES, 2013, p. 252). Foi a partir da funesta experiência de opróbrio e sofrimento vivenciada no antigo regime totalitário, que se intensificaram os movimentos em favor dos direitos supranacionais de quintessência. Por conseguinte, os sistemas normativos dos Estados democráticos reavivaram os ideais de liberdade, igualdade e justiça, admitindo a validade daquele princípio norteador, tanto no âmbito das relações internacionais, quanto em sua própria circunscrição (SOARES, 2013, p. 252).

O processo cosmopolita, que culminou na positivação dos direitos humanos pela sociedade global, sucedeu através da aprovação da Declaração Universal dos Direitos do Homem (DUDH) pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas no ano de 1948. O art. 1º do referido documento proclama que todos nascem livres e iguais em dignidade e direitos (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 267). A admissão inequívoca de tal fundamento impulsionou a constitucionalização de certas prerrogativas personalíssimas que passaram a

integrar, desde então, o rol dos direitos fundamentais (SARLET, 2015, p. 32). Com isso, estendeu-se a aplicação dos preceitos ali insculpidos para as relações jurídicas internas de diversos países (SOARES, 2013, p. 253), cuja legislação arregimentou os valores outrora consolidados. O conteúdo moral desse princípio magno consubstancia os estatutos axiológicos prescritos. Destarte, o respeito à dignidade é materializado na medida em que os princípios constitucionais se efetivam, não exaurindo, porém, todo seu conteúdo (GIANCOLI, 2008, p. 106).

De igual modo, o ordenamento jurídico brasileiro incorporou em seu texto o axioma do mundo ocidental, inspirando-se nas utopias e ideologias do novo milênio. Tal como o desfecho da segunda guerra mundial promoveu a comutação paradigmática no plano social, reavivando os ideais de solidariedade e complacência relegados ao passado; o povo brasileiro, após suportar um período excruciante e reacionário durante ditadura militar de 1964, testemunhou a tão esperada redemocratização do país, na qual se resgatou a alteridade e outros valores dissipados pela sombra da tirania que eclipsou o cenário político da época. Entrementes, com a promulgação da Constituição Federal de 1988, gestada a partir desse novo contexto, a dignidade da pessoa humana adquiriu o status de diretriz otimizadora das demais normas jurídicas, lastrando todo o sistema constitucional e favorecendo a compreensão do complexo de direitos inalienáveis previstos pela Carta Maior. Seu fundamento representa, no atual estágio da pós-modernidade, a matriz antropológica que estrutura, integralmente, o Estado Democrático de Direito (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 268).

#### **4. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO CONTEXTO BRASILEIRO**

---

A Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), vigente até o momento, preconiza um conjunto de normas sobre as quais repousam diferentes valores, igualmente relevantes (SARLET, 2015, p. 45). O agrupamento de princípios, nela previstos, pode ser aplicado a cada caso concreto conforme o intérprete do Direito verifique sua adequação (ÁVILA, 2013, p. 41). Em nível de escalonamento, considerando o modelo de fundamentação/derivação existente, a Lei Maior se

apresenta no ápice da pirâmide normativa, dela decorrendo as demais prescrições emanadas pelo poder legiferante (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 101). A estruturação das leis sob um sistema hierarquizado, tal como é concebida, confere segurança jurídica, em termos materiais e processuais, na medida em que permite a realização da justiça sob a ótica abstrata, considerando o critério de validade formal ao qual se submetem os preceitos mandamentais (ÁVILA, 2013, p. 39).

Na era pós-moderna, o respeito à dignidade humana é reputado como um princípio geral do direito consagrado, universalmente, pelos povos civilizados (PERELMAN, 1906, p. 402). No Brasil, o Diploma Magnó elenca, em seu bojo, um conjunto de cláusulas explícitas, dentre as quais a preservação da integridade moral, física e psíquica da pessoa natural, consoante prevê o art. 1º, inciso III, da CRFB. Esse estatuto axiológico é sobrelevado pela ordem constitucional, servindo de fundamento para todo o sistema formal, inclusive a própria Constituição da República, porquanto reúne a totalidade dos valores de quintessência sem os quais seria impossível equacionar os interesses de dada relação jurídica (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2019, p. 269).

A sobreposição da referida diretriz primária não se adstringe a um único ramo do Direito, estendendo-se, outrossim, a todas as searas, inclusive a consumerista, em razão de sua expressividade e relevo. O emprego dessa norma às relações de consumo dá-se não apenas para viabilizar a correta exegese das regras que as disciplinam, como também promover a utilização adequada de outros princípios delas decorrentes. Nessa senda, o Direito do Consumidor dispõe de tal instrumento para a interpretação e aplicação consentânea das normas ali insculpidas, consoante o suporte teleológico desse microssistema (MIRAGEM, 2014, p. 121).

## **5. A EXPRESSIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL REFERENTE AO MÍNIMO EXISTENCIAL E SUA APLICAÇÃO AOS CASOS DE SUPERENDIVIDAMENTO**

Com promulgação da Constituição Federal de 1988, infundiu-se o Estado do bem estar social, a partir do qual foi promovida a valorização da igualdade material ou concreta (SARLET, 2015, pp. 83-84).

Nesse contexto, o reconhecimento da interação existente entre as esferas pública e privada resultou da reafirmação dos atributos da supremacia e equivalência, típicas da Lei Maior, e do conjunto de preceitos que a integram, alargando, com isso, a percepção relativa à constitucionalização do Direito, expressa em duas modalidades distintas. A primeira refere-se ao vínculo formal estabelecido entre a Carta Política e o complexo normativo que rege interesses substancialmente particulares, tendo em vista a incidência das regras e princípios, que a fundamentam, nas relações jurídicas de natureza privada, a ela correlatas. No que tange à segunda espécie, diz respeito à presença do conteúdo ético-moral que regula os liames essencialmente privados, na Constituição da República, a qual disciplina os institutos oriundos daquele ramo, que, reciprocamente, a inspira. Noutros termos, trata-se do direito constitucional em si e não, pura e simplesmente, do direito civil-constitucional (BERTONCELLO, 2015, p. 65).

Paralelamente, o mínimo existencial pode ser classificado como um direito de segunda dimensão correspondente (SARLET, 2015, pp. 47-48), cuja aplicação nas relações de consumo firmadas entre dois ou mais sujeitos, conduz, em última instância, a apreciação da própria Carta Magna, porquanto dela decorre o aludido subprincípio que materializa sua unicidade substantiva. Destarte, o respeito à dignidade humana reverbera, outrossim, no âmbito da proteção do consumidor endividado, por corresponder ao fundamento que respalda a preservação de condições favoráveis para assegurar uma vida condigna a toda pessoa natural (GIANCOLI, 2008, p. 109). Todavia, frise-se que sua incidência permanece circunscrita a obtemperança de outros preceitos igualmente aplicáveis aos vínculos jurídicos instituídos processualmente.

Assim, consoante a definição dinâmico-progressista consagrada, a referida diretriz assecuratória encontra arrimo no princípio da vedação ao retrocesso (SARLET, 2015, p. 402), tendo seu alcance aquilatado consoante o desenvolvimento, vertiginoso ou tardio, do sistema socioeconômico nacional. Ressalte-se, ainda, que sua justaposição à realidade objetiva, traduz a própria concretização do Estado Democrático de Direito, cujo alicerce é pautado na preservação da

cláusula axiológica insculpida pelo art. 1º, inciso III, da CRFB, como o núcleo elementar dos direitos de segunda geração consagrados pela ordem jurídica (BERTONCELLO, 2015, p. 65). Destarte, tendo em vista que as garantias sociais, não obstante positivadas, prescindem de previsão legal patente, é forçoso convir a desnecessidade de coadunação manifesta quanto ao amparo do mínimo existencial, pelo legislador constituinte, como forma de autorizar o reconhecimento de sua incidência no plano fático.

Isso porque, consoante o modelo proposto por Robert Alexy, os preceitos fundamentais de ordem social não integram um rol taxativo. Ao revés, por pertencerem ao catálogo exemplificativo do qual fazem parte os direitos à moradia, educação, assistência médica, e outros, resta assegurada sua prestação a partir do sopesamento (ALEXY, 2012, p.512). Nesse constructo doutrinário recente, o vocábulo “mínimo” não se resume ao que é menor ou ínfimo, mas expressa, em sua essência, o justo e o razoável, em termos materiais. A semiótica textual determina a atualização das potencialidades não ostensivas dessa prescrição normativa, conduzindo a interpretação que desvela seu sentido secundário, indireto e não literal consoante a realidade na qual se encontram seus destinatários (RICOEUR, 2002, p. 190). Em outras palavras, não corresponde apenas aos recursos destinados à subsistência, como também as condições básicas sem as quais seria impossível a manutenção de uma vida plena e auspiciosa. Essa definição que traduz o indispensável, útil e vital ao consumidor, encontra-se visceralmente arraigada ao preceito contido no art. 1º, inciso III da CRFB e a outros direitos sociais consagrados por esse macrossistema.

Nessa vertente, justifica-se, pois, a distinção terminológica entre texto constitucional, em sua conotação semântica, e norma jurídica, a qual decorre da hermenêutica de proposições que reproduzem um conjunto de valores ético-jurídicos previstos pelo mesmo dispositivo legal. Destarte, a positivação dos princípios não constitui uma condição peremptória para seu reconhecimento ou mesmo aplicação, dispensando-se, portanto, a correspondência grafada de seu inteiro teor na Lei Maior. Daí resulta a ampliação da competência judicial no que concerne ao ajustamento e individualização da incidência

do mínimo existencial, haja vista a necessidade de sua adequação as peculiaridades de cada caso concreto (BERTONCELLO, 2015, p. 69). Ressalte-se ainda que, por se tratar de um direito de quintessência, seu enquadramento deve ser implementado de maneira imediata, nos termos do art. 5º, § 1º da CRFB (SARLET, 2015, p. 269), garantindo-se, com isso, a eficácia horizontal que permite a transposição de conteúdos típicos da esfera pública para as relações de natureza privada. Ademais, a Constituição vigente consagra diversos direitos negativos (de caráter defensivo) (SARLET, 2015, pp. 163-164). No entanto, apesar da ausência de previsão expressa na Carta Magna, o reconhecimento do aludido princípio de vertente social é corolário ao preceito insculpido no art. 1º, inciso III da CRFB. A necessidade de proteção do consumidor vulnerável como consectário legal, em face do Estado e demais setores da sociedade, transpõe esse direito fundamental de defesa para os casos nos quais se verifique a ocorrência do superendividamento (BERTONCELLO, 2015, pp. 70-71).

## **6. O SUPERENDIVIDAMENTO: FENÔMENO SOCIOECONÔMICO QUE TANGENCIA A DIGNIDADE HUMANA DOS CONSUMIDORES**

---

A superabundância dos débitos contraídos pelos cidadãos brasileiros tem se expandido em larga escala. Contiguamente, em razão das repercussões avassaladoras decorrentes do crescimento substancial de dívidas, multiplicam-se, na mesma proporção, os debates acerca da tutela jurídica dispensada àqueles que se encontram superendividados. Nesse sentido, os tratadistas pátrios, defensores do princípio da dignidade humana, apresentam diferentes propostas para a prevenção e tratamento desse fenômeno que, invariavelmente, conduz a exclusão social dos consumidores que integram o cadastro de inadimplência (LIMA, 2014, p. 11). Por conseguinte, tendo em vista a restrição do seu direito de crédito, o devedor tende a comprometer os recursos destinados a manutenção de sua subsistência, para adquirir outros produtos comercializados, onerando ainda mais suas despesas (OLIVEIRA, 2017, p. 43).

O superendividamento representa a incapacidade manifesta do consumidor, de boa-fé, adimplir obrigações de natureza pecuniária,

vencidas e vincendas (excetuando-se, desse montante, débitos fiscais e alimentícios), em tempo razoável (NABUT, 2013, pp. 203-204). A terminologia concebida pela doutrina, e seu respectivo conceito, distingue-se da expressão “falência”. Enquanto o primeiro vocábulo refere-se ao estado de insolvência do consumidor, o segundo traduz a situação financeira deficitária de determinada sociedade empresária, cujo declínio acarreta a insolvabilidade dos débitos contraídos para o desenvolvimento da atividade econômica produtiva e de seu objeto social (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 21).

Da análise conceitual formulada, é possível elencar um conjunto de requisitos indispensáveis para a tipificação do fenômeno acima descrito, considerando os elementos que o compõem, dentre os quais, a presença de no mínimo dois sujeitos (credor e devedor) e uma prestação de caráter monetário. No que tange à característica subjetiva daquele a quem se atribui a obrigação de pagar quantia certa, exige-se o enquadramento na definição de consumidor insculpida pelo art. 2º do CDC, excetuando-se, axiomáticamente, as pessoas jurídicas (leia-se sociedades), uma vez que se sujeitam ao regime falimentar, nos termos da Lei nº 11.101/2005. Ressalte-se, do mesmo modo, a possibilidade de uma instituição financeira figurar no polo passivo do vínculo jurídico, conforme dispõe o art. 3º, § 2º da norma supra e a súmula 297 do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Finalmente, quanto ao objeto convencionado através do liame obrigacional, limita-se, necessariamente, a prestação pecuniária, afastando-se, por conseguinte, os atos negociais cujo dever formal impõe o adimplemento *in natura* (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010, pp. 22-23).

A boa-fé objetiva representa não apenas um dos estatutos principiológicos extensivo aos casos de superendividamento, como também um requisito de conduta, exigido ao consumidor, para aplicação do instituto ora referido. O numeroso acúmulo creditício, por seu turno, não desvirtua a presunção *iuris tantum* dessa cláusula geral, porquanto a condição para incidência de tal fenômeno consiste justamente na magnitude dos débitos contraídos por uma das partes (GIANCOLI, 2008, p. 103). Ademais, o aludido princípio deve ser apreciado tanto no âmbito das relações de natureza processual,

quanto em situações precedentes a estas. Nesse caso, é recomendável que se realize uma digressão para circunstâncias pregressas, a fim de investigar a origem do fato descrito, tendo em vista que os consumidores se apresentam como vítimas do sistema capitalista que os aprisiona em um perene ciclo de dívidas (GIANCOLI, 2008, pp. 102-103).

Um dos motivos pelos quais esse cataclismo se expandiu em largas proporções sucedeu em razão da premência de acréscimo aos valores destinados a satisfação das necessidades elementares dos assalariados, uma vez que a ineficiência do Poder Público em oferecer, de maneira adequada, serviços essenciais à população, conduziu seus destinatários a contrair empréstimos vultosos para suprir as carências relegadas pelo Estado. Em casos como esse, a utilização do crédito pessoal se tornou um dos recursos mais utilizados pelos brasileiros para remediar tal deficiência (LOPES, 1996, p. 06). Assim, torna-se incongruente sustentar a tese segundo a qual os dissabores dessa vicissitude são experimentados apenas por sujeitos perdulários e negligentes, porquanto alcança, de igual modo, àqueles que se empenham em adimplir consentaneamente suas obrigações, mas se veem impossibilitados de fazê-lo diante das circunstâncias financeiras desfavoráveis que enfrentam.

A sobredita intercorrência socioeconômica, ainda ausente de regulamentação específica, tem vitimado cada vez mais consumidores. Não obstante, em razão da inexistência de normas que tutelem o direito daqueles que vivenciam as penúrias de tal infortúnio, decorre, inevitavelmente, o alargamento da discricionariedade judicial (em sentido fraco). Dessa forma, tendo em vista a proibição do *non liquet*, e, considerando o fundamento do princípio da ubiquidade ou universalidade da jurisdição, previsto pelo art. 5º, inciso XXXV da CRFB, o exegeta da lei não pode se eximir de apreciar o caso concreto, alegando a ausência de regras que disciplinem a matéria. Com efeito, poderá, o magistrado, utilizar outros instrumentos a fim de promover a justa e adequada solução para o conflito. Portanto, “o juiz é que deve resolver, deve decidir, deve dizer todas as vezes, apesar da obscuridade, das lacunas, da insuficiência da lei, se a pretensão é ou não é conforme ao direito” (PERELMAN, 1906, pp. 120-121).

Decerto, poderá a autoridade judicial recorrer a princípios que assegurem a preservação dos interesses de jurisdicionados que se encontrem sobre-endividados, com vistas a preservar a dignidade que se lhes atribui o ordenamento jurídico em vigor. Isso porque, os consumidores, submersos num infindável montante de dívidas, são privados das condições mínimas necessárias para suprir suas necessidades básicas, tais como alimentação, vestuário e transporte (MARQUES; LIMA; BERTONCELLO, 2010, p. 17). É com esteio nesse pilar normativo que o juiz, ao analisar os fatos e sopesar os valores relativos à controvérsia, poderá decidir favoravelmente ao devedor, especialmente em situações nas quais as instituições financeiras aprisionam seus estipêndios sob o pretexto de saudar os débitos por ele contraídos através de empréstimos, mormente os consignados. Em casos como esse, não é apenas recomendável, como também imperioso, que o agente judicante aplique o princípio magno estatuído pelo art. 1º, inciso III da CRFB, garantindo, ao inadimplente, a reserva de um valor mínimo para a manutenção de sua subsistência e de sua família, direito já reconhecido pela legislação de outros Estados estrangeiros, tal como a Bélgica (BERTONCELLO, 2015, p. 53).

## **7. A ARGUMENTAÇÃO E A LÓGICA JURÍDICA NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1. 584.501 PELA TERCEIRA TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ)**

A terceira turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) negou, por unanimidade, provimento ao Recurso Especial nº 1. 584.501, em face do qual a Instituição Financeira pleiteou a reapreciação da decisão que restringiu os descontos por ela efetuados.<sup>5</sup> O objeto da controvérsia envolvia um empréstimo consignado de R\$ 122.209,21, a ser quitado mediante a dedução de 72 parcelas mensais no valor de R\$ 1.697,35. O negócio jurídico bancário culminou no aprisionamento quase integral dos vencimentos percebidos, pela Recorrida, para o adimplemento das prestações relativas ao montante auferido

---

5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>

a título de mútuo. O STJ reconheceu a possibilidade da Recorrente realizar a retenção dos estipêndios da devedora, desde que limitada ao percentual de 30% de sua renda líquida.

A sentença revalidada através do acórdão de apelação reduziu o abatimento ao percentual retromencionado, após a subtração dos valores reservados ao pagamento do imposto de renda e previdência social. Em sede recursal, a Reclamante reivindicou o restabelecimento dos descontos tal como pactuado ou, subsidiariamente, no limite de 50% da remuneração bruta da contratante. O ministro relator Paulo de Tarso Sanseverino negou provimento ao recurso, aduzindo que o acolhimento da pretensão violaria o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que, o desconto realizado em conta corrente, demonstrava-se excessivamente oneroso para a devedora. Com isso, relativizou-se a incidência do *pactu sunt servanda* decorrente da relação contratual, ao ser reconhecida a existência de risco para subsistência da consumidora e de sua família.

No conflito de interesses retrotranscrito, a Corte admitiu a ocorrência do superendividamento, suscitando o art. 54-E, § 1º, I, II, III do Projeto de Lei nº 283/2012 (PL nº3.515/2015 em trâmite no Congresso Nacional) que prevê medidas judiciais destinadas a garantir o mínimo existencial ao endividado (LIMA, 2014, p. 13). Todavia, uma vez pendente de aprovação, decidiu-se recorrer à jurisprudência, como fonte formal mediata, para assegurar a aplicação do Direito de maneira satisfatória e suprir a lacuna presente no ordenamento jurídico pátrio. Considerando os precedentes sedimentados pelos tribunais, admitiu-se o entendimento segundo o qual o poder judiciário deve exercer um controle vigoroso no tocante as avenças relativas a mútuo financeiro, a fim de coibir os abusos dele decorrentes, especialmente nos casos de empréstimo consignado. Significa dizer que a autonomia privada, alçada a categoria de princípio, não figura, como tal, um preceito absoluto, subsumindo-se aos termos do art. 421 do Código Civil, com vistas a preservar a boa-fé objetiva e a função social do contrato. Nesse mesmo julgado, houve a ponderação do estatuto normativo que prevê a proteção ao salário, nos moldes dos arts. 1º, III e 7º, X, da CRFB, aplicando-se, outrossim, o enunciado

149, III, da jornada de direito civil, que recomenda, preferencialmente, a revisão do negócio jurídico em detrimento de sua anulação.

Da análise dos fundamentos acolhidos pelo ministro relator para respaldar o acórdão proferido, verifica-se que o subsídio da argumentação, por meio da qual foi negado provimento ao recurso interposto, consistiu na adequação dos princípios consolidados pela ordem jurídica, bem como a partir da utilização de certos padrões mínimos conducentes a assertiva decisão enunciada. Do mesmo modo, observa-se que a discricionariedade atinente à deliberação judicial, revelou-se mais incisiva no processo em comento. Isso porque, ao reconhecer que se tratava de uma hipótese de superendividamento, constatou-se, de plano, a ausência de regulamentação específica pertinente ao fato *sub judice*.

Em todo caso, inadmitir-se-ia a escusa de apreciação da demanda pela mera omissão legislativa quanto à intercorrência suscitada, mormente se considerado o quanto disposto pelo art. 4º da LINDIB (vedação ao *non liquet*) e a previsão contida no art. 5º, inciso XXXV da CRFB. Nesses termos, é imperioso o exame dos conflitos de interesses qualificados por pretensão resistida, mesmo nos casos de incompletude ou obscuridade da lei, tendo em vista a compilação de outras fontes do Direito, tais como a doutrina e jurisprudência, capazes de suplementar os hiatos normativos e auxiliar o julgador na missão de dirimir situações controvertidas (DINIZ, 2014, p. 474).

O juízo de conveniência, acrescido pela exiguidade regulatória apta a disciplinar o fenômeno supracitado, não se expressa de maneira irrestrita, impondo-se ao magistrado a utilização dos postulados concernentes à proporcionalidade, razoabilidade e, ainda, equidade, a fim de assegurar o adequado desempenho da atividade jurisdicional que o Ente Público se lhe atribui. Aqui reside a crítica de Ronald Dworkin ao positivismo de Hart, uma vez que a inexistência de regras aplicáveis ao caso concreto não conduz a ampliação da competência outorgada ao administrador da justiça (discricionariedade em sentido forte), considerando a existência de preceitos dedutíveis do próprio ordenamento jurídico, e inclusive fora dele, que podem orientar o intérprete no desvelamento da solução mais adequada a insurgência (DWORKIN, 2002, p. 28).

As lacunas, por sua vez, podem ser classificadas em três categorias distintas, quais sejam: as normativas, ontológicas e axiológicas (DINIZ, 2014, p. 471). Na lide em apreço, constatada a ausência de tutela infraconstitucional dispensada aos consumidores endividados, verifica-se que a incompletude na legislação se enquadra, precisamente, na primeira modalidade elencada. Ademais, não somente as omissões, como também as antinomias, evidenciam irregularidades associadas ao próprio sistema legal. O jurista Hans Kelsen e alguns dos seus reacionários discípulos sustentavam a tese segundo a qual o complexo jurídico-prescritivo que limita e confere prerrogativas a seus destinatários, apresenta-se de maneira ordenada e oclusa.

Entretanto, com o decurso do tempo, o postulado da completude hermética do Direito demonstrou-se ultrapassado, porquanto inapto a conferir respostas satisfatórias aos impasses que se despontavam vertiginosamente, razão pela qual a teoria Luhmanniana foi angariando cada vez mais espaço. Essa arrojada proposta emergente sugestionou que o conjunto de valores, regras e preceitos correspondentes integram um sistema operativamente fechado, mas cognitivamente aberto (TEUBNER, 1989, p. 179). Sem embargo, o reconhecimento da abertura sistêmica pela doutrina moderna não compromete a autonomia do Direito, mas permite a admissão de sua incompletude, uma vez que, não raras vezes, o juiz é compelido a buscar em outras fontes a solução para a demanda por ela apreciada.

No julgamento do litígio acima assinalado, o ministro do STJ adotou como parâmetro de cotejo os precedentes firmados pela Terceira e Quarta Turma do mesmo Tribunal, valendo-se da equidade para denegar o pedido interposto e fundamentar o acórdão por ele prolatado. Esse instrumento utilizado para promover a adequação dos mandamentos legais e estatutos axiológicos, a situações fáticas, é definido por Maria Helena Diniz, como “a válvula de segurança que possibilita aliviar a tensão e antinomia entre a norma e a realidade” (DINIZ, 2014, p. 501) Sua finalidade última, consiste na colmatação da lei, em casos de lacunas existentes, intervindo como um genuíno subsídio de integração, empregado sempre que esgotados os demais recursos suplementares previstos pelo art. 4º da LINDB. Com isso, restituem-se, ao texto legal, os elementos de que não dispõe, seja por

imprevisão, ou pela singularidade da controvérsia suscitada, atuando, outrossim, como uma ferramenta flexibilizadora capaz de afastar a incidência de prescrições que conduziriam a resultados iníquos, se aplicadas (DINIZ, 2014, p. 501).

Em sentido lato, o mecanismo concatenador aludido constitui um princípio geral da razão prática e da ordem constitucional, entendendo-se a qualquer conduta, individual ou coletiva, por corresponder a uma regra superior de justiça, cuja observância é recomendável, ou mesmo imperiosa, em situações diversas (DINIZ, 2014, p. 498). Ademais, a equidade representa uma autorização que permite ao magistrado estimar e escolher, dentre as múltiplas soluções possíveis, a que melhor se adequa ao litígio, tendo em vista os padrões humanitários convencionados socialmente e referendados pelo ordenamento positivo. Por outorgar o exercício da discricionariedade, e não da arbitrariedade, impõe-se ao julgador apreciar, segundo a lógica do razoável, os interesses não contemplados, *a priori*, pela legislação vigorante, pautando seu julgamento em cláusulas axiológicas dedutíveis do próprio sistema jurídico, o qual se relaciona, indissociavelmente, as subespécies normativa, valorativa e fática que o compõem (DINIZ, 2014, p. 502).

Esse instrumento suplementar exsurge como um método histórico-evolutivo forjado para adaptar a lei a novas realidades emergentes. Tal ferramenta, indispensável ao administrador da justiça, possibilita a ponderação dos resultados decorrentes da aplicação de um preceito ao caso concreto, seguido da análise de seus fundamentos. Por conseguinte, impõe-se a apropriação judicial das disposições regulamentares, se constatada a compatibilidade dos efeitos produzidos pela norma aos valores que inspiram o sistema formal. Todavia, caso o mandamento legal, no plano da eficácia concreta, esteja em desacordo com os padrões axiológicos positivados, não deverá ser validado através de decisão (DINIZ, 2014, p. 501).

A orientação acima mencionada estende-se, de igual modo, aos casos nos quais se verifique o conflito entre princípios, tendo em vista a subsunção de seu conteúdo ao conceito de norma jurídica teorizado pela doutrina. Nesse sentido, a técnica de sopesamento

possibilita, ao aplicador do Direito, avaliar qual dos preceitos antitéticos demonstra-se mais adequado ao caso *sub judice*, considerando o produto deles decorrentes (NEVES, 2013, p. 141). Assim, a solução reputada mais razoável e equânime, constitui o corolário da apreciação das consequências, em termos de justiça ou interesse comum, consoante o raciocínio prático utilizado na condução do julgamento (PERELMAN, 1906, p. 503). A lógica jurídica determina, portanto, a sobreposição de um princípio sobre o outro, a partir da ponderação dos valores relativos às pretensões contrapostas, bem como de seus resultados (ÁVILA, 2013, p. 41).

No processo esquadrihado, as normas colidentes indicadas condisseram à dignidade da pessoa humana e a autonomia privada, cujos axiomas equivalem, respectivamente, a garantia do mínimo existencial e a satisfação individual do crédito da Instituição Financeira consecutário ao direito de propriedade titularizado. Ao analisar o caso e ponderar os fundamentos ali aduzidos, verificou-se que, a preservação da segunda cláusula axiológica elencada acarretaria em prejuízo irreversível a consumidora, uma vez que o aprisionamento quase integral dos estipêndios, por ela percebidos, colocaria em risco não apenas a manutenção de sua subsistência, como também de sua família.

Por outro lado, o inadimplemento da obrigação na forma pactuada produziria um dano patrimonial de proporção irrisória ao banco mutuário; tampouco obstaculizaria o desenvolvimento da atividade econômica de maneira regular, uma vez que, no acórdão prolatado, não houve a remissão da devedora quanto ao cumprimento de seu encargo, mas tão somente a revisão da importância convencionada e do correspondente desconto das parcelas em conta corrente. Nessa senda, atesta-se a colmatação da justiça distributiva, tendo em vista a atribuição do montante que competia a Suplicada, nesse caso, o valor do empréstimo, limitado ao percentual de 30% dos vencimentos líquidos da contratante, a ser recebido mediante a dedução das prestações mensais. Com isso, a assertiva decisão enunciada assegurou a preservação do mínimo existencial a Recorrida, a partir da aplicação dos postulados da proporcionalidade e razoabilidade, os quais

balizaram o julgamento, conduzindo a solução mais adequada para a controvérsia.

Ressalte-se, contudo, que a análise consequencial dos efeitos produzidos pelas normas apreciadas circunscreveu-se a oclusão sistêmica operacional do ordenamento instituído, consoante a tese preconizada por Niklas Luhmann (TEUBNER, 1989, p. 01). Isso porque, não competia ao magistrado realizar sucessivas digressões para aferir os resultados de sua deliberação no tocante a outros sistemas, nesse caso, o econômico. Destarte, a investigação das consequências decorrentes da aplicação ou não de um dos preceitos supramencionados, limitou-se ao plano fático, uma vez que o Direito constitui uma ciência autônoma, cuja singularidade o distancia dos demais campos que integram o meio envolvente.

A aplicação do sopesamento para os casos nos quais se verifica a colisão entre preceitos de origem constitucional é, *tout court*, medida que se impõe (ALEXY, 2012, p. 117). Todavia, a imprescindibilidade da sobredita técnica não é capaz, por si só, de ampliar, indefinidamente, a competência daquele a quem se atribui o múnus de equacionar fundamentos controvertidos. Em outras palavras, o exercício da discricionariedade não faculta ao magistrado a condução do julgamento mediante suas convicções pessoais. O jurisconsulto Ronald Dworkin reforça a existência de apenas uma decisão correta para cada conflito de interesses *sub judice* (HABERMAS, 1997, p. 252), porquanto a otimização, nesse contexto, corresponde ao desvelamento da alternativa mais equânime para a situação fático-jurídica apresentada (NEVES, 2013, p. 141). Por conseguinte, a ponderação das pretensões, tuteladas pela legislação vigente, pode ser descrita como um método através do qual é possível atribuir valores a elementos convergentes entre si.

A conformação analítica, excogitada sem qualquer critério de natureza material destinado a orientar o magistrado na resolução do litígio, revela-se improfícua para o Direito como subespécie das ciências sociais aplicadas. Assim, os postulados da razoabilidade, e proporcionalidade, que ensejam o balanceamento de princípios contrapostos em um dado processo, constituem parâmetros elementares

para o regular desempenho das atribuições outorgadas ao administrador da justiça, especialmente no que atina a motivação das decisões por ele proferidas (ÁVILA, 2013, p. 41). No Recurso perscrutado, o reconhecimento das diretrizes sublimadas pela ordem social instituída, bem como a fixação do *quantum* a ser adimplido pela consumidora, sem comprometer o valor mínimo destinado manutenção de sua subsistência, materializaram o conteúdo metanormativo das premissas consubstanciadas.

## 8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

---

A argumentação, encetada no âmbito forense, representa um dos instrumentos corolários ao pós-positivismo, cuja aplicação é consentânea às relações de natureza processual. A fundamentação arrazoada das decisões judiciais constitui o reflexo da delimitação de critérios incidentes no discurso prático-jurídico. O desenvolvimento aquilatado da retórica não tradicional, a partir de padrões mínimos, revela a possibilidade de captação do consenso, uma vez que a dialética, concatenada mediante abstrações lógico-ponderativas, descortina o exercício hercúleo de uma exegese otimizadora e diretiva. Nessa senda, a adequação da teoria supramencionada, consoante os parâmetros formais da objetividade e racionalidade, evidencia o caráter singular dos juízos de dever, e valor, dela decorrentes.

No julgamento do Recurso Especial nº 1. 584.501, através do qual a Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu favoravelmente à devedora, a ausência de regramento legal específico destinado a disciplinar o fenômeno concernente ao superendividamento, não obstaculizou, no caso concreto, a preservação do mínimo existencial sucedâneo ao atributo da dignidade humana, motivo pelo qual as arguições conclamadas pela parte insurgente foram denegadas de plano. Paralelamente, o raciocínio prático, que lastreou a obtemperança dos demais preceitos aplicáveis a situação fática, dentre os quais a garantia do crédito consectário ao direito de propriedade titularizado pela Instituição Financeira, conduziu a solução mais equânime para o litígio *sub judice*, a partir da análise consequencial, preliminar, dos efeitos eventualmente produzidos pela decisão a ser prolatada.

A prevalência da sobredita cláusula axiológica, em razão da qual foi assegurada a concessão de tutela jurisdicional a consumidora endividada, encontra sua justificação na medida em que a Suplicante ingressou com a ação, de caráter revisional, em face de um mesmo banco mutuário, com vistas a coibir o aprisionamento quase integral dos estipêndios por ela percebidos mensalmente. Todavia, nos casos em que a situação deficitária aludida decorre do excessivo acúmulo de débitos contraídos frente a credores distintos, impõe-se a propositura de demandas apartadas, consoante determinam as normas procedimentais vigentes até o momento. Com efeito, a apreciação judicial dos termos convencionados, na avença, permanece circunscrita ao valor auferido perante cada credor, isoladamente, restando prejudicada a apuração do montante integral referente ao passivo existente.

Por conseguinte, o reexame negocial em processos autônomos dificulta, *de per se*, a aplicação do preceito fundamental redarguido, no sentido de limitar descontos relativos a empréstimos diversos, cujo valor total culmina no aviltamento da parte hipossuficiente. Isso porque, o enquadramento na hipótese de onerosidade excessiva se dirige, de maneira estrita, aos acontecimentos supervenientes que transcendem a álea normal do contrato. Assim, a razão prática, aplicável ao discurso jurídico, não conduz, por si só, a justiça substancial em casos como esse, uma vez que a sobredita teoria padece da mesma indeterminação suportada pelo discurso prático geral, não obstante o reconhecimento da oclusão operacional sistêmica do Direito que referenda sua própria autonomia. Diante do exposto, exsurge a necessidade da aprovação do Projeto de Lei 3.515/15 capaz de promover a efetividade dos preceitos consolidados pela Carta Maior, garantido não somente a uniformização e estabilidade das decisões, como também a própria manutenção da segurança jurídica ao jurisdicionado.

## 9 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria da Argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. Trad. Zilda Hutchinson Schild Silva. 3 ed. Rio Janeiro: Forense, 2011.

- ARENDDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 14. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2013.
- BAUMAN, Zygmunt Bauman. *Ensaio sobre o conceito de cultura*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.
- BERTONCELLO, Káren Rick Danilevicz. *Superendividamento do consumidor: mínimo existencial: casos concretos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ética, Direito, moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia de Letras, 2006.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Trad. Nelson Boeira. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- \_\_\_\_\_. *O império do Direito*. Trad. Jeferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2014.
- \_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- GIANCOLI, Brunno Pandori. *O superendividamento do consumidor como hipótese de revisão dos contratos de crédito*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- HABERMAS, Jurgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. V. 1. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomençar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- LOPES, José Reinaldo de Lima. *Crédito ao consumidor e superendividamento: uma problemática geral*. Revista de Direito do Consumidor, n. 17. São Paulo: RT, 1996.
- MARQUES, Cláudia Lima; LIMA, Clarissa Costa; BERTONCELLO, Káren. *Prevenção e tratamento do Superendividamento*. Brasília: DPDC/SDE, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- NEVES, Marcelo. *Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais*. 1. ed. São Paulo: wmf Martins Fontes, 2013.
- OLIVEIRA, Felipe Guimarães de. *Direito do consumidor superendividado: perspectivas para uma tutela jurídico-econômica no século XXI*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

- NABUT, Lucas Coelho. *A proteção do consumidor nos contratos de crédito*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.
- PERELMAN, Chaim. *Ética e direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão Gomes Pereira. São Paulo: Martins Fontes, 1906.
- PFEIFFLEX, Charles F.; VOS, Haward F.; REA, John. *Dicionário Bíblico Wycliffe*. Trad. Degmar Ribas Júnior. 4. ed. Rio de Janeiro: CPAD, 2017.
- RICOEUR, Paul. *Del Texto a la acción: ensayos de hermenéutica II*. Trad. Pablo Corona. 2. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.
- \_\_\_\_\_; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.
- SITE disponível em <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/>>, acesso em 08/06/2019.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire Soares. *Elementos da teoria geral do direito*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- TEUBNER, Gunther. *O Direito como sistema autopoiético*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.



# A razão comunicativa na tutela do meio ambiente

*Tiago Soares Vicente\**

**Sumário:** 1. Introdução; 2. A Razão Comunicativa de Habermas; 3. Diálogo da teoria habermasiana com o pensamento de Amartya Sen e Boaventura de Sousa Santos; 4. Procedimentos comunicativos na construção e controle da norma ambiental; 5. Conclusão; 6. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

A razão comunicativa consiste na ação que faz uso da linguagem como meio de alcançar um entendimento, a partir da interação entre os indivíduos. O indivíduo que exerce uma ação comunicativa busca convencer outro indivíduo sobre aquilo que entende como válido, como verdadeiro. O filósofo alemão Jürgen Habermas é o principal formulador da razão comunicativa. Na obra “Direito e democracia: entre facticidade e validade”<sup>1</sup>, ele propõe esta forma de comunicação em substituição à razão prática, de viés individualista, fechada ao entendimento mútuo, ao diálogo.

Na teoria habermasiana, o direito é concebido como mecanismo de estabilização e integração social, visto que em muitos temas da atualidade dificilmente será possível o entendimento mútuo apenas com o uso da razão comunicativa *per se*, devido à complexidade da sociedade moderna. No entanto, esse direito deverá ser legítimo, que ocorre quando os cidadãos entendem-se tanto como destinatários, quanto como autores desse direito.

---

(\*) Doutorando em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA).

1. Publicada originalmente em 1992, sob o título em alemão “*Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratische Rechtsstaats*”.

O presente artigo tem por objetivo geral abordar a utilização da razão comunicativa na tutela do meio ambiente, através dos procedimentos comunicativos de formação da vontade e opinião pública. Para tanto, além da análise da teoria habermasiana a respeito da razão comunicativa, do direito e do poder comunicativo, serão também apresentadas as contribuições dialógicas de Amartya Sen e Boaventura de Sousa Santos com a teoria habermasiana, principalmente sobre atuação dos movimentos sociais e organizados da sociedade civil na tutela do meio ambiente.

A razão comunicativa na tutela do meio ambiente é exercida principalmente através dos mecanismos de participação popular na produção das normas ambientais, bem como na fiscalização e controle de políticas públicas e cumprimento das normas ambientais, especialmente nos órgãos colegiados (como os conselhos gestores), fóruns e conferências, e audiências públicas.

Para produção do presente artigo, utilizou-se como técnica de pesquisa a revisão bibliográfica, através da análise teórica das obras de Jürgen Habermas, Amartya Sen e Boaventura de Sousa Santos, como também da análise da legislação interna e normas internacionais no campo do meio ambiente. Contribuíram para desenvolvimento do trabalho, pesquisas de outros autores, devidamente referenciados, que auxiliaram na correta compreensão de diversos preceitos dos três teóricos acima mencionados.

No primeiro item do artigo, será realizada uma apresentação da teoria habermasiana, abordando especialmente: a substituição da razão prática pela razão comunicativa; a utilização do direito como *medium* de integração social e impulsionador da razão comunicativa; o exercício da liberdade comunicativa e dos direitos fundamentais de participação para produção do direito legítimo, entre outros conceitos-chave da teoria habermasiana.

No item seguinte, apresentar-se-ão as contribuições de Boaventura de Sousa Santos e Amartya Sen para o desenvolvimento da democracia participativa-comunicativa, em diálogo com a teoria habermasiana, especialmente em relação às contribuições dos movimentos sociais na ampliação do conceito de democracia e no formação de uma esfera pública.

No último item, será analisada a sistematização dos mecanismos de participação popular no Brasil, estruturadas por orientação de normas internacionais e nacionais, especificamente na tutela do meio ambiente, como os conselhos e conferências ambientais, e as audiências públicas realizadas na construção da norma ambiental e no controle de políticas públicas.

## 2. A RAZÃO COMUNICATIVA DE HABERMAS

---

Habermas diferencia o uso da linguagem como meio de transmissão de informação (ação estratégica) ou como forma de buscar de um entendimento (ação comunicativa). O agir comunicativo consiste na ação de uma pessoa para convencer outra da validade de suas pretensões, ação que somente é possível mediante a fala, que pressupõe o desejo da pessoa (falante) de entender-se com outra pessoa sobre algo, sendo coordenador da ação o mecanismo de entendimento. Já na ação estratégica, o falante faz uso do outro indivíduo como meio para realização de um fim individual; não há busca pelo consenso, apenas uma tentativa de influenciar o ouvinte para que este realize o objetivo do falante (PEDRON, 2014).

Então Habermas propõe a substituição da razão prática pela razão comunicativa. Para ele, a razão prática pretende orientar o indivíduo em seu agir, restrita a um ator particular, que busca alcançar primeiramente seu próprio sucesso individual. Já na razão comunicativa, embora também possua um conteúdo normativo, o indivíduo é orientado a buscar seus objetivos através do entendimento mútuo, possibilitada pelo *medium* linguístico, respeitando a condição de que pode harmonizar seus planos de ação sobre as bases de uma definição comum de situação (HABERMAS, 2003).

A razão comunicativa, no entanto, não tem força normativa suficiente para realizar *per se* a integração social, devido à crescente pluralidade e complexidade das sociedades modernas, que torna impossível a existência de um consenso em muitas questões problemáticas do cotidiano. Então, Habermas encontra no direito um *medium*, um mecanismo de estabilização e integração social; isso porque o direito atribui validade (institucionaliza) às pretensões de verdade

que surgem de forma impositiva a todos os que estão submetidos a determinada ordem legal. Essa imposição não está relacionada apenas a uma questão de poder de sanção do Estado; mas também à observância e vivência do direito por parte dos atores sociais, ou seja, o direito deve ser legítimo (MIRANDA, 2009).

O direito situa-se entre a moral e a política: uma moral que abandonou qualquer elemento da ética substantiva, resumindo-se a um procedimento de direitos admissíveis em função da reciprocidade e da justiça; uma política que se caracteriza pela consideração imparcial de valores e da escolha racional dos meios visando aos fins desejados pela sociedade (CRUZ, 2004). O direito extrai sua força integradora através de uma prática de autodeterminação, que exige dos cidadãos o exercício comum de suas liberdades comunicativas. “Sociedades modernas são integradas não somente através de valores, normas e processos de entendimento, mas também, sistematicamente, através de mercados e do poder administrativo” (HABERMAS, 2003, p. 61), que constituem mecanismos de integração social, interligados ao direito.

A liberdade comunicativa refere-se às condições de um uso da linguagem orientado pelo entendimento, ao passo que as autorizações para o uso público da liberdade comunicativa dependem de formas de comunicação asseguradas juridicamente e de processos discursivos de consulta e de decisão. No entanto, o exercício da liberdade comunicativa é de competência dos destinatários (que também são autores) do direito, que devem decidir: se vão empregar sua vontade livre; se vão passar por uma mudança de perspectivas que os faça sair do círculo dos próprios interesses, passando para o entendimento sobre normas capazes de receber o assentimento geral; ou se vão fazer ou não o uso público de sua liberdade comunicativa (HABERMAS, 2003).

A questão da legitimidade do direito é central no pensamento habermasiano acerca do direito. Nas sociedades tradicionais, o direito exercido burocraticamente pelo governante era fundamentado empiricamente nos costumes seculares ou metafisicamente na lei eterna de Deus, o que conferia legitimidade ao direito positivo.

Com a modernidade, o direito racional substituiu a legitimidade, proveniente do direito divino, pela razão natural, mas estabeleceu que o direito poderia servir tanto para a institucionalização das liberdades fundamentais do indivíduo ou da vontade soberana dos cidadãos, como para conferir legalidade ao uso instrumental do poder político (DURÃO, 2009). Portanto, a legitimidade do direito está relacionada ao auto reconhecimento dos cidadãos como coautores do direito, através do procedimento que instaura o direito.

O direito não pode ser entendido apenas semanticamente com base em sua forma gramatical, conforme o conceito liberal e restrito de lei, mas pragmaticamente com base nos procedimentos democráticos de sua produção. A lei é o resultado da tomada de decisão do legislativo, quando este representa a institucionalização jurídica dos discursos práticos e das negociações, viabilizadas pelos próprios cidadãos, que formam a opinião e a vontade na esfera pública. “Nestes discursos informais da esfera pública e formais do sistema político ocorre uma fusão de razão e vontade, pois, as condições procedimentais que permitem avaliar a validade da lei também formam a convicção dos participantes” (DURÃO, 2009, p. 132-133).

Nessa concepção de legitimidade do direito através do procedimento democrático de sua produção, Habermas (2003, p. 159) disserta sobre a assunção dos cidadãos no papel de autores de sua ordem jurídica, através dos direitos fundamentais dos cidadãos à participação política, em igualdade de chances, em processos de formação da opinião e da vontade, nos quais os cidadãos exercitam sua autonomia política e através dos quais eles criam direito legítimo. Os direitos fundamentais à participação encontram aplicação reflexiva na interpretação dos direitos constitucionais e na configuração política posterior de outros direitos fundamentais, quais sejam, direitos fundamentais: (i) que resultam da configuração politicamente autônoma do direito à maior medida possível de iguais liberdades subjetivas de ação<sup>2</sup>; (ii) que resultam da configuração politicamente

---

2. Normas de ação que surgem em forma jurídica autorizam os atores a fazerem uso de liberdades de ação subjetivas. A simples forma dos direitos subjetivos não permite resolver o problema da legitimidade dessas leis. Entretanto, o princípio do

autônoma do *status* de um membro numa associação voluntária de parceiros do direito<sup>3</sup>; (iii) que resultam imediatamente da possibilidade de postulação judicial de direitos e da configuração politicamente autônoma da proteção jurídica individual<sup>4</sup>. Essas três últimas categorias são resultado da aplicação do princípio do discurso<sup>5</sup> ao *medium* do direito, às condições de formalização jurídica de uma socialização horizontal em geral. “Não existe nenhum direito legítimo sem esses direitos” (HABERMAS, 2003, 162).

Os direitos fundamentais à participação servem para garantir as condições de participação dos cidadãos nos processos de formação da opinião e da vontade do legislador, para que possam, à luz do princípio do discurso, avaliar se o direito que estão criando é legítimo ou não. Os direitos de participação remetem à institucionalização jurídica de uma formação pública da opinião e da vontade, realizadas

---

discurso revela que todos tem um direito à maior medida possível de iguais liberdades de ação subjetivas. São legítimas somente as regulamentações que fazem jus a esta condição da compatibilidade dos direitos de cada um com os iguais direitos de todos (HABERMAS, 2003, p. 160).

3. Regas do direito não regulam possíveis interações entre sujeitos capazes de falar e de agir em geral, como é o caso das regras da moral: elas regulam os contextos interacionais de uma sociedade concreta. Isso deriva do próprio conceito de positividade do direito, isto é, da facticidade da normatização e da imposição do direito. (...) O estabelecimento de um código jurídico exige, por isso, direitos que regulam a participação numa determinada associação de parceiros jurídicos e, deste modo, permite a distinção entre membros e não-membros, cidadãos e estranhos. Em comunidades formais na forma de Estado, tais direitos assumem a forma de direitos de participação no Estado (HABERMAS, 2003, p. 161).
4. A institucionalização jurídica do código de direito exige a garantia dos caminhos jurídicos, pelos quais a pessoa que se sentir prejudicada em seus direitos possa fazer valer suas pretensões (HABERMAS, 2003, p. 162).
5. O princípio do discurso submete a validade de qualquer tipo de norma de ação ao assentimento aqueles que, na qualidade de atingidos, tomam parte em “discursos racionais”. Na medida em que o princípio do discurso se aplica às normas de comportamento, que regulam interações simples num círculo ilimitado de destinatários, surgem questões que correspondem a um determinado tipo de discurso, ou seja, o da argumentação moral. Quando o princípio do discurso encontra aplicação em normas de ação que podem assumir a forma jurídica, entram em jogo questionamentos políticos de várias espécies. À lógica desses questionamentos correspondem diferentes tipos de discurso e formas de negociação (HABERMAS, 2003, p. 199).

em formas de comunicação, nas quais é importante o princípio do discurso em dois aspectos: tem o sentido de filtrar contribuições e temas, argumentos e informações; e tem o sentido prático de produzir relações de entendimento, desencadeando a força produtiva da liberdade comunicativa.

Habermas (2003) ainda elenca uma quinta categoria de direitos fundamentais: direitos a condições de vida garantidas social, técnica e ecologicamente, na medida em que isso for necessário para um aproveitamento, em igualdade de chances, das outras categorias de direitos acima mencionada.

Esse sistema de direitos tem no Estado de Direito um meio de institucionalização, o *medium* para a transformação do poder comunicativo em administrativo, que tem como propósito garantir a co-originalidade das autonomias pública e privada, buscando a legitimidade de suas decisões no Direito a partir dos princípios que o informam.

No princípio da soberania popular, segundo o qual todo o poder do Estado vem do povo, o direito subjetivo à participação, com igualdade de chances, na formação democrática da vontade, vem ao encontro da possibilidade jurídico-objetiva de uma prática institucionalizada de autodeterminação dos cidadãos. Esse princípio forma a charneira entre o sistema dos direitos e a construção de um Estado de direito. Interpretado pela teoria do discurso (a), o princípio da soberania popular implica: (b) o princípio da ampla garantia legal do indivíduo, proporcionada através de uma justiça independente; (c) os princípios da legalidade da administração e do controle judicial e parlamentar da administração; (d) o princípio da separação entre Estado e sociedade, que visa impedir que o poder social se transforme em poder administrativo, sem passar antes pelo filtro da formação comunicativa do poder (HABERMAS, 2003, p. 212-213).

A ideia do Estado de Direito exige que as decisões do poder político organizado não sejam revestidas apenas da formalidade do direito, mas também que tais decisões sejam legítimas pelo direito corretamente estatuído. Não é a formalidade do direito em si que legitima o exercício do poder político, mas sim a ligação com o direito legitimamente estatuído. Para Habermas (2003, p. 172), “no

nível pós-tradicional da justificação, só vale como legítimo o direito que conseguiu aceitação racional por parte de todos os membros do direito, numa formação discursiva da opinião e da vontade”. O princípio de que “todo poder emana do povo” pode ser concretizado através dos procedimentos e pressupostos comunicativos de uma formação da opinião e da vontade. E esta formação da opinião e da vontade não se restringe aos indivíduos, grupos e corporações facilmente identificáveis; de forma anônima o poder comunicativo pode ligar o poder administrativo à vontade dos cidadãos.

Nesse sentido, Habermas (2003) diferencia o poder político em poder comunicativo e poder administrativo. O poder comunicativo surge a partir de estruturas da intersubjetividade para agir em lugares onde há uma formação da opinião e da vontade, permitindo através da liberdade comunicativa fazer o uso de sua razão em todos os sentidos. O poder administrativo é o resultado do poder constituinte, é a organização política do Estado de Direito. Habermas (2003) sugere que se considere o direito como o *medium* através do qual o poder comunicativo se transforma em poder administrativo; essa transformação tem o sentido de uma procuração no quadro de permissões legais.

Da mesma forma que o poder comunicativo deve ser ligado ao poder administrativo através do *medium* do direito, também o poder administrativo tem que ser retroligado ao poder produzido comunicativamente. Segundo Habermas (2003), essa retroligação pode realizar-se através de uma divisão funcional dos poderes<sup>6</sup>, visto que a

---

6. A lógica da divisão dos poderes só faz sentido se a separação funcional garantir, ao mesmo tempo, a primazia da legislação democrática e a retroligação do poder administrativo ao comunicativo. Para que os cidadãos politicamente autônomos possam ser considerados autores do direito, ao qual estão submetidos enquanto sujeitos privados, é necessário que o direito legitimamente estatuído por eles determine a direção da circulação do poder político. Para isso contribui, por exemplo, a nível de governo, a autorização do pessoal dirigente através dos eleitores, em votações gerais; contribui especialmente o princípio de conformidade à lei, de uma administração que deve estar submetida ao controle parlamentar e judicial. O controle refere-se a dois aspectos da atividade administrativa: ao caráter profissional da execução da lei e à observância das atribuições normativas que a legalidade da execução e, com isso a reserva da lei, garantem para intervenções administrativas. A racionalidade de um cumprimento competente de tarefas por parte de especialis-

atribuição do Estado de Direito consiste tanto em distribuir o poder político, quanto em destituí-lo de suas formas de violência através da racionalização.

A institucionalização dos procedimentos comunicativos adquire essencialidade principalmente após a experiência do Estado do bem-estar social, que atribuiu à administração pública a assunção de tarefas de provisão, prestação de serviços públicos, de planejamento e previsão de riscos, sendo a lei em sua forma clássica insuficiente para programar a prática da administração, revelando-se assim uma tendência à autoprogramação, a qual se verifica na escolha de programas de ação independentemente da participação dos cidadãos.

A autoprogramação carece de legitimidade, pois o Executivo não pode lançar mão de argumentos normativos. A estrita vinculação do Executivo à lei produzida pelo legislativo evita que o governo possa determinar as condições para tomar decisão e implica que o poder Executivo não possa intervir nos processos e produção e aplicação do direito. Habermas (2003) considera que é indispensável garantir um amplo espaço para participação dos cidadãos no plano da sociedade civil, em relação à apresentação de temas e contribuições com a finalidade de formar a opinião e a vontade sobre matérias capazes de constituir-se em lei, por meio dos discursos práticos que necessitam de uma livre circulação de informações e razões. Essa exigência é institucionalizada pelo princípio do pluralismo político e pelo princípio da competição entre partidos, assim como pelo princípio da garantia de espaços públicos autônomos, que possibilita a livre formação da opinião pública sem a manipulação dos grandes grupos de interesses e do próprio estado de direito (DURÃO, 2009).

Nesse contexto, a sociedade civil precisa amortecer e neutralizar a divisão desigual de posições sociais de poder e dos potenciais

---

tas não protege contra uma auto-autorização paternalista e uma autoprogramação dos órgãos executivos. A lógica da distribuição de poderes não exige apenas que a passagem da administração para o estágio de uma execução profissional de suas tarefas seja feita sob premissas que não estão sob o seu controle, pois o poder executivo deve ficar limitado à aplicação do poder administrativo no quadro das leis (HABERMAS, 2003, p. 233-234).

de poder daí derivados, para que o poder social possa impor-se na medida em que possibilita o exercício da autonomia dos cidadãos (HABERMAS, 2003). Conforme será adiante comentado, Amartya Sen e Boaventura de Sousa Santos dissertam sobre a essencialidade dos direitos de participação para o funcionamento do procedimento comunicativo de produção do direito, como também comentam sobre alguns obstáculos para o exercício de tais direitos, considerando a importância da sociedade civil para a produção do direito legítimo.

### **3. DIÁLOGO DA TEORIA HABERMASIANA COM O PENSAMENTO DE AMARTYA SEN E BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS**

---

O exercício dos direitos de participação em procedimentos comunicativos guarda um enorme potencial emancipatório, porque eles possibilitam a concretização dos direitos humanos e o compartilhamento de poder à medida que os cidadãos contribuem para a tomada de decisões. A relação entre participação e emancipação pode ser entendida por dois vieses: o primeiro que define a emancipação como condição necessária para o pleno exercício da participação popular no espaço público, ou seja, o cidadão só participa porque ele é emancipado, empoderado; o segundo que define a emancipação como o resultado material que a participação proporciona ao cidadão, ou seja, a participação emancipa o cidadão. As duas formas não são excludentes entre si: o primeiro se refere à emancipação no sentido de empoderamento, quando indivíduos ou grupos tem a oportunidade de serem participantes do espaço público com um mínimo de dignidade, de cidadania; o segundo se refere à conquista do reconhecimento, respeito e influência, pelos indivíduos ou grupos que anteriormente não os possuíam, ou seja, quando os argumentos e as ideias dos grupos (antes marginalizados) são considerados e debatidos publicamente (SANTOS, 2007).

Apesar da relevância da participação para emancipação humana e social, Boaventura de Sousa Santos (2007) trata sobre a não garantia das condições mínimas de exercício dos direitos de participação, ao dissertar sobre o que ele denomina de cidadania bloqueada:

Três condições são fundamentais para poder participar: temos de ter nossa sobrevivência garantida, porque se estamos morrendo de fome não vamos participar; temos de ter um mínimo de liberdade para que não haja uma ameaça quando vamos votar; e finalmente temos de ter acesso à informação. Parece-me que com essa cidadania bloqueada está se banalizando a participação; participamos cada vez mais do que é menos importante, cada vez mais somos chamados a ter uma opinião sobre coisas que são cada vez mais banais para a reprodução do poder. (SANTOS, 2007, p. 92)

Integram o rol mínimo de condições de participação, para Santos (2007): a questão social, a liberdade e informação/conhecimento. São estes os elementos centrais da ideia de emancipação, isto é, o cidadão emancipado, além de ser livre jurídico-politicamente, deve ser liberto das necessidades materiais e possuir conhecimento suficiente para que possa participar ativamente do espaço público. Sem estes elementos, não há emancipação humana e social. Ocorre que, para Boaventura de Sousa Santos, este bloqueio no exercício da cidadania não é superado porque a elite política não admite uma participação popular crítica, questionadora, requer apenas uma participação homologatória, que ratifique os seus argumentos sem qualquer contestação. Para isto, promovem um novo processo de assimilacionismo, que “consiste em participar sem poder discutir as regras de participação” (SANTOS, 2007, p. 92).

Assim como Boaventura de Sousa Santos, Amartya Sen (2010) também compreende que a questão social (ex.: a pobreza e a fome) pode impedir o exercício dos direitos de participação; ele observou, por exemplo, que se aos pobres fosse dado o direito de escolher entre participar do espaço público (liberdade política) e satisfazer suas necessidades econômicas, eles certamente escolheriam esta segunda alternativa. Esta escolha não seria em razão de um juízo de valor sobre o que é melhor, mas em razão da própria sobrevivência. Para Amartya Sen (2010), então, deve ser garantido ao cidadão a satisfação de suas necessidades materiais e as liberdades instrumentais, como a liberdade de participar, para que seja possível a sua emancipação e o desenvolvimento de seu povo.

Considerando isto, Boaventura de Sousa Santos propõe a construção de um novo modelo democrático, que ressignifique a

cidadania, que possibilite a emancipação social com a construção de um novo senso comum político, uma nova cultura política. Este novo modelo está baseado numa relação de complementariedade entre os institutos da democracia liberal representativa e da democracia participativa. As três vias que Santos aponta para construir referida relação de complementariedade são: as relações “entre Estado e movimentos sociais; entre partidos e movimentos sociais; e dos movimentos sociais entre si” (SANTOS, 2007, p. 93), com vistas a superar os fundamentalismos: (i) anti-institucionalização, quando movimentos sociais encaram a ação institucional com ceticismo e consideram que a participação popular pouco influencia nas deliberações, preferindo assim uma ação direta; (ii) os anti-partidos políticos, quando os movimentos sociais entendem que não é possível uma relação com partidos políticos, para evitar a cooptação e destruição dos próprios movimentos; e (iii) os anti-movimentos sociais, quando os movimentos sociais estão isolados uns dos outros, polarizados, não há uma interação entre eles. Os movimentos sociais possuem importância no modelo proposto por Boaventura de Sousa Santos, pois eles que denunciam as formas de dominação, opressão, exclusão e exploração social, sejam estas praticadas por atores estatais ou privados (SANTOS, 1999; 2007).

Este modelo deverá proceder a uma politização global da prática social, e “o campo político imenso que daí resultará permitirá desocultar formas novas de opressão e de dominação, ao mesmo tempo que criará novas oportunidades para o exercício de novas formas de democracia e de cidadania” (SANTOS, 1999, p. 234).

Boaventura de Sousa Santos (2007; 2002) reconhece que não é tarefa fácil a efetivação da referida relação de complementariedade, mas considera que devem ser apresentadas suas vantagens através das positivas experiências em que ela foi possível. Destas experiências surgem soluções para a implementação e garantia das formas de participação, mediante: (i) o fortalecimento da demodiversidade<sup>7</sup>,

---

7. O elemento primordial da participação é o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas decisórias em favor de instancias participativas. (SANTOS, 2002, p. 77)

que significa reconhecer que não existe apenas uma forma de democracia, principalmente em razão do multiculturalismo; (ii) a articulação contra-hegemônica entre o local e o global, que é o compartilhamento de experiências locais bem sucedidas como alternativas ao modelo hegemônico liberal, como a necessidade de apoio de atores democráticos em casos onde a democracia passa por ameaças; e, (iii) a ampliação do experimentalismo democrático<sup>8</sup>, visto que as novas experiências positivas de participação se originaram de situações em que o formato participacionista foi assimilado experimentalmente.

Amartya Sen (2011) compreende a participação política, o diálogo e a interação pública como os pontos centrais de uma mudança na compreensão da democracia, mais ampla, que não se restringe apenas às demandas por exercício universal do voto secreto, mas que, de maneira muito mais aberta, possibilita o exercício da argumentação pública. Nesse sentido, Amartya Sen (2010) afirma a preeminência geral dos direitos políticos<sup>9</sup>, especialmente a participação, a partir de três considerações: primeira, sua “importância direta para a vida humana associada a capacidades básicas”, como a capacidade política e social (SEN, 2010, p. 195); segunda, seu “papel instrumental de aumentar o grau em que as pessoas são ouvidas quando expressam e defendem suas reivindicações de atenção política” (SEN, 2010, p. 195), como as reivindicações de necessidades econômicas; terceira, “seu papel construtivo na conceituação de necessidades” (SEN, 2010, p. 195), como a compreensão das “necessidades econômicas” em um contexto social.

Na concepção de Amartya Sen dos procedimentos comunicativos e da argumentação pública, é ponto central o apoio a uma imprensa livre e independente. Amartya Sen (2011) elenca como contribuições da mídia: a contribuição direta da liberdade de expressão em geral para a qualidade da vida humana; papel informativo, difundindo o conhecimento e permitindo a análise crítica; função

---

8. É necessário para a pluralidade cultural, racial e distributiva da democracia que se multipliquem experimentos em todas as direções (SANTOS, 2002, p. 78).

9. Direitos políticos num sentido amplo, além da participação nas eleições gerais, mas também o ato de protestar, opinar, debater, agir no espaço público participativo, etc.

protetora, dando voz aos negligenciados e desfavorecidos; abertura na comunicação e na argumentação, com a formação de valores, informada e sem arregimentação; prática da tolerância; entre outras contribuições.

Ao dissertar sobre a relação entre democracia e fome coletiva, Amartya Sen (2011) expõe aquilo que podem ser considerados para ele os elementos mínimos de uma democracia: uma imprensa livre (já mencionado no parágrafo anterior), eleições regulares, partidos de oposição e liberdade básica de expressão. Nessa questão da fome coletiva, Amartya Sen (2011) exemplifica bem como a esfera pública pode influenciar o poder administrativo na elaboração de política públicas e na tomada de decisão:

O que faz de uma fome coletiva um desastre político para o governo em exercício decidir é o alcance da argumentação pública, que mobiliza e ativa uma grande parte do público em geral para protestar e clamar contra a “indiferença” do governo e para tentar derrubá-lo. A discussão pública sobre a natureza da calamidade pode fazer do destino das vítimas um formidável tema político, com efeitos de longo alcance sobre a cobertura da mídia e o debate público e, em última instância, sobre a votação de uma maioria potencial. Dentre as conquistas da democracia, está sua capacidade de fazer com que as pessoas se interessem, através de discussão pública, pelas dificuldades dos demais e tenham uma melhor compreensão das vidas alheias (SEN, 2011, p. 378).

Para Amartya Sen (2011), é inevitável a conclusão geral de que o desenvolvimento econômico, a oportunidade social, a voz política e a argumentação racional estão profundamente inter-relacionados. Utilizando a Índia como exemplo, Amartya Sen identificou diversos movimentos organizados da sociedade civil, baseados de modo amplo em exigências de direitos humanos, como “o direito à educação básica, o direito à alimentação (em particular, à merenda escolar do meio-dia), o direito aos cuidados básicos de saúde, garantias de preservação do meio ambiente e o direito à garantia de emprego” (SEN, 2011, p. 385). Esses movimentos alimentam o debate público, proporcionando uma maior conotação política às demandas sociais importantes. Nesse sentido, atualmente muitos movimentos sociais possuem atuação global, mundial.

Os movimentos organizados globais da sociedade civil ganharam notoriedade em algumas áreas temáticas, a partir da segunda metade do Século XX. Tais movimentos globais são essenciais para o exercício do poder comunicativo, possibilitando o surgimento de uma democracia global. Nesse sentido, Amartya Sen entende que, embora não sejam perfeitas enunciações com abrangência global, tais movimentos “operam com um certo grau de eficácia, e podem se tornar ainda mais eficazes dando apoio a instituições que ajudam a disseminar a informação e a ampliar as oportunidades de discussão internacional” (SEN, 2011, p. 443). A atuação desses movimentos sociais de dimensões globais contribui para superação daquilo que Boaventura de Sousa Santos chamou de “fundamentalismo anti-movimentos sociais” (anteriormente comentado), promovendo uma articulação contra-hegemônica entre o local e o global, com o apoio desses atores democráticos nas localidades onde a democracia passa por ameaças.

Esses movimentos ajudam a construir de forma global uma esfera pública, descrita por Habermas como “uma rede adequada para a comunicação de conteúdos, tomadas de posição e opiniões; nela os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas enfeixadas em temas específicos” (HABERMAS, 2003, p. 92).

Talvez os maiores destaques do exercício de uma democracia global construída comunicativamente sejam os movimentos ambientalistas e ecológicos, especialmente as ONG’s como o *WWF*, *Greenpeace*, *The Nature Conservancy*, entre outras. Muitas dessas ONG’s mantêm atuação em regiões territoriais sensíveis nas diversas partes do mundo, promovendo educação e conscientização ambiental junto às populações, contribuindo para o desenvolvimento de uma democracia socioambiental, tanto perante órgãos internacionais, quanto perante órgãos nacionais, auxiliando inclusive os movimentos ambientais de âmbito nacional. Esses movimentos militam nas diversas subáreas do meio ambiente: poluição, mudanças climáticas, florestas, diversidade biológica, sustentabilidade, recursos hídricos, entre outras.

As contribuições desses movimentos podem ser verificadas tanto na elaboração de normas ambientais internacionais (Tratados, Convenções, Declarações, entre outras) e nacionais (leis, resoluções, planos de políticas públicas, entre outras), quanto no controle e fiscalização de políticas públicas ambientais, através da atuação na esfera pública, conforme será tratado no próximo item.

#### **4. PROCEDIMENTOS COMUNICATIVOS NA CONSTRUÇÃO E CONTROLE DA NORMA AMBIENTAL**

No âmbito internacional, a Conferência de Estocolmo<sup>10</sup>, em 1972, foi um importante marco na produção de normas internacionais, especialmente tratados na área do meio ambiente. Maljean-Dubois (2009) identificou a existência de mais de quinhentos tratados multilaterais (a maioria regionais) adotados no campo do meio ambiente, sendo que mais de trezentos foram negociados após o ano de 1972, isso sem considerar os inúmeros tratados bilaterais.

O rápido crescimento na regulamentação de normas ambientais foi resultado da pressão exercida pelas opiniões públicas, fomentadas principalmente por cientistas e por numerosas ONG'S e associações com atuação global. Esses novos movimentos e atores internacionais promovem, gradativamente, uma relativização no modelo tradicional de produção das normas de Direito Internacional, classicamente restrito aos Estados e Organizações Internacionais, participando ativamente de negociações e formação do Direito Internacional, bem como na fiscalização da implantação das regras internacionais através de mecanismos de controle (MALJEAN-DUBOIS, 2009).

Varella (2009) observa que foi somente com a expansão da consciência ambientalista, oriunda dos movimentos organizados da sociedade civil, que os Estados do Sul começaram a preocupar-se com

---

10. Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, em Estocolmo (Suécia), realizada em Junho de 1972, foi um marco no Direito Internacional Ambiental. Sua Declaração final contém 19 princípios que representam um Manifesto Ambiental para os tempos atuais. Ao abordar a necessidade de "inspirar e guiar os povos do mundo para a preservação e a melhoria do ambiente humano", o Manifesto estabeleceu as bases para a nova agenda ambiental do Sistema das Nações Unidas.

a proteção do meio ambiente, inclusive aprovando leis mais rígidas que muitos países do Norte.

Portanto, o movimento ambientalista vai do exterior para o interior, em primeiro momento e, depois, à medida de seu crescimento, desenvolve-se nas populações do Sul e não constitui mais, exclusivamente, ferramenta imposta do exterior. Vê-se consolidar, nos países do Sul, ordem jurídica interna, às vezes, mais rigorosa que aquela dos países do Norte. As normas relativas à poluição do ar em Bombaim ou as regras brasileiras de acesso à justiça, por parte da sociedade civil, não encontram equivalentes nos países do Norte. Portanto, não são mais oriundas de pressões externas, são fruto de preocupação ambiental que se tornou própria aos países do Sul. (VARELLA, 2009, p. 14)

A construção do conceito de desenvolvimento sustentável consolidou-se também a partir da Conferência de Estocolmo de 1972, quando já surgia posição que demonstrava a “dialética complexa existente entre a pobreza e a destruição do meio ambiente, denunciando, ao mesmo tempo, os problemas do consumo desenfreado” (VARELLA, 2009, p. 15). Portanto, a destruição do meio ambiente localizava-se nas duas extremidades da pirâmide social. O conceito de desenvolvimento sustentável consiste, então, na conciliação do desenvolvimento econômico com a proteção do meio ambiente, fomentando tanto nos países do Norte e do Sul um novo modelo de desenvolvimento que atendesse à conciliação pretendida. Foi nesse contexto, no âmbito da Organização das Nações Unidas, que foi criado o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), que é a agência responsável por promover a conservação do meio ambiente e o uso eficiente de recursos naturais no contexto do desenvolvimento sustentável.

Desde então, diversos outros programas, órgãos e tratados na área do Meio Ambiente foram implementados, considerando a necessidade de discussão e promoção do desenvolvimento sustentável, sempre provocados pelo debate público e pelos novos atores internacionais e não-estatais. Uma das características próprias do Direito Internacional, que é a inexistência de um poder central para a produção e controle das normas internacionais, possibilitou a proliferação de modelos de tutela do meio ambiente, seja no campo territorial

(tratados bilaterais, regionais ou globais/mundiais), seja no campo de abrangência temática (tratados gerais e tratados específicos), seja no campo da normatividade (normas obrigatórias e *soft law*).

Diversos instrumentos internacionais dispõem sobre a implementação de uma razão comunicativa na tutela do meio ambiente. A Declaração do Rio de 1992, em seu Princípio 10, dispõe que a melhor maneira de tratar as questões ambientais é assegurar a participação, no nível apropriado, de todos os cidadãos interessados, devendo ser garantido pelos Estados ao cidadão o acesso às informações relativas ao meio ambiente, inclusive informações acerca de materiais e atividades perigosas em suas comunidades, e também a possibilidade de participar dos processos decisórios. A Convenção sobre Mudanças Climáticas, no seu Artigo 4<sup>o</sup>, impõe aos Estados-partes a obrigação de promoverem a consciência pública e encorajarem a mais ampla participação popular e das ONG's. A Convenção da Biodiversidade, no seu Artigo 14, dispõe que se deve levar em conta a participação pública nos procedimentos de avaliação de impacto ambiental. Além disso, normas internacionais de direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos<sup>11</sup> (1948), o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>12</sup> (1966), a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento<sup>13</sup> (1986) e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>14</sup> (Pacto de São José da Costa Rica - 1969), definem que é direito do cidadão tomar parte das decisões políticas de sua nação, sendo a participação um instrumento de desenvolvimento e de realização de todos os direitos humanos.

---

11. Artigo 21: "§1. Toda pessoa tem o direito de tomar parte no governo de seu país, diretamente ou por intermédio de representantes livremente escolhidos".

12. Artigo 25: "Todo cidadão terá o direito e a possibilidade, sem qualquer das formas de discriminação mencionadas no artigo 2 e sem restrições infundadas: a) de participar da condução dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente escolhidos; (...)"

13. Artigo 8<sup>o</sup>: "(...) §2. Os Estados devem encorajar a participação popular em todas as esferas, como um fator importante no desenvolvimento e na plena realização de todos os direitos humanos".

14. Artigo 23: "Todos os cidadãos devem gozar dos seguintes direitos e oportunidades: a. de participar na direção dos assuntos públicos, diretamente ou por meio de representantes livremente eleitos; (...)"

No Brasil, no âmbito do direito interno, há uma maior sistematização de procedimentos participativos-comunicativos de produção e controle de normas ambientais. A Constituição Federal de 1988, no artigo 225, atribuiu à coletividade o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. Não apenas a coletividade institucionalizada e representada pelo Estado que tem essa atribuição, mas também todas pessoas, sem exceção, tem-lhe imposto o referido dever.

Carvalho (2010, p. 284-285) indica que no Brasil o exercício de participação popular para tutela do meio ambiente pode ocorrer em várias hipóteses: (i) no dever jurídico imposto ao cidadão de proteger e preservar o meio ambiente, conforme comentado acima; (ii) nos direitos de obter informação e de opinar sobre as políticas públicas, através da participação em audiências públicas e integrando órgãos colegiados; (iii) na utilização de mecanismos judiciais e administrativos de controle dos diferentes atos praticados pelo Executivo, tais como as ações populares, representações e outros; (iv) através de iniciativas legislativas que podem ser patrocinadas pelos cidadãos. Acrescenta-se, ainda, a participação (v) no exercício do sufrágio universal em consultas legislativas, como plebiscito ou referendo.

O plebiscito e referendo, previstos no Artigo 14 da Constituição Federal de 1988, podem ser classificados como mecanismos de participação agregativa, em que há um somatório de opiniões e vontades individuais, prevalecendo o princípio majoritário. Não há espaço para o debate, diálogo, para a troca de argumentos, para tentativa de entendimento mútuo; não sendo, contudo, negada a sua importância para a implementação de democracia socioambiental. No Brasil, no âmbito federal, não há registro da utilização de tais mecanismos no campo do meio ambiente. A iniciativa popular também possui impedimentos para procedimentos comunicativos na sua origem, visto que consiste numa apresentação perante a Câmara dos Deputados, de projeto de lei subscrito por, no mínimo, um por cento do eleitorado nacional, distribuído pelo menos por cinco Estados, com não menos de três décimos por cento dos eleitores de cada um deles.

O eleitorado subscritor do projeto de lei apenas adere a um projeto, geralmente mobilizado por algum movimento ou organização da sociedade civil. No Brasil também não há registro de apresentação e aprovação de projeto de lei de iniciativa popular no campo do meio ambiente, embora também possa ser de muita utilidade *práxis* da tutela do meio ambiente.

As intervenções junto ao Poder Judiciário e outros órgãos de controle são decorrentes do exercício de um direito individual (o direito de ação ou de petição), não havendo, portanto, espaço para o diálogo, troca de argumentos. Contudo, tais instrumentos de participação também têm sua importância para a implementação de uma democracia socioambiental, tendo o Ministério Público e outros órgãos de controle atuação destacada na tutela e proteção do meio ambiente.

A participação popular através de audiências públicas, órgãos colegiados e outros mecanismos, efetivamente possibilitam o desenvolvimento de uma democracia socioambiental de natureza comunicativa, participativa. Tais mecanismos estão previstos no Brasil tanto para a elaboração de normas ambientais, quanto para o controle e fiscalização das políticas públicas ambientais. Os procedimentos comunicativos com participação popular mais utilizados na área ambiental são: os órgãos colegiados (como os conselhos gestores), fóruns e conferências, e as audiências públicas.

Conselhos Gestores são instituições geralmente compostas de forma paritária, por membros do poder público e da sociedade civil, para deliberação sobre as bases e condições de políticas públicas específicas, como políticas públicas de saúde, meio ambiente, educação, assistência social e de política urbana (VAZ, 2011), assumindo uma (ou várias) das seguintes funções: fiscalizadora<sup>15</sup>, mobilizadora<sup>16</sup>,

---

15. Na função fiscalizadora, os conselhos realizam o controle e acompanhamento das ações de gestão dos governantes, da execução de políticas públicas e do cumprimento da legislação (MARQUES, 2015).

16. A função mobilizadora caracteriza-se pelo estímulo à contribuição da sociedade civil para formular e divulgar a importância da participação popular na gestão pública (MARQUES, 2015).

deliberativa<sup>17</sup> ou consultiva<sup>18</sup>. Os representantes da sociedade civil podem ser ou não vinculados a um movimento social da temática do conselho, isso depende do desenho institucional proposto para o conselho. Os conselhos podem ser considerados fóruns permanentes de discussão, onde são debatidas questões sobre a política pública e expostos os argumentos da Administração Pública e da população.

Marques (2015) afirma que os conselhos, enquanto espaços públicos enfrentam pelo menos três problemas no Brasil: implementação, desigualdade e cooptação. O problema implementação refere-se às ações e discursos desenvolvidos pela elite político-econômica, com o objetivo de impedir a participação e integração dos grupos desfavorecidos nos mecanismos de participação, onde poderiam ter voz e voto em processos decisórios. O problema da desigualdade deve ser entendido como “a desigualdade socioeconômica que deixa um abismo sobre a compreensão de conceitos, leis entre outras questões que são dificultadas pelo acesso à informação e conhecimento formal” (MARQUES, 2015, p. 418). O terceiro problema é o da cooptação, que refere-se ao desequilíbrio existente entre os participantes representantes da Administração e os participantes representantes da Sociedade, que pode ocorrer em relação ao domínio das informações técnicas, à falta de condições estruturais para o bom desempenho das atividades dos Conselhos e à ingerência exercida pela Administração no funcionamento dos Conselhos.

O órgão colegiado de política ambiental mais conhecido no Brasil é o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), criado pela Lei n.º 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente). Sua composição não é paritária, mas inclui alguns representantes de movimentos ambientalistas. Entre suas atribuições estão a formulação de normas ambientais e a fiscalização e controle do cumprimento das normas ambientais. Muitos Estados e Municípios também possuem seus Conselhos de Meio Ambiente, embora com atribuições majoritariamente de fiscalização e controle das políticas ambientais, visto

---

17. A função deliberativa se caracteriza pela tomada de decisões (MARQUES, 2015).

18. A função consultiva se realiza por sugestões e opiniões sobre determinadas políticas públicas (MARQUES, 2015).

que a elaboração de normas ambientais é prioritária do CONAMA, órgão federal. Existem ainda outros órgãos colegiados com participação popular, relacionados a alguma área própria ou conexa do campo do meio ambiente, especialmente o Conselho Nacional da Cidade (também existentes nos níveis estadual e municipal) e o Conselho Nacional de Recursos Hídricos.

As conferências podem ser definidas como eventos participativos que reúnem os representantes da Sociedade e do Estado, para discussão e formulação de determinada política pública e ações estatais. Além da intenção de discutir estas ações estatais, as Conferências objetivam também trazer os diversos sujeitos políticos para a discussão no espaço público e conectar-se com outros instrumentos participativos, como os Conselhos Gestores (SOUZA, 2011). Já foram realizadas quatro Conferências Nacionais do Meio Ambiente, a última em 2013, sempre precedidas de conferências municipais e estaduais. Os objetivos principais das Conferências<sup>19</sup> são: formulação de política pública, debates sobre algum tema específico, diagnóstico de uma situação ou avaliação de políticas públicas, e fortalecimento da participação popular.

A audiência pública é um instrumento participativo amplamente difundido no Brasil, não apenas no âmbito do Poder Executivo, mas também do Poder Judiciário e do Legislativo. A Câmara dos Deputados, no Artigo 255 do Regimento Interno (Resolução nº 17, de 1989), dispõe que poderão ser realizadas audiências públicas com entidades da sociedade civil para “instruir matéria legislativa em trâmite, bem como para tratar de assuntos de interesse público relevante”. Já o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (STF), nos Artigos 13, XVII, e 21, VII, dispõe que as audiências públicas poderão

---

19. Um levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), sobre os “Fatores Críticos de Sucesso na Organização de Conferências Nacionais” (2012), mostra que, das conferências realizadas entre os anos de 2003 e 2011, o importe de 73% indicaram algum objetivo relacionado à formulação de propostas de políticas; 38% foram organizadas com objetivos de agendamento de temas importantes por parte da sociedade; 38% tinham por objetivo ações de diagnóstico de uma situação ou avaliação de políticas e 32% buscaram fortalecer a participação social (SOUZA, 2012).

ser convocadas para ouvir pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria, sempre que for necessário o “esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral ou de interesse público relevante”.

A concepção habermasiana de espaço público considera-o como a antessala do complexo parlamentar em que se originam os impulsos que exercem “influência sobre o estoque de argumentos normativos, porém sem a intenção de conquistar partes do sistema político” (HABERMAS, 2003, p. 187). As audiências públicas convocadas e realizadas pela Câmara dos Deputados ou pelo STF vão ao encontro da ideia habermasiana, traduzindo-se em espaços que tem por finalidade precípua que a sociedade possa influenciar no processo de tomada de decisões, conferindo às decisões judiciais e aos projetos legislativos uma maior legitimidade e respaldo social. Já nas audiências públicas convocadas pelo Poder Executivo, estas tem a finalidade de conferir legitimidade democrática à política pública a ser desenvolvida pela Administração Pública.

No campo ambiental, há previsão de realização de audiência pública tanto para elaboração de normas jurídicas, como para controle de políticas públicas. Em relação à construção de normas, há previsão expressa de obrigatoriedade de audiências na elaboração dos Planos de Saneamento Básico, Planos de Recursos Hídricos, Plano Diretor de Desenvolvimento Urbano, Planos de Resíduos Sólidos, entre outros, tanto em nível local, como regional e nacional/federal.

Quanto ao controle e fiscalização de normas ambientais e políticas públicas, as audiências públicas estão previstas tanto no acompanhamento dos Planos ambientais acima mencionados, como na execução de instrumentos jurídicos, entre eles os procedimentos de Licenciamento Ambiental, de Estudo de Impacto Ambiental.

A utilização desses mecanismos de participação popular, com ampla possibilidade de exercício da razão comunicativa pelos cidadãos, tem o sentido de filtrar as contribuições e temas para a política ambiental, como também o sentido prático de produzir relações de entendimento, formando a vontade e opinião pública, conforme idealizado por Habermas (2003) e cumprindo o disposto no Artigo

225 da Constituição Federal de 1988, que estabelece a tutela do meio ambiente como dever de todos.

O exercício da razão comunicativa na tutela do meio ambiente é fundamentado na autonomia do cidadão, em sua liberdade comunicativa. Conforme já observado acima, a liberdade comunicativa refere-se ao uso da linguagem orientado pelo entendimento; sua utilização no espaço público é de decisão exclusiva dos cidadãos. Entretanto, é imprescindível o exercício da liberdade comunicativa através da participação dos cidadãos no espaço público, tanto de forma direta, como através dos movimentos sociais e organizados da sociedade civil. O campo do meio ambiente é uma área com muitos conflitos, tanto entre o poder público e particulares, quanto entre interesses econômicos e sociais; procedimentos de participação destinados ao entendimento mútuo, ao diálogo, são os melhores mecanismos para produção de um direito legítimo e justo.

## 5. CONCLUSÃO

---

O campo do meio ambiente é uma área com muitos conflitos, que envolvem interesses políticos, econômicos e sociais, em conexão com muitas outras áreas da sociedade e do Estado. O exercício da razão comunicativa nesse campo tem por objetivo a construção de um consenso, um entendimento, a partir da discussão de ideais, quase sempre opostas. O entendimento é distinto da negociação: aquele é a edificação de um consenso, o último é a edificação de um pacto. No entendimento se considera normas e valores, na negociação se considera a avaliação dos interesses das partes (HABERMAS, 2003).

No presente trabalho, analisou-se os mecanismos de participação popular em que é possível o exercício da razão comunicativa, através do consenso, entendimento, com base no diálogo das ideias, muitas vezes conflitantes, mecanismos como os órgãos colegiados, fóruns e conferências, audiências públicas.

Nesse contexto, os movimentos sociais e organizados da sociedade civil possuem relevância. Primeiro porque fomentam a esfera pública, através de suas atividades de conscientização pública,

contribuindo diretamente para formação da opinião e vontade pública. Como visto, os movimentos ambientalistas com atuação global, além de alimentar a formação de uma esfera pública internacional, auxiliam diretamente os movimentos ambientalistas locais no desenvolvimento e fiscalização das políticas ambientais. Segundo, porque movimentos sociais militam diretamente nas instâncias participativas e perante os órgãos ambientais nacionais e internacionais, desenvolvendo muitas vezes uma função contestatória, contribuindo para neutralização dos interesses que contrapõem os interesses da coletividade.

Na área ambiental, o exercício pelos cidadãos da razão comunicativa, através da participação popular nos espaços públicos, permite uma ressignificação da cidadania, promovendo a criação de novas formas de democracia, formando uma opinião e vontade pública com o objetivo de proteger o meio ambiente, consubstanciado no entendimento e consenso entre os vários interesses dispostos numa dada sociedade.

## 6. REFERÊNCIAS

---

- CARVALHO, Edson Ferreira de. *Meio ambiente & direitos humanos*. Curitiba: Juruá, 2010.
- CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *Jurisdição constitucional democrática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.
- DURÃO, Aylton Barbieri. Habermas: os fundamentos do Estado Democrático de Direito. *Trans/Form/Ação*, São Paulo, vol. 32, pp. 119-137, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732009000100008&script=sci\\_abstract&tlng=pt](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0101-31732009000100008&script=sci_abstract&tlng=pt). Acesso em 23 jun. 2019.
- HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 1. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- \_\_\_\_\_. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Volume 2. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.
- MALJEAN-DUBOIS, Sandrine. A implantação do direito internacional do meio ambiente. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: Unitar, UNICEUB e UnB, 2009.

- MARQUES, Verônica Teixeira. Estado e sociedade civil: accountability e ampliação da esfera pública de conselhos gestores. In: SANTANA, C. H.; IGLESIAS, W. (orgs). *Estado, burocracia e controle democrático*. São Paulo: Alameda, 2015.
- MIRANDA, Maressa da Silva. O mundo da vida e o Direito na obra de Jürgen Habermas. *Prisma Jurídico*, ISSN 1677-4760, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 97-119, jan./jun. 2009. Disponível em: <https://www.redalyc.org/html/934/93412810006>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- PEDRON, Flávio Quinaud. A teoria discursiva do Direito e da democracia de Jürgen Habermas. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 3935, 10 abr. 2014. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27387>>. Acesso em: 22 jun. 2019.
- SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. Porto: Edições Afrontamento, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Renovar a teoria crítica e reinventar a emancipação social*. Tradução: Mouzar Bedito. São Paulo: Boitempo, 2007.
- SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo, Companhia das Letras, 2010.
- \_\_\_\_\_. *A ideia de justiça*. Tradução de Denise Bottmann, Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- SOUZA, Clóvis Henrique Leite. Conferências e os desafios metodológicos de seu estudo. In: PIRES, Roberto Rocha C. (org.). *Efetividade das instituições participativas no Brasil: estratégias de avaliação*. Brasília: Ipea, 2011.
- \_\_\_\_\_. *Fatores críticos de sucesso na organização de conferências nacionais*. Nota Técnica n.º 02/DIEST. Brasília: IPEA, 2012. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/5689>.
- VARELLA, Marcelo Dias. O surgimento e a evolução do direito internacional do meio ambiente: da proteção da natureza ao desenvolvimento sustentável. In: VARELLA, Marcelo Dias; BARROS-PLATIAU, Ana Flávia (orgs.). *Proteção internacional do meio ambiente*. Brasília: Unitar, UniCEUB e UnB, 2009.
- VAZ, Alexander Cambraia N. Participação política, efeitos e resultados em políticas públicas: notas crítico-analíticas. *Opinião Pública*, Campinas, v. 17, n. 1, p. 163-205, jun. 2011. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762011000100006&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762011000100006&lng=pt&nrm=iso). Acesso em 27 jun. 2019.

# Princípios constitucionais fundamentais no estado democrático de direito: organização estatal, relação entre seus agentes e os cidadãos

*Wilson Alves de Souza\**

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. Princípios jurídicos. Visão geral. 3. Princípio do Estado democrático de direito, princípio democrático e princípio do Estado de direito. 4. Princípios decorrentes do Estado democrático de direito mais diretamente relacionados com a ideia de Estado de direito. 4.1. Proteção da confiança. 4.2. Publicidade. 4.3. Subordinação à ordem jurídica. 4.4. Certeza e segurança jurídica. 4.5. Proibição de retrocesso social. 4.6. Proibição do excesso. 4.7. Fundamentação das decisões. 4.8. Efetividade das decisões. 5. Princípios decorrentes do princípio do Estado democrático de direito mais diretamente relacionados com a ideia de democracia. 5.1. Soberania popular. 5.2. Representação. 5.3. Proporcionalidade da representação. 5.4. Sufrágio. 5.5. Democracia semidireta. 5.6. Pluralismo político e direito de oposição. 5.7. Separação de poderes. 5.7.1. Poder, Estado e separação de poderes. 5.7.2. Limites ao poder do Estado e separação de poderes. 6. Conclusão. 7. Referências.

## 1. INTRODUÇÃO

---

Ainda muito se discute em doutrina a respeito da natureza dos princípios jurídicos. O tema merece maior atenção quando estamos a tratar de princípios inerentes à própria organização do Estado e a relação entre seus agentes, bem assim entre todos eles e os cidadãos sob sua autoridade.

Nas linhas que se seguem, procuraremos demonstrar, conforme defendido em outros trabalhos, que os princípios jurídicos são

---

(\*) Professor Titular da Universidade Federal da Bahia; Pós-doutor em Direito; Desembargador do Tribunal Regional da 1ª Região

normas jurídicas, para em seguida apresentar uma narrativa daqueles reputados como mais relevantes no âmbito do Estado constitucional democrático.

## 2. PRINCÍPIOS JURÍDICOS. VISÃO GERAL

---

Determinados valores jurídicos superiores, consagrados positivamente pela sociedade, dispensam disposição legal explícita. Caso ganhem aceitação expressa do legislador, tanto melhor. Entretanto, se não estão legalmente expressos, mas são aplicados pela sociedade, não perdem, evidentemente, o caráter normativo superior.<sup>1</sup>

Como salientado por Eros Roberto Grau, os princípios jurídicos, explícitos ou implícitos, são normas jurídicas positivas, rechaçando, assim, a caracterização dos mesmos como Direito natural.<sup>2</sup>

Hans Kelsen reconhece que o sentido subjetivo do fato que constitui o costume é um *dever-ser*, de modo que devemos nos conduzir de acordo com o mesmo. No entanto, mantendo-se firme no seu afã claramente positivista, ressalta o mencionado autor que o sentido subjetivo do fato consuetudinário só pode ser pensado como norma jurídica objetivamente válida se este fato assim qualificado é inserido na constituição como produtor de normas jurídicas.<sup>3</sup> E, ao propósito dos princípios jurídicos, Kelsen nega a natureza jurídica dos mesmos, porque o fato de serem qualificados como princípios de direito, não significa que sejam jurídicos ou juridicamente obrigatórios.<sup>4</sup>

Esta tese não merece apoio, pois o costume é reconhecida e inegavelmente uma fonte do direito. Mais: é a mais autêntica das fontes

- 
1. Luis Legaz y Lacambra sustenta, com exagero, que os princípios gerais do Direito são de validade universal e absoluta, caracterizando-os como de Direito natural. LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1943, p. 401. *Filosofía del derecho*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1972, p. 606.
  2. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, pp. 44/45.
  3. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Vol. II. Tradução: João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962, p. 71.
  4. KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986, p. 148/149.

do direito, na medida em que emana da própria comunidade e não das instâncias institucionalizadas, as quais, muitas vezes, produzem normas sem a menor eficácia, exatamente porque completamente fora da realidade social. O costume e os princípios jurídicos são aceitos pela comunidade para valer como normas jurídicas, e não apenas para servirem de inspiração ao legislador. A eficácia de tais fontes, muitas vezes, é tão forte que elas dispensam norma legislada que as corrobore, ou então a comunidade as cumpre de maneira tão reiterada que não há necessidade de provocação judicial por não haver conflito. E se houver necessidade de tal provocação, o costume e os princípios são invocados como normas jurídicas. Se os órgãos do Estado (administrativos ou jurisdicionais) os aplicou num caso concreto, só poderiam fazê-lo como norma jurídica. Os poderes dos agentes do Estado não são absolutos. Ninguém pode tudo. Nenhuma autoridade do Estado pode impor a alguém determinada conduta com base numa norma não legislada, que a comunidade aceita enquanto norma moral, mas recusa a qualidade de norma jurídica. Assim, por exemplo, se um milionário nega esmola a um pedinte, e este propõe demanda judicial para tal objetivo, nenhum juiz acolheria referido pedido. A repugnância à conduta mesquinha do milionário não passa do plano da moral. Veja-se outro exemplo: num país de inflação alta e acelerada, em caso de dívida monetária com prazo razoavelmente longo, deve ser consenso na comunidade que o credor tem direito a recomposição do valor real da moeda segundo métodos razoáveis, e não apenas a receber o valor monetário nominal, com fundamento, tão somente, no princípio (jurídico) do enriquecimento sem causa; vale dizer, mesmo que não haja norma legislada conferindo tal direito ao credor, forçoso é convir que o princípio em tela deve ser aplicado. Se esse caso é levado a processo judicial e o juiz aplica o princípio do enriquecimento sem causa em favor do credor, não é exato dizer que tal princípio simplesmente influenciou o julgador; ou seja, ao aplicar o princípio jurídico em referência, obrigando o devedor a pagar ao credor em conformidade com o valor real da moeda, o magistrado reconheceu a conduta ilícita do demandado em relação ao demandante com fundamento em norma (princípio) integrante do ordenamento jurídico.

Afirma Arnaldo Vasconcelos que os princípios gerais do direito, apesar de terem positividade, têm força vinculante, mas não são normas jurídicas.<sup>5</sup>

Em idêntico sentido, salienta Josef Esser que todos os princípios jurídicos são elementos do direito positivo que gozam de proteção processual, ou seja, são direito positivo, mas não normas.<sup>6</sup>

Na realidade, os princípios jurídicos têm conotação impositiva porque são normas jurídicas positivas, e não normas de direito natural, muito menos normas morais, de modo que é possível buscar proteção judicial com fundamento neles. No entanto, isso não significa dizer que os princípios jurídicos não possam encontrar fundamento na moral, até porque a norma jurídica legislada também pode encontrar esse mesmo fundamento, a exemplo do dispositivo legal que prescreve como crime, sob pena de prisão, a conduta “matar alguém”.

Se os princípios jurídicos estão expressos em determinada lei, porque, apesar de acatados pela comunidade, foram admitidos explicitamente pelo legislador, são normas jurídicas do tipo lei, sem perderem a qualidade de princípios; se, no entanto, os princípios jurídicos, embora implícitos, são acatados pela comunidade, não perdem a qualidade de normas jurídicas. Como anotado por Jorge W. Peyrano, desconhecer a normatividade dos princípios processuais é o mesmo que negar obrigatoriedade a sua aplicação.<sup>7</sup>

Os princípios jurídicos são normas jurídicas porque integrados ao ordenamento jurídico como valores jurídicos superiores e, por isto mesmo, gerais. Como percebido por Robert Alexy, tanto as regras como os princípios são normas porque ambos dizem o que deve ser, podem ser formulados com a ajuda das expressões deonticas

---

5. VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica*. 3a ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1978, pp. 206 e 210.

6. ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961, pp. 169/171.

7. PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978, p. 41.

básicas do mandato (a permissão e a proibição), apesar do maior grau de generalidade destes em relação àquelas.<sup>8</sup>

Como quem dá a discussão por encerrada, e ao propósito dos princípios de envergadura constitucional, afirma Paulo Bonavides que “a teoria dos princípios, depois de acalmados os debates acerca da normatividade que lhes é inerente, se converteu no coração das Constituições”.<sup>9</sup>

É preciso observar que a posição de Hans Kelsen é bem distinta do posicionamento de Legaz y Lacambra, Arnaldo Vasconcelos e Josef Esser, sobretudo na conclusão. É que aquele defende a tese da não obrigatoriedade dos princípios jurídicos, enquanto estes sustentam que os princípios jurídicos têm força impositiva. Como percebido acima, nosso ponto de vista, no particular, se alinha com os últimos.

Quando os princípios jurídicos estão expressos na própria lei não temos, no particular, problemas a resolver. Os problemas se apresentam quando os princípios estão implícitos. Reafirme-se que os princípios, ainda quando implícitos, são normas jurídicas tanto quanto a lei, o costume, a jurisprudência, e têm, ademais, a função de inspirar o legislador.<sup>10</sup>

A afirmação de que os princípios jurídicos, ainda que não expressos pelo legislador, não são meros ideais ideológicos ou programáticos, mas sim normas jurídicas concretas, ganha corpo quando são mais abrangentes e fundamentais para toda a sociedade, a exemplo do princípio do Estado democrático de direito.<sup>11</sup>

---

8. ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1a ed. 3a reimpressão. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 83

9. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8a ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 253.

10. Ver SOUZA, Wilson Alves de. *Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes*. Em Revista LTr. São Paulo: Ano 50, fevereiro, 1986, p. 50/2/168.

11. Como advertem J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, “o princípio democrático é um princípio jurídico normativo e não um simples modelo ou teoria abstrata”.

De outro lado, os princípios jurídicos têm, inegavelmente, função interpretativa, ou seja, não raro, determinado caso é resolvido buscando-se neles a solução mais justa. No entanto, os princípios jurídicos também exigem interpretação, pela curial razão de que são normas jurídicas.<sup>12</sup>

Obviamente que quando se diz que princípio jurídico é fonte formal do direito, não se está a fazer paralelo entre os processos de criação do princípio e da lei; do mesmo modo, não há como fazer identificação entre os processos de criação do costume e da lei.

De outro lado, existe algum ponto de contato entre princípio e costume enquanto fontes formais do direito. Pode-se afirmar, assim, que a fonte formal de criação da lei é institucionalizada, enquanto a fonte formal de criação do costume e dos princípios jurídicos é difusa. É que se os princípios jurídicos, ainda que não expressos em norma legal, porque integrados no ordenamento jurídico, são impositivos – daí por que são qualificados como *jurídicos* –, e tendo em conta que o Direito é objeto cultural (criação do homem para o homem, e não criação da natureza, muito menos criação divina ou algo que esteja no plano dos objetos ideais), só podem ser criados pelo povo de determinada sociedade. Aí está o ponto comum entre princípios jurídicos e costume. Pode-se dizer que os princípios jurídicos são costumes superiores gerais ou expressão consensual de valores jurídicos gerais e superiores de uma determinada sociedade e consagrados por esta, independentemente da vontade do legislador.<sup>13</sup>

---

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 77.

12. Nessa perspectiva, ALVES DE SOUZA, Wilson. *Princípios...* Cit., p. 50/2/168.

13.. Nesse sentido, Norberto Bobbio deixa claro que os princípios jurídicos são normas tanto em vista da conotação geral, como pela função de regular um caso. BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1996, pp. 158/159. Tal tese é apoiada por Eduardo García Máynez, que, tanto quanto Bobbio, contesta a tese negatista de Emílio Betti, e sustenta que se os princípios jurídicos não fossem normas seriam totalmente ineficazes. GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 11ª ed. México: Porrúa, 1999, pp. 312/313.

### 3. PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E PRINCÍPIO DO ESTADO DE DIREITO

---

Neste ponto, cabe logo formular uma indagação: é possível falar num macro princípio do Estado democrático de direito, sendo decorrentes dele o princípio democrático e o princípio do Estado de direito, cada um com seus subprincípios? Ou temos dois grandes princípios (o princípio democrático e o princípio do Estado de direito), naturalmente interligados, com seus subprincípios?

É apropriado falar num princípio do Estado democrático de direito. De todo modo, caso se estabeleça uma separação entre tais princípios (democrático e do Estado de direito), a interligação entre eles é tão profunda que não se pode falar em Estado democrático que não se estruture conforme o direito. A situação inversa é mais complexa apenas para os que seguem a teoria de Kelsen, segundo a qual o mais autoritário dos Estados é de direito. Para quem sustenta o contrário não há problema algum, vez que não há Estado de direito fora da democracia.<sup>14</sup>

A ideia de Estado democrático de direito, na linha de raciocínio até aqui exposta, é indicativa de que não basta ao Estado sustentar-se apenas na lei (Estado legal), mesmo que a cumpra, mas também que se estruture e consagre os direitos fundamentais a partir da constituição como norma superior, a ser respeitada por todos, inclusive

---

14. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira admitem falar num princípio do Estado de direito e num princípio democrático, tendo em vista a Constituição portuguesa, mas advertem que existe uma íntima e expressa ligação constitucional entre estes dois princípios, ou seja, o Estado de direito só o é verdadeiramente enquanto democraticamente legitimado pela sua formação e pelo seu conteúdo; o Estado democrático só o é genuinamente enquanto a sua organização e funcionamento assentam no direito e não na prepotência. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos...*, cit., p. 85. É válido ressaltar que o quanto dito em relação à Constituição portuguesa, vale em relação à Constituição brasileira, que logo no art. 1º dispõe que “a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito”.

e principalmente pelo próprio Estado.<sup>15</sup> Mas não é só: é necessária a implementação da democracia substancial como um verdadeiro princípio, porque é isso que interessa.<sup>16</sup>

Deste modo, a democracia substancial é a aplicação efetiva do princípio democrático por um determinado sistema democrático (procedimento para a realização de tal princípio).<sup>17</sup>

Com efeito, é importante reiterar que o princípio do Estado democrático de direito pressupõe um Estado em que a obtenção e o exercício do poder ocorram pelas vias da legitimação popular e mediante uma regulamentação jurídica, mas tudo se desenvolvendo de maneira efetiva (substancial). Seja como for, sem prejuízo de tudo quanto acima afirmado, não se pode negar que alguns princípios decorrentes do princípio do Estado democrático de direito estão mais intimamente relacionados com a ideia de democracia (exemplos: princípio da soberania popular, princípio da representação), enquanto outros estão mais relacionados à ideia de direito (exemplos: princípio da legalidade, princípio da segurança jurídica).

---

15. A Constituição brasileira está estruturada de modo a prever, no Título II, os “direitos e garantias fundamentais”, subdividido em cinco capítulos, quais sejam: “direitos e deveres individuais e coletivos” (Capítulo I), “direitos sociais” (Capítulo II), “nacionalidade” (Capítulo III), “direitos políticos” (Capítulo IV) e “partidos políticos” (Capítulo V).

16. Como observado por Geisa de Assis Rodrigues, o Estado democrático de Direito é ao mesmo tempo um princípio constitucional e a própria ordem que resulta da aplicação desse princípio, porque de há muito foi superada a doutrina que considerava os princípios constitucionais como normas tão-somente programáticas, que apenas veiculavam metas sem qualquer tipo de eficácia normativa. RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 21.

17. Como acentuado por Paulo Napoleão Nogueira da Silva, para que o princípio democrático seja plenamente atuante, é necessário construir constitucional e legalmente um sistema (procedimento) que assegure juridicamente a sua aplicação, de maneira que só assim estar-se-á diante de uma democracia, que é resultado do somatório entre o substancial (o princípio) e o procedimental (o sistema). SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Princípio democrático e estado legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p.13.

## 4. PRINCÍPIOS DECORRENTES DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO MAIS DIRETAMENTE RELACIONADOS COM A IDEIA DE ESTADO DE DIREITO

---

### 4.1. Proteção da confiança

---

O princípio da proteção da confiança é normalmente identificado com o princípio da segurança jurídica, mas, conquanto estritamente relacionados, não são iguais.<sup>18</sup> Aliás, o princípio da confiança tem relação estreita com diversos outros princípios, tais como boa-fé e efetividade das decisões.

Trata-se de elevado princípio constitucional, essencial à vida social e ao Estado democrático de direito. Assim o é em relação a todos e a qualquer relação jurídica, mas ganha corpo nas relações entre instituições públicas autônomas, principalmente entre Estado e sociedade civil. O agente político que age de maneira a praticar atos em detrimento dos cidadãos de maneira surpreendente ou que não respeita os atos que ele praticou não tem credibilidade perante a comunidade, o que é fatal numa democracia e para a governabilidade.<sup>19</sup>

Dada a sua alta relevância, do princípio da confiança decorrem os princípios da subordinação à ordem jurídica, da publicidade, da fundamentação das decisões, da certeza e segurança jurídica (incorporados pelas cláusulas de proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada) e da efetividade das decisões, a seguir examinados.

---

18. Nesse sentido, por exemplo, J. J. Gomes Canotilho, ao afirmar que a *segurança jurídica* está conexcionada com elementos objetivos da ordem jurídica (garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito), enquanto a *proteção da confiança* se relaciona mais com os componentes subjetivos da segurança (calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos). CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7a ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 257.

19. Como adverte García de Enterría, um bom sistema democrático é aquele que se esforça a partir da confiança do povo na designação dos governantes, mas também por mantê-la constantemente viva, de maneira que o povo se reconheça sempre como titular do poder e beneficiário de suas atuações. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 4ª ed. *Democracia, jueces e control de la administración*. Madrid: Civitas, 2000, pp. 101/102.

## 4.2. Publicidade

---

O direito de ser informado sobre os direitos e obrigações é essencial no Estado constitucional democrático. Esse princípio é bastante estudado no direito processual, mas é inequívoco que tem conteúdo geral.

Contudo, no processo, tendo em conta a participação direta das partes e seus procuradores na produção normativa, a incidência do princípio da publicidade tem maior destaque, porque fundamental para o exercício dos direitos processuais.

Exatamente por isso é que se diz que o processo é público, ou seja, a publicidade, em princípio, é da sua essência. Logo, em regra, o segredo, especialmente em relação às próprias partes, é incompatível com algo que, por natureza, é público. Vale dizer, sem publicidade, não há que falar em democracia, muito menos em justiça.

No âmbito processual, o princípio da publicidade significa que todo o processo deve se desenvolver de forma transparente para as partes e para o público em geral.

No que se refere às partes e aos seus procuradores, o princípio indica a necessidade de serem comunicados de todos os atos processuais, presenciá-los ou praticar algum ato como dever, ônus ou faculdade.

Para o público em geral, o princípio da publicidade significa que é facultado a qualquer pessoa ter acesso aos autos do processo e presenciar a realização de audiências ou sessões de julgamento, ainda que não tenha qualquer direito ou interesse jurídico a defender.<sup>20</sup>

Como visto, o princípio da publicidade dos atos processuais tem um aspecto endógeno e um aspecto exógeno. Do ponto de vista endógeno, o princípio da publicidade tem conotação quase que absoluta, o que significa dizer que, em regra, não poderá haver restrição da

---

20 O princípio da publicidade dos atos processuais está expressamente consagrado na Constituição brasileira (o art. 5º, LX) e na Constituição portuguesa nos artigos (20º, 3, e 206º).

publicidade dos atos processuais para as próprias partes e para seus advogados. Do ponto de vista exógeno, pode haver maiores restrições para o público em geral, mas apenas em situações excepcionais.

Em caráter excepcional, o princípio da publicidade pode deixar de ser aplicado *temporária e provisoriamente* também em relação à própria parte e seu advogado, por motivo de possibilidade de ineficácia de decisões liminares. O motivo de tal exceção está em que caso a parte seja cientificada da decisão antes da sua execução pode torná-la ineficaz. Fala-se *temporária e provisoriamente* porque a parte que sofreu tal restrição deverá ser comunicada da decisão logo que o perigo de ineficácia da mesma desaparecer. Veja-se, todavia, que em casos assim a restrição se limita ao próprio ato e, se necessário, à sua execução.

É possível *restrição indireta* ao princípio da publicidade em relação à própria parte ou até mesmo ao seu advogado, caso criem tumulto numa audiência ou numa sessão de julgamento a ponto tal que o juiz tenha que determinar a saída dos mesmos do lugar em que o ato está sendo praticando. Trata-se, aqui, de *restrição indireta* porque, apesar de a parte ou seu advogado poderem ser expulsos do lugar da audiência, o ato se realizará sem a participação deles. Esta providência, em verdade, não se fundamenta na necessidade de segredo para a prática do ato, mas sim na exigência de coibição de abusos, garantia da ordem pública e do prosseguimento do processo sem dilações indevidas. Tanto é assim que, não sendo o caso de segredo de justiça (segredo para o público em geral), o ato restritivo deve ser aplicado apenas contra quem se portou de modo a tentar inviabilizar a audiência ou sessão de julgamento. Por isso mesmo, qualquer pessoa do povo pode assistir ao ato. Outra demonstração de que tal providência não se funda na necessidade de segredo, mas sim na garantia da ordem pública e do prosseguimento do processo sem dilações indevidas, está em que nada impede que as partes e seus advogados tomem conhecimento posteriormente de todos os atos praticados na audiência ou voltem a se comportar de maneira civilizada. Evidentemente que em casos assim tão graves o juiz deve ter o máximo de cautela, só tomando esse tipo de decisão como última solução, de modo a que sem ela o ato não seria praticado.

No processo penal, tendo o juiz que tomar a medida extrema de determinar a expulsão de advogado da audiência ou sessão de julgamento terá que suspender o ato e nomear advogado *ad hoc*, tendo em vista o princípio da efetiva defesa.<sup>21</sup>

Normalmente as restrições ao princípio da publicidade para o público em geral objetivam preservar a intimidade das partes, como acontece, por exemplo, nas causas alusivas a direito de família. Assim, para preservar a intimidade das pessoas o juiz deve ter a cautela de publicar os atos processuais em órgão oficial sem o nome das partes, permitindo-se identificação da causa pelos nomes dos advogados, letras iniciais dos nomes das partes e número do processo. De outro lado, o juiz só deve permitir nas audiências e sessões de julgamento a presença das partes ou terceiros admitidos no processo, seus representantes legais, seus advogados, o representante do ministério público e os serventuários necessários ao serviço. Do mesmo modo, o acesso aos autos do processo só deve ser permitido a essas mesmas pessoas, mas é possível que terceiro que não interveio no processo apresente tal tipo de requerimento ou cópia de alguma peça ou documento para a defesa de algum direito, caso em que, uma vez demonstrado tal interesse, o referido requerimento não pode ser negado.<sup>22</sup>

O princípio da publicidade dos atos processuais pode sofrer limitação em relação ao público em geral por motivos de segurança ou por impossibilidade material de atender a todas as pessoas que pretendam assistir a determinada audiência ou sessão de julgamento por insuficiência de espaço, o que acontece, normalmente, em causas envolvendo pessoas famosas ou de grande repercussão social. Como se vê, em casos assim o princípio da publicidade, em verdade, do ponto de vista exógeno, é amplamente aplicado, na medida em que a limitação se dá apenas com relação à quantidade de pessoas estranhas ao processo que pretendem assistir ao ato, devendo o juiz dar prioridade aos profissionais da imprensa ou da área jurídica,

---

21. Conferir Código de Processo Penal brasileiro, arts. 261 e 263, e parágrafo único.

22. Conferir Código de Processo Civil brasileiro, art. 189 e §§ 1º e 2º.

estudantes de direito, dentre outros, pelo fato de existir relação direta entre o ato e as atividades normais das pessoas que trabalham em tais áreas, e ficar atento à ordem de chegada das pessoas, porque assim evita privilégios descabidos.

Do mesmo modo, não há que falar em quebra do princípio da publicidade caso o juiz determine a retirada de pessoas estranhas ao processo e aos trabalhos que estiverem se comportando de maneira a impedir ou dificultar a prática do ato.

Como visto, ressalvados os casos excepcionais, processo fechado para o público em geral é processo com forte carga de suspeita de arbitrariedades ou de ilegalidades e déficit de democracia. Por isso, é razoável supor que, com esse tipo de conduta, os agentes responsáveis pela condução do processo querem evitar que a sociedade tome conhecimento dessas mazelas. No que diz respeito às próprias partes e a seus advogados, salvo casos de extrema necessidade, limitados a determinados atos e ao tempo necessário, a falta de publicidade significa negação das garantias do devido processo em direito e do acesso à justiça, na medida em que não seria possível o exercício dos direitos.<sup>23</sup>

### 4.3. Subordinação à ordem jurídica

---

O *princípio da subordinação à ordem jurídica* significa que todos devem agir em conformidade com a ordem jurídica vigente.

Tradicionalmente, tal princípio é denominado de *subordinação à lei*. Prefere-se a expressão *subordinação à ordem jurídica* por ser mais exata, o que significa dizer, no particular, que a aplicação de todos os princípios lógicos, ontológicos e jurídicos atinentes à teoria do ordenamento jurídico, a exemplo da prevalência da constituição sobre as normas infraconstitucionais. Por isto mesmo, é correto dizer que o Estado de direito é antes de tudo um Estado constitucional.

Apesar de a doutrina fazer referência ao chamado *princípio da subordinação à lei* no sentido de submissão da Administração, na

---

23. Sobre tema, ver o filme *Sessão Especial de Justiça*, realizado por Costa-Gravas. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=V8eENfebveo>

verdade esse princípio se dirige à comunidade por inteiro, apesar de que é exato exigir muito mais do Estado o exemplo de respeitar a lei que ele mesmo criou do que aos cidadãos.

De outro lado, o *princípio da subordinação à ordem jurídica* é essencial para a convivência social, na medida em que sem lei não há ordem nem paz na sociedade. E a falta de ordem e de paz leva ao caos, o que não interessa a ninguém.

Sob outro aspecto, o *princípio da subordinação à ordem jurídica*, para ser completo, deve garantir a todos, mediante o devido processo legal, o acesso à jurisdição natural, independente e imparcial para fazer valer o império da ordem jurídica em caso de violação ou ameaça a direito, principalmente quando o agente dessa violação é o próprio Estado.<sup>24</sup> Segue-se daí que devem ser observados todos os princípios gerais do direito processual, na medida em que os princípios do devido processo legal e do acesso à justiça significam não apenas ter direito a um processo segundo um procedimento previsto em lei e ter abertas as portas do Poder Judiciário, mas, também, o direito a um processo justo, no sentido de garantir os direitos fundamentais processuais e substanciais.

#### 4.4. Certeza e segurança jurídica

Os princípios da certeza e da segurança jurídica decorrem dos princípios da subordinação à ordem jurídica, da publicidade e da efetividade, e significam que todos precisam saber previamente as regras jurídicas na vida em sociedade (certeza), que as mesmas serão cumpridas e que não serão modificadas, senão para valer no futuro, salvo para beneficiar (segurança). Aí está toda a base do que se chama de garantismo jurídico, que se funda na necessidade de que as pessoas cumpram seus deveres jurídicos como algo imposto, e não como um mero favor ou um gesto de boa vontade, sob cominação de cumprimento forçado.<sup>25</sup>

---

24. O art. 5º, II, da Constituição brasileira expressa o *princípio da subordinação à ordem jurídica*, ao dispor que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei. Entenda-se *lei*, como aludido acima, por *ordem jurídica*.

25. RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 13ª ed. México: Porrúa, 2000, pp. 112/115.

Assim, mais do que algo ínsito à ideia de Estado de direito, os *princípios da certeza e da segurança jurídica* são estruturantes para a própria funcionalidade do sistema.

Nesse contexto, não é suficiente a existência de lei para regulamentar as relações jurídicas entre as pessoas (principalmente o próprio Estado), mas também é indispensável que exista a garantia de não se permitir que nenhum ato jurídico, especialmente de autoridade pública, possa surpreender o cidadão. Deste modo, o Estado não pode, retroativamente, praticar ou modificar atos jurídicos legitimamente consumados em prejuízo de direitos das pessoas. Essa garantia se resume na cláusula de proibição de violação ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada. Assim, confiança e segurança são dois aspectos da mesma realidade, apesar de que esta decorre daquela.<sup>26</sup>

#### 4.5. Proibição de retrocesso social

---

O princípio da proibição de retrocesso social tem em consideração o fato de que a vida em sociedade é dinâmica e que o direito deve acompanhar tais mudanças apresentando novas regulações, mas sempre avançando no plano das regras que envolvem conquistas sociais. Vale dizer, a realização da justiça social envolve constante processo de mutações que devem ocorrer para melhor. Nesse ponto, as conquistas obtidas pela sociedade no plano dos direitos sociais, econômicos e culturais não devem, em princípio, retroceder. Isso significa dizer que a certeza e a segurança do direito não se põem a qualquer custo ou de qualquer modo, mas sim em observância aos fins da justiça, da liberdade e do bem-estar social. Por isso mesmo, as mudanças que ocorrem na sociedade e, assim, no âmbito do direito, devem ser, normalmente, postas na perspectiva de avanço e de progressão, e não de retrocesso.<sup>27</sup>

---

26. Segundo J. J. Gomes Canotilho, essa lógica se inverte. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., p. 257. A Constituição brasileira consagra esse princípio como um direito e garantia individual fundamental (art. 5º, incisos XXXV e XL).

27. Nesse sentido, RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción...*, cit., p. 114.

Desta maneira, o princípio da proibição de retrocesso social aponta para a direção no sentido de que os direitos sociais, econômicos e culturais conquistados e essenciais à dignidade da pessoa humana, em regra, não podem ser reduzidos, muito menos eliminados.<sup>28</sup>

#### 4.6. Proibição do excesso

---

O *princípio da proibição do excesso*, também chamado de *princípio da proporcionalidade* (em sentido amplo), está associado à ideia dos limites ao poder do Estado,<sup>29</sup> e significa que toda a ação estatal que implique restrições a direitos individuais ou coletivos ou à liberdade individual deve ser pautada pela prévia verificação da *necessidade* da medida e, sendo o caso, da sua aplicação *adequada e proporcional* (justa medida), em sentido estrito para os fins dessa atuação.<sup>30</sup>

#### 4.7. Fundamentação das decisões

---

O *princípio da fundamentação das decisões*, também denominado de *princípio da interdição da arbitrariedade dos agentes públicos* – a expressão *agentes públicos* está aqui empregada em sentido amplo, abrangendo, assim, todos os agentes do Estado, em especial os políticos –, significa que as decisões dos agentes públicos devem conter explicitamente seus motivos de fato e de direito. A ideia deste princípio está em que no Estado democrático de direito o agente estatal não pode agir simplesmente a partir da sua pura e exclusiva vontade, mas sim segundo a ordem jurídica posta. Para tanto, precisa

---

28. No sentido do texto, GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional...*, cit., pp. 338/340.

29. Ver acima.

30. J. J. Gomes Canotilho chega a inserir os aspectos de necessidade, adequação e proporcionalidade (em sentido estrito) como subprincípios constitutivos do princípio da proibição do excesso. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit., pp. 267/270. A Constituição brasileira contém diversos dispositivos atinentes à restrição de direitos individuais e coletivos, mas sempre consagrando o princípio da proibição do excesso, a exemplo, dentre outros, dos casos previstos no art. 5º, incisos XI, XVI, XXII a XXIV, XXV, XXXIII, XLV, XLVII, LVIII, LX, LXI, arts. 34 e 35, §§ 3º e 4º do art. 36, art. 136 e §§, e arts. 137 a 139.

convencer a comunidade da legalidade do seu proceder. Sem a fundamentação das decisões não é possível o controle destas.

Não há dúvida de que o *princípio da fundamentação das decisões* se aplica a todos os agentes de todos os Poderes do Estado, mas ganha especial dimensão quando se trata de decisões judiciais. Assim é porque os juízes decidem concretamente a respeito dos bens da vida (a própria vida, a liberdade e os bens morais e materiais das pessoas), no plano dos interesses individuais e coletivos.<sup>31</sup>

O *princípio da fundamentação das decisões* tem especial relevância no que se refere aos atos jurisdicionais do tribunal constitucional (controle abstrato ou controle de difuso com eficácia vinculante de constitucionalidade das leis e atos normativos do poder público), situação em que tal órgão, de alguma maneira, interfere no processo legislativo. Mais do que qualquer outra, por envolver situação de alta carga política, por controlar a atividade típica de outros Poderes autônomos, independentes e legitimados, as decisões jurisdicionais do tribunal constitucional, no particular, devem ser fundamentadas com mais forte razão.<sup>32</sup>

Do mesmo modo, o *princípio da fundamentação das decisões* também se aplica aos membros do Poder Executivo. Primeiro, porque os membros deste Poder, tanto quanto os membros do Judiciário, também decidem a respeito dos bens da vida no plano individual, e, com maior acentuação, no plano coletivo, na medida em que seu papel é traçar e executar as políticas públicas do interesse da comunidade. Segundo, porque as decisões da Administração Pública devem atender aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, eficiência, transparência e boa-fé, além do que, ao menos

---

31. No direito brasileiro, o princípio da justificação das decisões judiciais está explicitado na Constituição federal (art. 93, IX).

32. Como pondera J. J. Gomes Canotilho, numa decisão do Tribunal Constitucional interessa saber em que *vícios, causas, motivos* ou *fundamentos* ela se baseia para considerar e declarar uma norma inconstitucional ou não inconstitucional. Ademais, essa fundamentação tem uma função democrática, que é materializar a relação de concordância entre o órgão constitucional, *guardião da constituição*, e o povo em nome do qual são proferidas as decisões jurisdicionais. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional...*, cit, p. 1325.

num Estado democrático de direito, estão sujeitas a controle dos outros Poderes e da comunidade, de maneira que sem fundamentação seria impossível verificar a aplicação desses princípios.<sup>33</sup>

Quanto ao Poder Legislativo, também, face ao que se acabou de expor, não há razão para ser diferente quando pratica atos jurisdicionais, atos administrativos ou mesmo atos normativos de efeitos concretos.

No que se refere aos atos legislativos gerais e abstratos, a diferença é evidente, essencialmente em função da generalidade destes e da concreção daqueles. As razões gerais que exigem a fundamentação das decisões jurisdicionais e administrativas concretas são as mesmas que sustentam que os atos legislativos gerais devem observar tal princípio. Os legisladores, como representantes do povo que são, devem agir do mesmo modo que os administradores e juízes, pois todos eles são servidores do público.

Deste modo, num Estado democrático de direito os legisladores devem justificar ao povo os atos legislativos que praticam, além do que tais atos estão sujeitos a controle do Poder Executivo (sujeição a veto) e, principalmente, do tribunal constitucional (controle abstrato ou difuso de constitucionalidade com efeito vinculante), os quais terão necessidade de conhecer a motivação do ato para que possam aquilatar a existência de todos os princípios e normas exigidos para sua validade e constitucionalidade. Os projetos de leis, principalmente quando apresentados por agentes estranhos ao Poder Legislativo, costumam ser precedidos de exposição de motivos. Quando os

---

33. Observa Eduardo García de Enterría que o princípio da interdição de arbitrariedade dos poderes públicos, previsto no art. 9.3 da Constituição espanhola, é dirigido ao centro dos poderes discricionários. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Democracia...*, cit., pp. 148/149. Na doutrina brasileira, observa Celso Antonio Bandeira de Mello que o princípio da motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do *porquê* das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se sujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis". MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5a ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 57.

atos legislativos são unipessoais não há que se exigir fundamentação explícita, mas apenas conformação com a ordem jurídica. De outro lado, também não se pode deixar de reconhecer que os atos normativos gerais e abstratos, até pela técnica do seu enunciado, não contêm expressões de natureza motivadora. Estas devem ser buscadas nos registros que documentam o processo legislativo no parlamento, quando for o caso de ato expedido por órgão colegiado.<sup>34</sup>

De todo modo, forçoso é convir que a especificidade da lei em sentido próprio (generalidade), evidencia uma diferença entre os modos de fundamentar. Veja-se que na decisão individualizada esta é dada justamente em aplicação à lei. O legislador regula condutas humanas em caráter geral, o que, por si só, revela grau acentuado de discricionariedade e de subjetividade sem paralelo com as decisões administrativas e jurisdicionais, principalmente as últimas.<sup>35</sup>

Assim, não há razão para ser diferente quando a função legislativa é atribuída ao Poder Judiciário ou ao Poder Executivo, notadamente quanto a este, quando a função é exercida em caráter unipessoal. Deve-se reconhecer que, na prática, normalmente, não existe exigência forma explícita de fundamentação dos atos legislativos do Poder Judiciário (regimentos internos dos tribunais, por exemplo) e do Poder Executivo (a exemplo do decreto regulamentar). Este

---

34. A Constituição brasileira consagra expressamente a exigência de motivação dos atos legislativos, tendo em vista a necessidade de discussão dos projetos de leis, inclusive nas comissões (arts. 58, 64 e 65), valendo ressaltar que nos órgãos legislativos brasileiros (Câmaras Municipais, Assembleias Legislativas dos Estados e Congresso Nacional) é comum a instituição de Comissão de Constituição e Justiça, cuja finalidade primordial é analisar a constitucionalidade do projeto de lei a ser levado à deliberação final do plenário, e a necessidade de o chefe do Poder Executivo apresentar “os motivos do veto” (art. 66, § 1º).

35. É correta, em certa medida, a observação de Pedro Estevam A. P. Serrano no sentido de que a intangibilidade da motivação e vontade subjetiva do legislador pela jurisdição se justifica enquanto se tem a lei como veículo introdutor de normas gerais. O caráter antecedente e fundamentador da atividade legislativa em relação à jurisdição subtrai desta a possibilidade de ingresso nas razões subjetivas e motivações do legislador, como forma de impedir sua substituição pela figura do juiz, garantindo a independência dos poderes. SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997, p. 107.

último, aliás, é ato unipessoal e não é praticado mediante processo legislativo (em sentido próprio).<sup>36</sup>

Apesar da evidente diferença entre função legislativa e função administrativa e função jurisdicional, notadamente no campo da discricionariedade, não há dúvida que o sistema jurídico não atribui ao legislador poderes absolutos ou arbitrários. Por isso mesmo, o abuso de poder pode ser verificado em qualquer das funções do Estado, inclusive na função legislativa, quando a lei está em desconformidade com o interesse público e a finalidade pública ou mesmo destituída de razoabilidade ou com disposições absurdas ou arbitrárias, mesmo quando formalmente em conformidade com a constituição.<sup>37</sup>

Em verdade, está superada a ideia de que a função legislativa é livre no sentido puro da expressão, ou seja, que o legislador tem poderes absolutos para editar lei de todo e qualquer conteúdo, arbitrária e absurdamente.<sup>38</sup>

Na realidade, toda a atuação dos agentes do Estado (administradores, juízes e legisladores) é livre, no sentido de respeitar sua atribuição constitucional e não se admitir qualquer tipo de coação, mas é limitada pela constituição vinculada a esta, implícita ou

---

36. No entanto, no caso brasileiro, na linha do acima exposto, a Constituição exige do Presidente da República, pelo menos implicitamente, a fundamentação das medidas provisórias que editar, até mesmo para que o Congresso Nacional e o Poder Judiciário – este se provado – possam verificar a presença ou não dos requisitos específicos “de relevância e urgência”, nos termos da própria Constituição (art. 62); e isto pela razão de que tais medidas, apesar da vigência imediata, também têm a conotação de ato inicial do processo legislativo.

37. Como percebido por J. J. Gomes Canotilho, a estar correta a demonstração do sentido da discricionariedade legislativa, não se pode falar dos princípios político-constitucionalmente conformadores como impositivos de uma estreita margem de discricionariedade legislativa, antes se deve falar aqui de uma *liberdade de conformação legislativa entre os limites da competência de qualificação positivamente vinculada e da competência de qualificação com exclusão do arbítrio*. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 284.

38. Como ressaltado por Pedro Estevam A. P. Serrano, a ocorrência do vício será passível de verificação objetiva pelo Judiciário sempre que a competência discricionária do Legislativo foi utilizada para além de seus limites de vinculação. Sai fortalecido o poder vinculante da constituição, sua rigidez e superioridade hierárquica. P. SERRANO, Pedro Estevam A. *O desvio...*, cit., p. 124.

explicitamente. Apesar de livre, normalmente deve ser fundamentada para permitir aquilatar sua conformidade com a constituição em todos os seus aspectos.

#### 4.8. Efetividade das decisões

---

O princípio da efetividade das decisões é, por razões óbvias, um dos mais relevantes princípios constitucionais. Deste princípio surge a ideia de garantismo jurídico, porque um Estado que profere decisões (em geral) e as mesmas não são cumpridas, não assegura aquilo que dele se espera, o que coloca em dúvida sua afirmação de Estado constitucional democrático. Por isso mesmo, esse princípio é mais essencial ainda, se a efetividade é buscada por meio da via judiciária. Quando, ainda assim, o sistema falha, a democracia está em perigo. Por isso mesmo, é correto dizer que Estado que não efetiva as decisões que produz, pelo menos na via judiciária, também nega o acesso à justiça.

Com efeito, o próprio conceito de acesso à justiça envolve a ideia de efetividade das decisões judiciais, ou seja, não garantir a *porta de entrada* (direito de demandar) impondo-se a *porta de saída*, que é uma decisão final produzida num processo com todas as garantias, inclusive decisão fundamentada, justa e eficaz. É verdade que, por exceção, o sistema jurídico regula algumas hipóteses de ineficácia das decisões judiciais, como, por exemplo, no caso de sentença de prestação pecuniária em caso de absoluta insolvência do devedor. Mesmo no caso excepcional de medida coercitiva extrema de decretação de prisão civil por dívida alimentar, não há como obter a eficácia da decisão, pelo menos nos sistemas democráticos de direito, porque tal coerção não pode ser aplicada se o devedor justifica a impossibilidade de pagamento.

De toda maneira, essa circunstância de ineficácia das decisões judiciais é excepcional, além do que pode variar no futuro, a qualquer tempo, para a situação de eficácia, caso haja alteração da situação financeira ou patrimonial do devedor.

O que não se pode tolerar é a ineficácia de decisões judiciais, quando existem condições para o seu cumprimento, pois em casos assim há verdadeira denegação de justiça.

De outro lado, a ineficácia das decisões judiciais é negativa para todos, inclusive o Estado, na medida em que perder-se tempo e dinheiro para tudo resultar em nada. Pode-se afirmar que o Estado que produziu uma sentença ineficaz, quando a mesma tem ou poderia ter condições de eficácia, na realidade negou acesso à justiça e contribuiu para seu próprio descrédito e potencialidade de caos social. Na prática, decisão judicial ineficaz, quando tem condições de eficácia, se iguala à omissão em julgar.

Portanto, obter sentença favorável transitada em julgado, mas ineficaz por omissão ou negligência judicial, é pior do que obter sentença desfavorável. Quem perde a demanda é obrigado a se conformar com o resultado do julgamento. Mas é intolerável o Estado oferecer uma decisão judicial que indica situação de “certeza” jurídica – após o desgaste emocional e a perda de tempo e de dinheiro num processo –, e ser inoperante na busca da sua eficácia à vista do desafio do obrigado ao Judiciário.

## **5. PRINCÍPIOS DECORRENTES DO PRINCÍPIO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO MAIS DIRETAMENTE RELACIONADOS COM A IDEIA DE DEMOCRACIA**

---

### **5.1. Soberania popular**

---

O *princípio da soberania popular* parte da reflexão de que na sociedade, e tendo em consideração a complexidade desta e a própria condição humana, é necessário que o homem imponha a observância de determinadas condutas ao próprio homem (poder). Ante essa necessidade, vê-se que o princípio da soberania popular está assentado na ideia de que o poder não deriva de nenhuma divindade, nem da natureza, nem da hereditariedade, mas sim do próprio povo, como também de que o povo é o poder, ou, ainda, de que o poder está no povo e é por este exercido (titularidade própria).<sup>39</sup>

---

39. Assim, quando a Constituição brasileira estatui no parágrafo único do art. 1º que “todo o poder emana do povo e em seu nome é exercido”, diz menos do que deveria

## 5.2. Representação

---

Como se sabe, tendo em conta a complexidade da vida moderna, é praticamente impossível o exercício do poder direta e pessoalmente pelo próprio povo. Deste modo, tornou-se imperioso que o povo exerça o poder por meio de representantes, não se devendo perder de vista que essa representação deve ocorrer tanto no plano formal (voto popular segundo o procedimento previsto na ordem jurídica) como na perspectiva substancial (atuação dos representantes segundo os interesses do povo, de acordo com o previsto na própria ordem jurídica, a partir da constituição).<sup>40</sup>

## 5.3. Proporcionalidade da representação

---

Tal princípio significa que os representantes do povo serão eleitos de forma proporcional, ou seja, segundo a força política correspondente à expressão eleitoral dos candidatos e dos partidos políticos aos quais aqueles pertencem.<sup>41</sup>

## 5.4. Sufrágio

---

O instrumento de realização do *princípio da representação* é o *princípio do sufrágio universal*, igual, secreto e periódico, pelo qual os cidadãos elegem os agentes que serão os titulares dos órgãos do poder político.<sup>42</sup>

---

dizer. De qualquer modo, ao dispor no art. 14 que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto”, ratifica o princípio ora em análise, porquanto a soberania é algo próprio e inerente a alguém e não algo que se origina de alguém.

40. Conforme salientado por J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, além deste *sentido procedimental* (‘a representação como delegação da vontade do povo’), há outro sentido (o *normativo-substancial*), que também é contemplado na Constituição. A representação significa, aqui, atuação no interesse do povo e *disposição para responder* em congruência com os desejos e necessidades dos representados. Os referidos autores também apontam o art. 150, que define a Assembleia da República como “representativa de todos os cidadãos portugueses”. CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos...*, cit., p. 78/79.

41. Tal princípio está expresso no art. 45, da Constituição brasileira.

42. Esse princípio está consagrado expressamente na Constituição brasileira (arts. 14, 44, parágrafo único e 82).

## 5.5. Democracia semidireta

---

Se a complexidade da vida moderna impede o exercício do poder diretamente pelo povo, impondo-se, como visto acima, o exercício do poder por meio de representantes eleitos (princípio da representação e princípio do sufrágio), algumas decisões de alta relevância para a população exigem, em maior ou menor extensão, a participação desta por meio de mecanismos jurídicos, como a iniciativa popular, o plebiscito, o referendo, o veto popular, etc.<sup>43</sup>

## 5.6. Pluralismo político e direito de oposição

---

Os princípios do pluralismo político e do direito de oposição são essenciais à existência da própria democracia. Nas sociedades modernas, os partidos políticos são meios para o cidadão obter o poder, de maneira que o pluralismo político e o direito de oposição pressupõem ampla diversidade partidária, direito de livre associação e de livre manifestação e expressão no parlamento ou fora dele, e efetiva possibilidade de alternância do poder.<sup>44</sup>

## 5.7. Separação de poderes

---

### 5.7.1. Poder, estado e separação de poderes

---

Do quanto até aqui exposto, restou claro que o poder se realiza e se efetiva em determinadas sociedades dispensando o Estado. Mas forçoso é convir que nas sociedades modernas o exercício do poder se dá mediante algum grau de organização. Vale dizer, a sociedade humana chegou a ponto tão elevado de organização política que o exercício do poder se dá apenas por meio do Estado, com exceção, evidentemente, das sociedades que ainda vivem sob forma primitiva e da sociedade política internacional. Tem-se que

---

43. A Constituição brasileira prevê mencionado princípio (art. 14).

44. A Constituição brasileira expressa o princípio do pluralismo político logo no preâmbulo e no art. 1º (inciso V), bem assim no art. 17. O direito de oposição decorre do direito e garantia individual de livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV).

considerar, no entanto, que se algum dia a sociedade humana se organizar politicamente no plano internacional ao máximo, não mais haverá Estados, mas apenas um centro de poder na face da terra. Como se sabe, já existe no plano internacional algo de concreto, de forma incipiente, em termos parciais e bem restritos, com a formação de blocos políticos ou apenas econômicos, de maneira que no futuro, se houver a continuidade dessa política, é possível que haja grande redução do número de Estados. A Comunidade Europeia, por exemplo, é um bloco político, na medida em que tem moeda própria e órgãos comuns de decisão em todos os planos: de administração, de legislação e de jurisdição. Atualmente, o que existe de concreto e de mais relevante como forma mais organizada de poder político é, inegavelmente, o Estado.

Partindo do pressuposto da existência de determinado Estado (presença dos seus elementos constitutivos), essa expressão representa a própria encarnação do poder, que se define como soberania.

Considerando a finalidade do Estado, as principais atividades deste (que também podem ser qualificadas como funções e, ao mesmo tempo, poderes) se reduzem a três: legislativa, administrativa e jurisdicional.<sup>45</sup>

### ***5.7.2. Limites ao poder do estado e separação de poderes***

Nenhum poder é absoluto. Neste sentido, não é exato dizer que toda e qualquer atividade das pessoas subordinadas à autoridade do Estado está sujeita a autorização deste. Mesmo nos governos absolutistas há sempre uma margem de liberdade para o agir das pessoas, isto é, o Estado, qualquer que seja o regime, não tem condição de monitorar toda a vida humana.

De outro lado, existe relação jurídica entre os Estados, disciplinada pelo direito internacional, entre o Estado e os indivíduos que vivem em seu território, regulada pelo próprio Estado. Desta maneira,

---

45. Identificando função jurisdicional à função administrativa, ver KELSEN, Hans. *Teoria pura...*, cit., p. 268.

é imperiosa, do ponto de vista jurídico, a fixação de limites ao poder do Estado, tema que nem sempre é tratado com a devida atenção.<sup>46</sup>

De fato, é necessário lembrar que o Estado existe em função do homem e não o contrário. O homem busca proteger seus bens, notadamente os mais superiores, no caso, a própria vida e a liberdade, razão da sua própria existência. Mas como o homem vive e convive com outros homens, não há lugar para o livre arbítrio. Por outras palavras, a vida em sociedade não comporta a liberdade absoluta. Daí o sábio aforismo popular, mas de inegável elevado senso jurídico, de que “o nosso direito termina onde começa o direito do outro”.

O Estado deve dar segurança aos seus jurisdicionados tendo em conta fatores internos e externos e, para tanto, precisa manter a ordem. Deve, igualmente, assegurar a todos os seus cidadãos o máximo de bem-estar social em todos os aspectos. Para realizar seus objetivos com eficiência, o Estado precisa buscar recursos, primeiramente junto a seus próprios cidadãos. Por isto mesmo, o Estado pode exigir das pessoas sob sua autoridade determinados comportamentos – o que, por si só, já é restrição da liberdade – e, em caso de transgressão, privar o transgressor de determinados bens da vida, inclusive a liberdade. Existem Estados, ditos democráticos e defensores dos direitos humanos, que aplicam até mesmo a sanção de eliminação da própria vida humana. No entanto, o Estado deve agir no sentido de observar o *princípio da menor restrição possível*, ou, em outros termos, do *princípio da permissão da mais ampla liberdade*.<sup>47</sup>

---

46. Como adverte Wilhelm von Humboldt, quando se comparam entre si as Constituições dos Estados mais notáveis e se comparam com as opiniões dos filósofos e políticos mais acreditados, causa espanto verificar que se trata de um modo tão completo e que se resolve de um modo tão pouco preciso um problema que parece digno de chamar a atenção, qual seja o dos fins para os quais deve dirigir-se a instituição do Estado no seu conjunto e dos limites a fixar na sua ação. VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da ação do estado*. Tradução: Fernando Couto. Porto: Rés, 1990, p. 11.

47. Conforme afirma expressivamente Wilhelm von Humboldt, “a verdadeira razão não pode desejar para o homem nenhum outro estado senão aquele em que não somente cada indivíduo goze da mais completa liberdade para desenvolver-se por si mesmo e em sua própria individualidade, mas no que, além disso, a natureza física não receba da mão do homem mais forma que a que queira imprimir-lhe livre e voluntariamente

A ação do Estado, tendo em consideração sua necessidade e seus fins, é, pois, limitada, a começar pela necessidade de atuação jurídica, ou seja, fundada no direito. Essa atuação jurídica deve primordialmente preservar a liberdade individual ao máximo. A liberdade é tão essencial à condição humana que quando se torna indispensável a sua restrição, ou mesmo a sua privação, o interesse individual cede em favor do interesse coletivo, exatamente para o melhor bem-estar social. Se assim não fosse, o sistema de convivência social seria insustentável.<sup>48</sup>

Está-se, aqui, frente ao velho e inevitável problema da relação entre o Estado e o indivíduo, ou, por outras palavras, da autoridade e da liberdade, cuja solução terá que ser encontrada pela fórmula do equilíbrio. A hipertrofia do poder (superioridade do Estado) em detrimento da liberdade (inferioridade do indivíduo) conduz ao autoritarismo ou mesmo à ditadura, o que está em desacordo, como visto acima, com os fins do Estado. A hipertrofia do indivíduo (individualismo) em detrimento da autoridade conduz à debilidade do Estado, e se apresenta como uma falsa vantagem. É que Estado excessivamente fraco tende a não realizar os seus fins. Fora daí a humanidade terá chegado a nível tão elevado de consciência política e social que não mais se justificará a existência do Estado.

Com efeito, é crucial a busca incessante do equilíbrio entre o Estado e o indivíduo. Isto é, impõe-se o exercício racional do poder, para que, fundado nas ideias de solidariedade e de aproximação

---

*cada indivíduo, na medida das suas necessidades e inclinações, restringidas apenas pelos limites da sua força e do seu direito. A razão não deve ceder deste princípio, na minha opinião, mais do que o necessário para a sua própria conservação. Este princípio, portanto, deverá servir de base para toda a política e especialmente para a solução do problema do que aqui se trata". VON HUMBOLDT, Wilhelm. Os limites..., cit., p. 23.*

48. Invoca-se, mais uma vez, a lição de Wilhelm von Humboldt, ao afirmar que empregando uma fórmula muito geral, poderíamos descrever o verdadeiro alcance da atividade do Estado dizendo que abarca tudo aquilo que pode realizar para o bem da sociedade, mas sem ferir o princípio da mais ampla liberdade. Daí o corolário de que é reprovável todo o esforço do Estado para se imiscuir nos assuntos privados dos cidadãos, sempre que estes não se refiram diretamente à lesão dos direitos de um pelo outro. VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites...*, cit., p. 25.

máxima entre governantes e governados, haja uma sociedade com o máximo de igualdade e bem-estar social, e o mínimo de restrição à liberdade.<sup>49</sup>

É, pois, injustificável qualquer assertiva com sentido destrutivo envolvendo essa relação. Enquanto o Estado for necessário, e se é certo dizer que a verdadeira finalidade deste é a segurança e, até mesmo, o bem-estar individual, descabe qualquer conduta individual que objetive destruir a organização estatal, como também não se pode conceber qualquer iniciativa estatal que não seja para beneficiar o indivíduo. Há que ser buscado um ponto de equilíbrio, no particular.<sup>50</sup> Assim, se algum dia o Estado deixar de existir, como não admitimos a possibilidade de sociedade humana sem poder, a fórmula jurídica correta é a mesma, substituindo-se o vocábulo *Estado* pela expressão *poder* ou *centro de poder*. Por outras palavras, o poder (com ou sem Estado) existe em função do indivíduo, e não o contrário, de maneira que toda a sua atuação deve ser limitada e controlada, impondo-se a justificativa das suas decisões sempre que restringirem direitos dos cidadãos.

Destarte, não paira dúvida de que um dos princípios mais relevantes para o estabelecimento de limites ao poder estatal é o da *separação de poderes*, que consiste na atribuição das funções básicas do Estado (legislativa, administrativa e judicial) a órgãos diferentes e independentes entre si. Trata-se, pois, de princípio fundamental no Estado constitucional democrático. O princípio da separação de poderes é tão essencial que não deve ser qualificado como democrático o Estado que não o adota.

---

49. Assiste-se, segundo B. Mirkine-Guetzevitch, ao processo da *racionalização* do Poder, à tendência de submeter ao Direito *todo* o conjunto da vida coletiva. De outro lado, não só aparece a democracia de fato, como também a democracia de direito, que se traduz pela racionalização jurídica da vontade geral (do povo), justificando-se não apenas porque ela é a vontade da maioria, como também porque contém formas que garantem a expressão mais razoável e mais justa desta vontade, aproximando o Estado livre da verdadeira *antropocracia*. MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2ª ed. Madrid: Editorial España, 1931, p. 12/13.

50. Segundo anotado por Orlando Gomes dos Santos, a fórmula de SPENCER (“o indivíduo contra o Estado”) é substituída pela de WILSON (“o Estado pelo indivíduo”). SANTOS, Orlando Gomes dos. *O estado e o indivíduo*. Bahia: Gráfica Popular, 1933, p. 78.

Atribui-se a Montesquieu o desenvolvimento da *teoria da separação de poderes*, mas é fato reconhecido que sua doutrina se assentou no pensamento de Locke, o qual, apesar de não desenvolver a referida teoria, firmou as bases da mesma ao salientar que o poder executivo e o poder judiciário dependem estreitamente de quem faz a lei.<sup>51</sup>

A principal obra de Montesquieu se intitula *Do Espírito das Leis*. Trata-se de um trabalho de filosofia política, cujos pontos principais são a análise da liberdade e o mecanismo político pelo qual a mesma deve ser assegurada, fundamentalmente pela separação de poderes. Em primeiro lugar, o referido pensador analisa a liberdade política em consonância com o direito e em total rejeição ao despotismo, ao salientar que “num Estado, isto é, numa sociedade em que há leis, a liberdade não pode consistir senão em poder fazer o que se deve querer e em não ser constrangido a fazer o que não se deve desejar. Deve-se ter sempre em mente o que é independência e o que é liberdade. A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo o que as leis proíbem, não teria liberdade, porque os outros também teriam tal poder”.<sup>52</sup>

A preocupação de Montesquieu foi a de procurar estabelecer um sistema governamental que garantisse melhor liberdade política, e isto só é possível quando se limitam os poderes governamentais, de maneira que a salvaguarda mais conveniente para se evitar a tirania está na separação dos poderes executivo, legislativo e judiciário, tal como, segundo ele imaginava, existia na Inglaterra.<sup>53</sup>

---

51. Cf. GETELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Vol. I. Tradução: Teodoro González García. 2ª ed. Barcelona: Labor, 1950, p. 367.

52. MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Sem indicação do tradutor. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 200.

53. MONTESQUIEU. *Do Espírito...*, cit., p. 200/202. Nesse particular, o equívoco do mencionado filósofo é evidente, porque, como percebido por Raymond G. Gettell, a obra de Montesquieu, apesar da profunda influência que exerceu na América, se funda numa errônea interpretação da Constituição inglesa, posto que a existência do governo de gabinete supõe uma combinação de funções executivas e legislativas; aplica-se na constituição federal e nas constituições dos estados; aparece em muitas petições de direitos e foi incluída na Declaração dos Direitos do Homem. GETTELL G., Raymond. *Historia...*, cit., vol. II, p. 35.

Montesquieu volta a defender a separação de poderes como condição da liberdade política ao se insurgir de maneira contundente contra o despotismo, deixando claro, ao fazer comparação com o que ocorria na Turquia e em algumas repúblicas da Itália, que a concentração dos três poderes é a forma utilizada pelo príncipe que pretende ser despótico.<sup>54</sup>

Observou Montesquieu que o poder executivo deve ser concentrado em uma só pessoa, porque suas ações são mais imediatas, ocorrendo o contrário em relação ao poder legislativo. De outro lado, ponderou que, como meio de garantir a liberdade, o corpo legislativo não deveria ficar muito tempo sem se reunir, porque essa demora poderia resultar em concentração de poder no âmbito do executivo e em absolutismo.<sup>55</sup>

Está evidente na obra de Montesquieu, a despeito do marco de uma teoria dos três poderes e da separação entre eles, ênfase aos poderes legislativo e executivo e menor relevância ao poder judiciário. O referido filósofo chegou ao ponto de qualificar o judiciário como *poder nulo*. Por isso, defendeu ele a necessidade de um poder regulador para moderar os dois verdadeiros poderes (legislativo e executivo), tarefa que poderia ficar a cargo dos nobres do corpo legislativo.<sup>56</sup>

Com efeito, sabe-se que só muito tempo depois, sobretudo em decorrência da doutrina americana formada em torno das discussões a respeito da federação, o poder judiciário ganhou força e uma posição autônoma em relação aos demais poderes.<sup>57</sup>

De qualquer modo, é inegável a influência da obra de Montesquieu na América.<sup>58</sup>

---

54. MONTESQUIEU. *Do Espírito...*, cit., p. 202.

55. MONTESQUIEU. *Do Espírito...*, cit., p. 206.

56. MONTESQUIEU. *Do Espírito...*, cit., p. 205.

57. Como lembrado por José Luiz de Anhaia Mello, foi nos Estados Unidos que o Judiciário começou realmente a assumir o seu lugar ao sol entre os poderes do Estado e, mais tarde, uma posição de realce entre os mesmos. MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968, p. 28.

58. GETTELL, Raymond G. *Historia...*, cit., vol. II, p. 35.

A doutrina de Montesquieu avançou por todo o mundo com imensa repercussão, de maneira que foi extraordinária a sua influência no mundo, em especial nos países da América Latina, inclusive no Brasil.

Em síntese, o princípio da separação de poderes tem marco na atribuição das três funções essenciais do Estado a órgãos autônomos e independentes.

Assim, a função legislativa se caracteriza, fundamentalmente, pela edição de lei geral e abstrata.

A função administrativa se caracteriza pela atuação primária de execução das leis no sentido de prover as necessidades da população e seu relacionamento com os demais entes no âmbito internacional.

A função jurisdicional se caracteriza pela atuação secundária de julgamento dos litígios entre os cidadãos ou entre estes e o próprio Estado e remoção de obstáculos postos pela própria ordem jurídica envolvendo interesses das pessoas, como terceiro desinteressado (imparcial), em caráter substitutivo e definitivo.<sup>59</sup>

Apesar da inegável relevância da doutrina da divisão de poderes, há quem afirme que a mencionada teoria não passa de um mito.

Duguit, por exemplo, após deixar claro que toda pessoa é indivisível, acrescenta que esta concepção de um poder separado, é uma concepção metafísica, análoga ao mistério cristão da santíssima trindade.<sup>60</sup>

---

59. A definição ora apresentada indica nosso posicionamento no sentido de que a denominada jurisdição voluntária também é jurisdição, e não administração.

60. DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4a ed. Paris: Boccard, 1923, p. 165. Em idêntico sentido, afirma Paulo Ferreira da Cunha que ao tentar deslindar as confusões teóricas entre órgãos, poderes, funções e até fins do Estado, que incidentalmente se mesclavam, vimos logo que alguns mito-ilusão, ou antes, preconceito aí se apresentavam. O mito do número perfeito *três* contribuiu, como vimos, para não poucos mal-entendidos. CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito (I) – Do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra: Almedina, 1990, p. 299.

A doutrina de Montesquieu é criticada por outros autores sob diversa perspectiva. Afirma, por exemplo, Marcelo Caetano que o Estado exerce funções não jurídicas, como a *política* e as *técnicas*.<sup>61</sup>

Em verdade, tem-se por certo que não há como não falar em ato de Estado que não seja jurídico. A chamada função política também é jurídica e se encaixa no âmbito da função executiva; a denominada função técnica não passa de subsídio para a prática de alguma decisão que importa na função executiva (administrativa ou política), de modo que não existe uma função técnica em si mesma.

Karl Loewenstein fala numa tripartição de funções que denomina de decisão política conformadora ou fundamental, execução da decisão e controle político.<sup>62</sup>

Essa tripartição exposta por Loewenstein, na realidade, procede enquanto crítica no sentido de que há que distinguir poder de função. Entretanto, a tese não pode ser aceita e, em verdade, não inova. O que o referido autor denomina de função política se enquadra como função legislativa ou administrativa. A denominada função de execução ou é função administrativa ou é função jurisdicional, conforme o caso. A dita função de controle é legislativa, a exemplo do veto a projeto de lei, ou é jurisdicional, a exemplo do controle de constitucionalidade das leis, em nada importando se determinado ordenamento jurídico entrega tal função a órgão não integrante do Poder Judiciário.<sup>63</sup>

---

61. CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Vol. 1º. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 197.

62. Escreve o referido autor, ao criticar a doutrina de Montesquieu, que o iconoclasta não pode sentir-se satisfeito apenas em remover de seu pedestal o ídolo da tríplice separação da ordem do domínio nos «poderes» legislativo, executivo e judiciário. Em seu lugar estará obrigado a colocar outra análise da dinâmica do poder mais de acordo com a sociedade pluralista de massas de nosso século. Segue-se uma nova divisão tripartite: a decisão política conformadora ou fundamental (*policy determination*); a execução da decisão (*policy execution*) e o controle político (*policy control*). LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964, p. 62.

63. Cf. LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría...*, cit., p. 63/72.

Em outra perspectiva, Kelsen defende que as funções básicas do Estado são apenas duas: a função de criação e de aplicação do direito, funções essas que são infra e supraordenadas. Aduz o referido autor que “mesmo quando a constituição sustenta expressamente o princípio da separação de poderes, a função legislativa – uma mesma função e não duas funções diferentes – é distribuída entre vários órgãos, mas apenas a um deles é dado o nome de ‘órgão legislativo’”.<sup>64</sup> Mais: “uma separação estrita dos dois poderes – judiciário e executivo – é impossível, já que os dois tipos de atividade habitualmente designados por esses termos não são funções essencialmente distintas. Na verdade, a função judiciária é executiva no mesmo sentido em que a função comumente descrita por esse termo; a função judiciária também consiste na execução de normas gerais”.<sup>65</sup>

Ocorre que, como reconhece o próprio Kelsen, “a palavra ‘poder’ tem significados diferentes nesses usos distintos. O poder do Estado, ao qual o povo está sujeito, nada mais é que a validade e a eficácia da ordem jurídica, de cuja unidade resulta a unidade do território e a do povo. O ‘poder’ do Estado deve ser a validade e a eficácia da ordem jurídica nacional, caso a soberania deva ser considerada uma qualidade desse poder. Porque a soberania só pode ser a qualidade de uma ordem normativa na condição de autoridade que é a fonte de obrigações e direitos. Quando, por outro lado, se fala dos três poderes do Estado, o poder é compreendido como uma função do Estado, sendo distinguidas três funções do Estado”.<sup>66</sup>

Com efeito, a doutrina da separação de poderes, como se sabe, não pode, na prática, ser aplicada de maneira absoluta, conforme admitiu o próprio Montesquieu, até porque se essa aplicação absoluta fosse possível, um poder atingiria a independência do outro. Assim, por exemplo, é indispensável a atribuição de função administrativa ao Poder Legislativo e ao Poder Judiciário no que diz respeito ao funcionamento desses órgãos, porque fosse entregue tal função ao

---

64. KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990, p. 263 e 266.

65. KELSEN, Hans. *Teoria geral...*, cit., p. 266/267.

66. KELSEN, Hans. *Teoria geral...*, cit., p. 250.

Poder Executivo o princípio da independência dos poderes estaria comprometido.

Por isso, a doutrina da separação de poderes não pode ser vista como divisão do poder, porquanto o poder do Estado é uno e indivisível, poder esse que numa sociedade democrática pertence ao próprio povo. O que existe é uma divisão de funções entregue a órgãos diferenciados com autonomia e independência no exercício de suas atribuições com o objetivo de garantir os direitos dos cidadãos, sem prejuízo do melhor desempenho das atribuições do Estado.<sup>67</sup> Assim, tendo em conta a condição humana dos agentes do poder, é inegável que quando as diversas funções do Estado são exercidas pela mesma ou sob ou comando da mesma pessoa tende-se ao despotismo, de maneira que, nesse sentido, também é inegável que essa divisão de funções do Estado por meio de órgãos e agentes independentes e autônomos propicia maior garantia da liberdade individual.<sup>68</sup>

Inequivocamente, não se deve confundir função com poder. A ideia de função se relaciona com procedimento, enquanto a ideia de poder se liga com soberania.<sup>69</sup>

Não paira dúvida que a separação absoluta de poderes, no sentido de atribuir a cada um deles apenas sua função específica, é

---

67. Consoante afirmado por Otto Kimminich, há de ser ressaltado que a chamada divisão de poderes não se confunde, sobretudo no chamado no Estado de Direito democrático, com uma divisão do poder do Estado. Uma fragmentação do poder estatal, ou seja, uma organização jurídica baseada em princípios diferenciados, afigura-se inimaginável. KIMMINICH, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*. Revista de Informação legislativa. Brasília: n. 27, jan/mar., 1990, p. 290/291.

68. Nesse sentido, destaca Raúl Gustavo Ferreyra que a garantia da separação de poderes, ao apontar para impedir a concentração dos poderes, põe claramente, ao menos em teoria, um novo princípio na vida das grandes comunidades humanas, qual seja o de que o fracionamento do poder do Estado é um formidável escudo de proteção para a liberdade dos habitantes. FERREYRA, Raúl Gustavo. *Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado*. Academia. Revista sobre enseñanza del derecho, año 8, nº 15, 2010, p. 101.

69. Segundo observa Antônio Sampaio Dória, função é a faculdade e o ato de proceder dentro das leis. Poder é, além da função, a faculdade de operar por delegação direta da soberania". DÓRIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. Vol. I, tomo I. 4a ed. São Paulo: Max Limonad, 1958, p. 272.

impossível. Aliás, essa impossibilidade fora admitida pelo próprio Montesquieu: primeiro, ao sustentar, conforme observado acima,<sup>70</sup> a necessidade da instituição do quarto poder (regulador), cuja função seria regular o executivo e o próprio legislativo, e que seria exercida pelos nobres integrantes do legislativo; segundo, ao defender a participação do poder executivo no exercício da função legislativa “através do direito de veto, sem o que seria despojado de suas prerrogativas”.<sup>71</sup>

Nos Estados democráticos, executivo, legislativo e judiciário exercem funções uns dos outros, até como meio de garantir a independência de cada um deles, devendo ser evitada ao máximo a atribuição jurisdicional ao poder legislativo e não permitida a mesma ao poder executivo.

Deste modo, vê-se uma variação de atribuições, com a participação de outros Poderes (órgãos de soberania) no processo legislativo quando o tema envolver diretamente a organização e funcionamento do Poder Executivo ou do Poder Judiciário, a exemplo da criação ou extinção de cargos no âmbito desses órgãos, de maneira que os ordenamentos jurídicos costumam atribuir legitimação apenas a estes Poderes para a iniciativa de projetos de leis alusivos a tais assuntos.<sup>72</sup>

Percebe-se, ademais, a participação do Poder Executivo no processo legislativo, na medida em que é comum os ordenamentos atribuírem ao chefe desse Poder a competência para sancionar, promulgar e publicar as leis ou vetar projetos de lei.<sup>73</sup>

De outro lado, não se deve concordar com o posicionamento de Kelsen no sentido de identificar a função jurisdicional à função administrativa. Aquela se caracteriza pelo fato de determinada demanda ser julgada por terceiro imparcial e desinteressado, não sendo outra a razão que justifica a independência assegurada aos juízes,

---

70. MONTESQUIEU. *Do espírito...*, cit., p. 205.

71. MONTESQUIEU. *Do espírito...*, cit., p. 208.

72. Conferir o parágrafo 1º do art. 61 e art. 96, da Constituição brasileira.

73. Conferir art. 84, IV e V, da Constituição brasileira.

sobretudo quando uma das partes litigantes é o próprio Estado. Aliás, Kelsen não teve como deixar de reconhecer que “os juízes, por exemplo, são em geral ‘independentes’, isto é, estão sujeitos apenas às leis e não às ordens (instruções) de órgãos judiciários ou administrativos superiores”.<sup>74</sup>

Não pode haver dúvida quanto ao fato de que a função jurisdicional não se confunde com a função administrativa. A expressão *administração da justiça*, frequentemente usada na linguagem jurídica, só faz sentido se relacionada com a estrutura administrativa dos órgãos judiciais para o melhor desempenho da atividade jurisdicional (atividade meio); não deve ser empregada para referir-se à função judicante dos juízes (atividade fim). No entanto, não se deve perder de vista que nem toda função jurisdicional é atribuída aos órgãos do Poder Judiciário.

Reconhece-se maior proximidade entre as funções administrativa e jurisdicional. Tanto assim que não há dificuldade em distinguir a função legislativa das funções jurisdicional e administrativa, enquanto não é fácil distinguir a função jurisdicional da função administrativa.

A definição de *jurisdição*, acima apresentada, que segue, em parte, a doutrina de Chiovenda, revela que a principal nota distintiva entre jurisdição e administração está em que, como observado pelo ora referido autor, “a atividade jurisdicional é sempre uma *atividade de substituição*”, enquanto a administração “é uma atividade por si mesma imposta direta e imediatamente pela lei a órgãos públicos”. Vale dizer, “a própria administração julga, pois que não se age a não ser com apoio num juízo, *mas julga sobre a própria atividade*. Ao contrário, a jurisdição julga *da atividade alheia e duma vontade de lei concernente a outrem*”.<sup>75</sup>

Tudo quanto acima afirmado aplica-se à chamada jurisdição voluntária. Não merece apoio a assertiva de Chiovenda no sentido de

---

74. KELSEN, Hans. *Teoria...*, cit., p. 268.

75. CHIOVENDA. Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 1a ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas – São Paulo: Bookseller, 1998, p. 17/18.

que “a jurisdição voluntária é uma forma especial de atividade do Estado, exercida em parte pelos órgãos judiciários, em parte pelos órgãos administrativos, e *pertencente à função administrativa*”.<sup>76</sup> É que, como admitido pelo próprio Chiovenda, se a substituição de atividade é a nota realmente diferencial entre jurisdição e administração, na jurisdição voluntária o juiz também age em caráter substitutivo como terceiro desinteressado (imparcial); não julga sobre a própria atividade, mas sobre atividade alheia.

A diferença fundamental está em que na jurisdição contenciosa a atividade do juiz se faz necessária em vista da existência de uma lide (situação obstáculo posta por um sujeito contra outro), enquanto na jurisdição voluntária a atividade do juiz é exigida por necessidade de controle de determinados interesses sem qualquer lide (situação obstáculo que o Estado, enquanto ordem jurídica, para fins de controle, põe às pessoas em relação a determinados interesses, ainda que todos os interessados estejam de acordo). Isto sem contar os casos de jurisdição contenciosa com lide presumida pelo Estado (ação contenciosa necessária), mas que pode não existir na realidade (lide fictícia). Assim, por exemplo, a ação proposta por um cônjuge contra outro para anular casamento, quando, na verdade, ambos têm o mesmo interesse.<sup>77</sup>

---

76. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições...*, cit., p. 23/24.

77. Nesse sentido, embora com diferentes fundamentos, é o pensamento de Ovídio A. Baptista da Silva, ao escrever que a jurisdição voluntária distingue-se da contenciosa em que na primeira há jurisdição *declarativa* de direitos, marcada pela ausência de coisa julgada. SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 82. No entanto, pensamos que na jurisdição voluntária também há formação de coisa julgada, do mesmo modo que nas ações constitutivas contenciosas. Como a jurisdição voluntária normalmente envolve situações jurídicas continuativas, a sentença prolatada em tais processos, apesar de passar em julgado, está sujeita a revisão a qualquer tempo, o que impõe a necessidade de outra ação (revisional) e, conseqüentemente, de outro processo para tanto, bem assim de um fundamento fático superveniente, sem prejuízo dos efeitos já produzidos. Mas isso também pode ocorrer com ações de jurisdição contenciosa, a exemplo da sentença prolatada em ação de alimentos, apesar da expressão da Lei de que esse tipo de decisão não transita em julgado (cf. art. 15, da Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968).

O poder judiciário, como afirmado acima, ganhou relevância. Atualmente, a importância do poder judiciário nos Estados democráticos se situa, fundamentalmente, em dois aspectos: *a*) a independência e as garantias constitucionais da magistratura; *b*) a atribuição de controlar os atos da administração pública e a constitucionalidade das leis.

No entanto, no que se refere ao controle dos atos da administração pública existem países que adotam o sistema especial de justiça administrativa, com fundamento na constituição (por exemplo, Portugal).<sup>78</sup>

No que diz respeito ao controle de constitucionalidade das leis alguns países instituíram o sistema de controle não judicial (por exemplo, França,<sup>79</sup> Espanha<sup>80</sup>, Portugal<sup>81</sup>).

De todo modo, não importa se os controles dos atos da Administração e da constitucionalidade das leis são entregues a órgãos judiciais ou não judiciais. O fundamental é todos esses órgãos sejam autônomos e todos seus agentes sejam independentes e imparciais.

Nesse sentido, procede a crítica à afirmada magia que representa o número três. Assim, quando se estabelece a previsão de órgãos de governo (poder executivo), órgãos de legislação (poder legislativo) e órgãos de jurisdição (poder judiciário), mas também se institui órgãos independentes e imparciais com função jurisdicional, mas que não integram nenhum dos três clássicos órgãos de soberania (por exemplo, tribunal militar, tribunal de contas, tribunal administrativo, tribunal constitucional, todos fora do Poder Judiciário), já não mais se pode falar em três poderes, mas em tantos quantos sejam os órgãos de soberania instituídos pelo constituinte. No entanto, esse dado, no fundo, não tem a menor importância prática.

---

78. Conferir Constituição portuguesa, artigos 209º, 1, *b*, e 212º, 1 a 3.

79. Ver Constituição francesa, artigos 56/63, onde se verifica maior atribuição preventiva que repressiva do Conselho Constitucional.

80. Conferir Constituição espanhola, artigos 159/165.

81. Conferir Constituição portuguesa, artigos 209º, 1, 221º a 224º e 277º a 283º.

Deste modo, o que importa é que está fora de dúvida que a teoria da separação de poderes representou um grande avanço para a humanidade. A despeito de muitos entenderem que se trata de um mito, forçoso é convir que, se aplicada com correção e equilíbrio, representa um mecanismo, até hoje não superado, de limitação do poder.<sup>82</sup>

Assim, pode-se afirmar que o princípio da separação de poderes é uma realidade. Não resta dúvida que o problema do poder, por envolver a condição humana, é da maior gravidade, sendo impossível seu exercício com equilíbrio absoluto.

Destarte, a aplicação da teoria da separação (ou divisão) de poderes ou divisão de funções gera conflitos entre os agentes que integram tais órgãos, havendo, em maior ou menor extensão, supremacia de determinado órgão de poder sobre outro. É possível ocorrer, na prática, hipertrofia de determinado órgão de poder, normalmente do executivo, em relação aos demais. Essa hipertrofia pode ser tão exacerbada que o princípio da separação de poderes venha a se tornar uma farsa, mas esta distorção não autoriza a generalização das afirmativas de que tal princípio é um mito ou uma utopia. Muito ao contrário, o princípio da separação de poderes é fundamental para o regime democrático, uma vez que a repartição de poderes entre órgãos diferentes é fator decisivo de limitação e controle do poder, sem o que não já não se pode em democracia.

Dito de outro modo, o princípio da separação de poderes pode não ocorrer na realidade. No entanto, operaria como uma utopia sócio-política válida, no sentido de constituir uma meta política a alcançar, algo assim como o horizonte, do qual buscamos nos aproximar, mas a ele nunca chegamos plenamente. Por isso é importante que exista a teoria e a norma que a consagre, ainda que idealmente, a partir de uma situação que, ainda que ideal, fala de significações

---

82. Como salientado por José Luiz de Anhaia Mello, mito ou realidade, separação ou distribuição de funções, concepção de efeitos absolutos ou prática de diversificação para maior eficiência do todo governamental, a doutrina da separação de poderes serviu para cindir o poder no seu sentido absoluto e, até hoje, permanece, sem encontrar uma fórmula jurídica que o substitua". MELLO, José Luiz Anhaia de. *Da separação...*, cit., p. 27.

teóricas muito concretas e ideais políticos vigentes a partir da aparição da modernidade no mundo ocidental e a concepção de Estado que ela traz aparelhada.

## 6. CONCLUSÃO

---

Tudo quanto o exposto permite concluir que os princípios jurídicos são normas jurídicas, pois o juiz quando os aplica ao decidir um caso os extrai do ordenamento jurídico, e não simplesmente porque se tratam de juízos morais.

A narrativa acima apresentada indicou que os princípios constitucionais fundamentais no Estado democrático ganham transcendência por tratarem da própria organização do Estado seus agentes, bem assim eles e os cidadãos sob sua autoridade.

## 7. REFERÊNCIAS

---

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 1ª ed. 3ª reimpressão. Tradução: Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 7ª ed. Tradução: Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Universidade de Brasília, 1996.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- CAETANO, Marcelo. *Direito constitucional*. Vol. 1º. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1982.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Vol. II. 1ª ed. Tradução: Paolo Capitanio. Campinas – São Paulo: Bookseller, 1998.
- COSTA-GRAVAS, Constantin. Filme *Sessão Especial de Justiça*. Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=V8eENfebveo>

- CUNHA, Paulo Ferreira da. *Pensar o direito (I) – Do realismo clássico à análise mítica*. Coimbra: Almedina, 1990.
- DÓRIA, Antônio Sampaio. *Direito constitucional*. Vol. I, tomo I. 4ª ed. São Paulo: Max Limonad, 1958.
- DUGUIT, Léon. *Manuel de droit constitutionnel*. 4ª ed. Paris: Boccard, 1923.
- ESSER, Josef. *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado*. Tradução: Eduardo Valentí Fiol. Barcelona: Bosch, 1961.
- FERREYRA, Raúl Gustavo. *Derecho constitucional del ciudadano y derecho constitucional del poder del Estado*. *Academia*. Revista sobre enseñanza del derecho, año 8, nº 15, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. 4ª ed. *Democracia, jueces e control de la administración*. Madrid: Civitas, 2000.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. *Filosofía del derecho*. 11ª ed. México: Porrúa, 1999.
- GETELL, Raymond G. *Historia de las ideas políticas*. Vol. I. Tradução: Teodoro González García. 2ª ed. Barcelona: Labor, 1950.
- GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Vol. II. Tradução: João Baptista Machado. 2ª ed. Coimbra: Arménio Amado, 1962.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral das normas*. Tradução: José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1986.
- KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo/Brasília: Martins Fontes/Universidade de Brasília, 1990.
- KIMMINICH, Otto. *A jurisdição constitucional e o princípio da divisão de poderes*. Revista de Informação legislativa. Brasília: n. 27, jan/mar., 1990.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Introducción a la ciencia del derecho*. Barcelona: Bosch, 1943.
- LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*. 3ª ed. Barcelona: Bosch, 1972.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1964.
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1994.
- MELLO, José Luiz de Anhaia. *Da separação de poderes à guarda da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.
- MIRKINE-GUETZEVITCH, B. *Las nuevas constituciones del mundo*. 2ª ed. Madrid: Editorial España, 1931.

- MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Sem indicação do tradutor. São Paulo: Nova Cultural, 1997.
- PEYRANO, Jorge W. *El proceso civil. Principios y fundamentos*. Buenos Aires: Astrea, 1978.
- RECASÉNS SICHES, Luis. *Introducción al Estudio del Derecho*. 13ª ed. México: Porrúa, 2000.
- RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação civil pública e termo de ajustamento de conduta. Teoria e prática*. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- SANTOS, Orlando Gomes dos. *O estado e o indivíduo*. Bahia: Gráfica Popular, 1933.
- SERRANO, Pedro Estevam A. P. *O desvio de poder na função legislativa*. São Paulo: FTD, 1997.
- SILVA, Ovídio. A. Baptista da. *Teoria geral do processo civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. *Princípio democrático e estado legal*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- SOUZA, Wilson Alves de. *Princípios do direito processual do trabalho: o princípio da adequação e suas variantes*. Em Revista LTr. São Paulo: Ano 50, fevereiro, 1986.
- VON HUMBOLDT, Wilhelm. *Os limites da acção do estado*. Tradução: Fernando Couto. Porto: Rés, 1990.
- VASCONCELOS, Arnaldo. *Teoria geral do direito. Teoria da norma jurídica*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Malheiros, 1978.